

Министерство образования Республики Беларусь
Учреждение образования «Витебский государственный
университет имени П.М. Машерова»
Кафедра истории и теории права

В.А. Барышев

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебное пособие

*Допущено Министерством образования
Республики Беларусь в качестве учебного пособия
для студентов учреждений высшего образования
по специальностям «Правоведение»,
«Экономическое право», «Политология»*

*Витебск
ВГУ имени П.М. Машерова
2013*

УДК 341.9(075)
ББК 67.93я73
Б24

Печатается по решению научно-методического совета учреждения образования «Витебский государственный университет имени П.М. Машерова». Протокол № 6 от 21.02.2013 г.

Автор: 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 международного частного и европейского права факультета международных отношений Белорусского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент

Е.В. Бабкина;

кафедра международного экономического права Белорусского государственного университета

Барышев, В.А.

Б24 Международное частное право : учебное пособие / В.А. Барышев. – Витебск : ВГУ имени П.М. Машерова, 2013. – 423 с.
ISBN 978-985-517-389-3.

Данное издание подготовлено в соответствии с учебной программой для высших учебных заведений по специальностям направления 24.01. Право, утвержденной Министерством образования Республики Беларусь 14 сентября 2010 года. Регистрационный № ТД-Е.253/тип. на основе лекций, читаемых автором на юридическом факультете ВГУ имени П.М. Машерова. Анализируются основные нормативные правовые акты Республики Беларусь по международному частному праву, международные договоры с участием Республики Беларусь. Предназначено для студентов дневной и заочной форм обучения по специальностям «Правоведение», «Международное экономическое право», слушателей курсов переподготовки, магистрантов, аспирантов и практических работников, занимающихся вопросами международного частного права.

УДК 341.9(075)
ББК 67.93я73

ISBN 978-985-517-389-3

© Барышев В.А., 2013
© ВГУ имени П.М. Машерова, 2013

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	9
ОБЩАЯ ЧАСТЬ	11
ГЛАВА 1. Обоснование, предмет регулирования и система международного частного права	11
§ 1. Предмет международного частного права	11
§ 2. Место международного частного права в юридической системе	14
§ 3. Соотношение международного публичного и международного частного права	16
§ 4. Система международного частного права	19
§ 5. Принципы международного частного права	21
§ 6. История развития международного частного права в Российской империи, СССР и Российской Федерации	23
§ 7. Развитие предмета международного частного права в Беларуси	26
ГЛАВА 2. Источники международного частного права	30
§ 1. Понятие источников международного частного права и их конституционная основа	30
§ 2. Законодательство Республики Беларусь по международному частному праву	33
§ 3. Закон о международном частном праве как способ кодификации норм международного частного права	36
§ 4. Международные договоры Республики Беларусь как источники международного частного права	38
§ 5. Судебные прецеденты и судебная практика	43
§ 6. Обычай в международном частном праве	46
§ 7. Международные организации, специализирующиеся на кодификации международного частного права	49
ГЛАВА 3. Ключевые понятия в международном частном праве .	52
§ 1. Коллизионные нормы	52
§ 2. Универсальные коллизионные привязки	56
§ 3. Коллизионный и материально-правовой методы	58
§ 4. Квалификация юридических понятий, применяемых в международном частном праве	60
§ 5. Обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны	62
§ 6. Оговорка о публичном порядке	65
§ 7. Императивные нормы	69
§ 8. Взаимность и реторсии	72
§ 9. Обход закона в международном частном праве	74

ГЛАВА 4. Гражданско-правовое положение физических лиц....	79
§ 1. Общие вопросы правового положения иностранцев	79
§ 2. Порядок выезда граждан Республики Беларусь за рубеж ..	82
§ 3. Правовое положение белорусских граждан за рубежом ...	85
§ 4. Порядок въезда иностранных граждан в Республику Беларусь и получение ими права нахождения на ее территории	88
§ 5. Гражданско-правовое положение иностранцев в Республике Беларусь	92
ГЛАВА 5. Правовое положение юридических лиц в международном частном праве	97
§ 1. Общие понятия, применяемые в отношении юридических лиц	97
§ 2. Основные доктрины определения личного статуса юридического лица в международном частном праве	99
§ 3. Содержание личного закона юридического лица	101
§ 4. Виды правовых режимов, предоставляемых иностранным юридическим и физическим лицам	104
§ 5. Иностранные юридические лица в Республике Беларусь .	106
§ 6. Правовое положение белорусских юридических лиц за рубежом.....	110
ГЛАВА 6. Государство и международные организации как участники гражданско-правовых отношений	114
§ 1. Государство как субъект гражданско-правовых отношений ..	114
§ 2. Понятие иммунитета государства и его виды	116
§ 3. Теория функционального иммунитета государства	118
§ 4. Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности	122
§ 5. Вопросы иммунитета государства в законодательстве Республики Беларусь	126
§ 6. Судебные прецеденты, связанные с иммунитетом государства	128
§ 7. Особенности гражданско-правовой правосубъектности международных организаций	131
ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ	135
ГЛАВА 7. Право собственности в международном частном праве ..	135
§ 1. Общие вопросы права собственности	135
§ 2. Коллизионное законодательство Республики Беларусь о праве собственности и иных вещных правах	138
§ 3. Право собственности и иные вещные права иностранных юридических и физических лиц в Республике Беларусь	141
§ 4. Законодательство Республики Беларусь об иностранных инвестициях	144

§ 5. Особые экономические зоны в Республике Беларусь	150
§ 6. Международные договоры об иностранных инвестициях ..	154
§ 7. Проблема национализации собственности в международном частном праве	161
ГЛАВА 8. Сделки в международном частном праве. Исковая давность	166
§ 1. Общие вопросы регулирования обязательств в международном частном праве	166
§ 2. Понятие и виды внешнеэкономических сделок	168
§ 3. Коллизионные вопросы сделок в законодательстве Республики Беларусь	169
§ 4. Принцип автономии воли сторон (lex voluntatis) в договорных обязательствах	170
§ 5. Регулирование договорных обязательств при отсутствии выбора права	174
§ 6. Негосударственное регулирование договорных отношений ..	177
§ 7. Исковая давность в договорных обязательствах	179
§ 8. Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров	183
ГЛАВА 9. Договор международной купли–продажи товаров	186
§ 1. Понятие договора международной продажи товаров	186
§ 2. Конвенция ООН в договоре международной купли–продажи товаров 1980 г.	188
§ 3. Применение международных торговых терминов в договорах купли–продажи товаров	193
§ 4. Правовое регулирование поставок товаров между организациями государств-участников СНГ	196
§ 5. Договор международного финансового лизинга	197
ГЛАВА 10. Международные расчетные и кредитные отношения	201
§ 1. Международные расчеты в системе мирового торгового оборота	201
§ 2. Формы международных расчетов	204
§ 3. Вексель и чек в международных расчетах	209
§ 4. Валютные ценности и валютные операции в Республике Беларусь	214
§ 5. Страхование валютных рисков. «Валютная привязка» в долговых обязательствах	218
ГЛАВА 11. Международные перевозки пассажиров, грузов и багажа	220
§ 1. Общие вопросы международных перевозок	220

§ 2. Международные автомобильные перевозки	221
§ 3. Международные железнодорожные перевозки	225
§ 4. Международные воздушные перевозки	227
§ 5. Международные морские перевозки	230
ГЛАВА 12. Обязательства вследствие причинения вреда	235
§ 1. Возникновение института обязательства из причинения вреда и его коллизионное регулирование	235
§ 2. Деликтные обязательства в законодательстве Республики Беларусь	237
§ 3. Регулирование деликтных обязательств в международных договорах с участием Республики Беларусь	239
§ 4. Ответственность за ущерб, причиненный товарами или услугами	243
§ 5. Другие внедоговорные обязательства	246
ГЛАВА 13. Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность)	250
§ 1. Общие положения	250
§ 2. Международное законодательство об авторском праве	252
§ 3. Международные конвенции о смежных правах, охрана авторских и смежных прав в СНГ и ЕЭП	256
§ 4. Авторские права иностранцев в Республике Беларусь и белорусских граждан за рубежом	259
§ 5. Охрана смежных прав иностранцев в Республике Беларусь и белорусских граждан за рубежом	262
§ 6. Охрана авторских и смежных прав в сети Интернет	264
§ 7. Международные конвенции, охраняющие промышленную собственность	267
§ 8. Получение патентов иностранцами в Республике Беларусь и патентование интеллектуальной собственности белорусскими гражданами за рубежом	273
§ 9. Охрана прав на товарный знак, знак обслуживания и географическое указание места происхождения товаров в Республике Беларусь	275
§ 10. Международные соглашения по охране прав на товарные знаки и знаки обслуживания	278
§ 11. Охрана прав на товарный знак в сети Интернет	284
§ 12. Передача исключительных прав в соответствии с международными нормами и законодательством Республики Беларусь	286
ГЛАВА 14. Наследственные правоотношения в международном частном праве	291
§ 1. Общие положения о наследовании	291

§ 2. Коллизионное регулирование наследственных отношений международного характера	293
§ 3. Универсальные международные конвенции по регулированию наследственных отношений	296
§ 4. Региональные и двусторонние соглашения в сфере наследственных правоотношений	298
§ 5. Регулирование наследственных отношений с иностранным элементом в законодательстве Республики Беларусь	300
§ 6. Наследственные права белорусских граждан за рубежом..	304
ГЛАВА 15. Брачно-семейные отношения в международном частном праве	307
§ 1. Общие положения	307
§ 2. Правовое регулирование заключения смешанных браков	310
§ 3. Супружеские правоотношения в смешанных браках	314
§ 4. Регулирование правоотношений между родителями и детьми по нормам международного частного права	317
§ 5. Международная кодификация брачно-семейных отношений	320
§ 6. Международно-правовое регулирования взыскания алиментов за границей	324
§ 7. Международное усыновление и международная опека и попечительство	330
§ 8. Расторжение смешанных браков	335
ГЛАВА 16. Трудовые отношения	338
§ 1. Общие положения регулирования трудовых отношений ..	338
§ 2. Коллизионные нормы в трудовых отношениях	341
§ 3. Международно-правовое регулирование труда мигрантов	344
§ 4. Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь	351
§ 5. Правовое регулирование труда граждан Республики Беларусь за рубежом	354
§ 6. Социальное обеспечение трудящихся-мигрантов	358
ГЛАВА 17. Международный гражданский процесс	361
§ 1. Предмет международного гражданского процесса	361
§ 2. Источники международного гражданского процесса	363
§ 3. Общие подходы в определении международной подсудности.	365
§ 4. Определение подсудности дел с наличием иностранного элемента в законодательстве Республики Беларусь	368
§ 5. Процессуальное положение иностранных физических и юридических лиц	371
§ 6. Установление содержания норм иностранного права	373
§ 7. Правовая помощь в международном гражданском процессе	377

§ 8. Исполнение решений иностранных судов по гражданским делам	381
§ 9. Исполнение решений иностранных судов по хозяйственным делам	385
§ 10. Нотариальные действия и легализация документов	388
ГЛАВА 18. Международный арбитраж	394
§ 1. Понятие международного арбитража и его виды	394
§ 2. Главные центры международного коммерческого арбитража	396
§ 3. Арбитражные и третейские суды в Республике Беларусь .	399
§ 4. Арбитражное соглашение	403
§ 5. Арбитражное рассмотрение споров в Республике Беларусь ...	406
§ 6. Вынесение решения международным арбитражным судом и его обжалование	411
§ 7. Исполнение решений международных арбитражных судов .	413

Каждое культурное государство имеет свои нормы международного частного права.

М.И. Брун

ВВЕДЕНИЕ

Международное частное право сегодня – это наиболее быстро развивающаяся отрасль права. Его развитие обусловлено процессами мировой экономической интеграции и интернационализации межличностных связей, именуемых в последнее время глобализацией. Без правового регулирования невозможно гармонизировать многообразные экономические и личностные интересы, наладить взаимовыгодное сотрудничество в экономической сфере и расширить национальные границы индивидуальных прав и свобод. В связи с этим необходимо отметить человеческую составляющую международного частного права, поскольку оно позволяет защищать и гарантировать права рядового человека в сфере гражданского, семейного, трудового права в большинстве стран мира. Это служит лучшему взаимопониманию между людьми, формированию мирных и добрососедских отношений стран и народов.

Международное частное право требует к себе, впрочем, как и другие правовые дисциплины, самого серьезного отношения. По степени сложности этот предмет относят к «правовой алгебре», но ни один человек, претендующий на звание юриста, не может им пренебречь, поскольку Институтом международного права установлен стандарт высшего юридического образования, который включает изучение фундаментальных курсов международного публичного и международного частного права. Обязательными составляющими этого стандарта в курсе международного частного права являются темы: источники международного частного права, взаимодействие между частным и публичным международным правом, международные контракты, иностранные юридические лица, международные деликты, международное семейное право, наследственное право, принципы судебной юрисдикции, международный арбитраж, признание и исполнение иностранных судебных решений.

Международное частное право относится к национальному праву и создается каждым суверенным государством с целью регулирования международного общения юридических и физических лиц. В советский период БССР не имела особой необходимости в развитии этой отрасли права, хотя отдельные нормы международного частного права содержались в Гражданском кодексе и Кодексе о браке и семье,

Гражданском процессуальном и Хозяйственном процессуальном кодексах.

С момента обретения суверенитета в 1991 г. разработка законодательства по международному частному праву выдвинулась в качестве приоритетной задачи для молодого белорусского государства в правовой сфере. За прошедшие годы многое сделано в этом направлении: приняты новые кодексы, где содержатся разделы по международному частному праву, Республика Беларусь присоединилась к большинству международных конвенций в данной отрасли. Сегодня с уверенностью можно заявить, что белорусское международное частное право уже сформировалось и существует.

Данная книга – это попытка систематически изложить белорусское международное частное право, представить свое видение ряда проблемных вопросов и предложить их решение. Поскольку сравнительное правоведение играет особую роль при изучении данного предмета, многие вопросы рассматриваются со ссылкой на право иностранных государств, и в первую очередь российское, поскольку Беларусь и Россия строят единое Союзное государство, где, естественно, должно существовать единое законодательство.

В своей работе автор исходил из четкого понимания того, что он пишет учебник, предназначенный в основном для студентов, которые впервые сталкиваются с предметом, а не монографическое исследование по международному частному праву. В то же время можно надеяться, что учебник будет востребован и практикующими юристами, а также предпринимателями, ведущими внешнеэкономическую деятельность.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

ГЛАВА 1

ОБОСНОВАНИЕ, ПРЕДМЕТ РЕГУЛИРОВАНИЯ И СИСТЕМА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Международное частное право – это самая непонятная юридическая дисциплина.

М. Богуславский

§ 1. Предмет международного частного права

1. Международное частное право выделилось из международного публичного права в качестве самостоятельной юридической дисциплины в середине XIX века. Это было вызвано необходимостью правового регулирования отношений с участием иностранных граждан или подданных в сфере брачно-семейных и имущественных отношений, в случае их проживания в других государствах. Именно в то время в юридической теории и практике утвердилась доктрина, согласно которой государства признают у себя действие иностранных законов и правоотношений, возникших между людьми в других государствах. В то время это обосновывалось двумя обстоятельствами:

- 1) некорректно требовать от иностранцев подчинения гражданским законам, с которыми они никогда не сталкивались;
- 2) законно возникшие гражданско-правовые отношения в одном государстве должны признаваться и в другом.

2. Теоретическими основаниями международного частного права послужили взгляды немецкого юриста К. Савиньи (1779–1861 гг.) и итальянской юридической школы, наиболее известным представителем которой был П. Манчини (1817–1888 гг.).

К. Савиньи полагал, что для определения применимого права необходимо выяснить, в какой юридической сфере находится правоотношение, и если этой сферой окажется иностранное право, то оно и должно применяться. Исключением может быть только противоречие иностранного права императивным законам страны, где решается вопрос о применимом праве. Взгляды Савиньи были восприняты в Германии, Англии, США, Голландии и других европейских странах.

Итальянская юридическая школа в обосновании международного частного права выдвинула тезис о том, что частное право существует для пользы индивидов и оно сопутствует им всегда и всюду, где бы они ни оказались. Частное право – это отражение национальности и ее конкретного представителя – личности, и поэтому к иностранцу

всегда следует применять его национальное право. Исключениями могут быть только случаи:

- 1) противоречия личного закона иностранца публичному порядку государства места пребывания иностранного гражданина;
- 2) избрания чужого права в результате свободного волеизъявления (автономии воли) иностранного участника правоотношений;
- 3) действия принципа *locus regit actum* – форма сделки определяется местом ее совершения.

3. Если свое обоснование международное частное право получило в Европе, то его название появилось в США и принадлежит оно, по всеобщему признанию, американскому юристу, члену Конституционного суда Дж. Стори, предложившему его в 1834 г. в работе «Комментарии к конфликтному праву». В Европе это название закрепилось начиная с 40-х гг. XIX в. и на разных языках означало одно и то же: *private international law*, *droit international prive*, *International Privatrecht*, *diritto internazionale privato*, *derecho international privato*.

В названии предмета основную смысловую нагрузку несет слово *частное*. Оно указывает на приватный, непубличный характер регулируемых правоотношений, где стороны выступают как равноправные партнеры, неподчиненные и независимые друг от друга.

Ряд российских авторов отмечали тот факт, что в СССР, где все частное в силу идеологических догм было ликвидировано, этот термин в названии предмета сохранялся и в советское время¹.

Слово *международное* указывает на специфику регулируемых правоотношений в виде присутствия в нем иностранного (международного) элемента, который может быть представлен в трех основных видах.

Первое проявление иностранного элемента относится к субъектам правоотношений, один из которых должен быть иностранным физическим или юридическим лицом (например, заключается брак гражданки Беларуси и гражданина Германии; договор купли–продажи заключается между белорусской и польской фирмами).

Второе проявление иностранного элемента возможно в виде объекта правоотношений, который находится за границей (например: родственники, живущие в Беларуси, делят наследство, открывшееся в Израиле, или возникает спор по поводу инвестиций, вложенных белорусской фирмой в предприятие, находящееся в Украине).

Третье проявление иностранного элемента связано с юридическими фактами, которые являются основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений. Если юридический факт происходит на территории иностранного государства, а его участниками оказываются граждане другого государства, то такое правоотно-

¹ Звеков, В.П. Международное частное право / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 21.

шение также регулируется международным частным правом (например, граждане Беларуси, находясь в длительной командировке в Сирии, заключили брак или граждане Беларуси, находясь в Польше, попали в аварию, где пострадали сами, а также получил повреждение их автомобиль).

Возможны случаи, когда в правоотношении присутствуют не один, а несколько иностранных элементов одновременно. Например: гражданин Польши, выходец из Беларуси, умер в Англии, указав в завещании свою дочь, гражданку Беларуси, в качестве наследницы банковского вклада, хранящегося в швейцарском банке. Здесь присутствует все три иностранных элемента, а при разрешении правоотношения по получению наследства должно быть применено право четырех государств.

4. С момента возникновения в XIX в. и на протяжении первой половины XX в. международное частное право предназначалось, главным образом, для регулирования межличностных отношений с участием граждан различных государств. В большинстве случаев эти отношения представляли из себя брачно-семейные и имущественные отношения. С развитием экономической интеграции в XX в. в сферу регулирования международного частного права были включены хозяйственные и научно-технические связи между юридическими лицами различных государств. Со второй половины XX в. в мире начала развиваться трудовая миграция и эта сфера правовых отношений также стала предметом регулирования международного частного права.

В XX в. выросла роль государства в экономике, что привело к активному участию государств и их субъектов в гражданско-правовых отношениях с иностранными юридическими и физическими лицами.

В такие же отношения начали вступать и международные организации, превратившиеся в XX в. во вторых по значимости субъектов международного права. Гражданско-правовые отношения государств и международных организаций с иностранными физическими и юридическими лицами – это также сфера регулирования международного частного права (подробнее об этом в гл. 6).

Тенденции развития современного мира в культурной и научно-технической областях выдвинули на первое место вопросы защиты авторского и смежных прав, а также защиты патентных прав, связанных с изобретениями, полезными моделями и промышленными образцами. Интенсивный торговый обмен, острая конкурентная борьба в современном мире потребовали адекватных мер в отношении защиты торговых знаков и знаков обслуживания, чем еще с конца XIX столетия занималось международное частное право. Все это свидетельствует о широкой востребованности международного частного права в современном мире и его не менее благоприятной перспективе развития в будущем.

Таким образом, международное частное право регулирует трансграничные частноправовые и брачно-семейные отношения меж-

ду физическими и юридическими лицами разных государств, правовое положение иностранных физических и юридических лиц в иностранных государствах, а также участие государств и международных организаций в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом.

§ 2. Место международного частного права в юридической системе

1. Вопрос о месте международного частного права остается дискуссионным со времени возникновения предмета. В российской школе международного частного права сложились три основных подхода к определению места этой юридической дисциплины в системе права. Одна группа авторов относит международное частное право к международному праву в целом, утверждая, что все международное право состоит из двух частей: международного публичного и международного частного права.

Среди «международников» юристы как советской школы (С.Б. Крылов, С.А. Голунский, В.И. Менжинский), так и активно работающие в настоящее время И.П. Блищенко, Л.Н. Галенская, К.А. Бекяшев.

Основное обоснование этой позиции основывается, во-первых, на общности происхождения международного публичного и частного права; во-вторых, на единстве источников, которыми являются международные договоры; в-третьих, на влиянии частноправовых отношений на международные отношения и обратном процессе воздействия международного права на отношения физических и юридических лиц; в-четвертых, на единстве целей международного публичного и частного права – установлении дружественных добрососедских отношений между народами и государствами.

2. Противоположная точка зрения заключается в отнесении международного частного права к внутреннему национальному праву. Свое обоснование она впервые получила в трудах основателя советской науки международного частного права И.С. Перетерского. «Международное частное право, – писал он в одном из первых советских учебников международного частного права, – изучает отношения гражданско-правовые. Но это не значит, что международное частное право является лишь частью гражданского права. Специфическим отличием гражданско-правовых отношений, включаемых в международное частное право, является то, что международное частное право изучает лишь особую группу гражданско-правовых отношений, которые имеют международный характер»¹. В последующем эта позиция была всесторонне обоснована Л.А. Лунцем в его трехтомном труде «Курс международного частного права», вышедшем в 1959–1966 гг.

¹ Перетерский, И.С. Международное частное право / И.С. Перетерский, С.Б. Крылов. – М., 1940. – С. 5.

В настоящее время эта точка зрения, по мнению М.М. Богуславского, является господствующей в российской школе международного частного права¹. Из нее исходят такие известные российские юристы, как Н.И. Марышева, В.П. Звеков, М.Г. Розенберг, А.А. Рубанов, Г.К. Дмитриева, О.Н. Садиков и др. Эту позицию поддержали и известные юристы, работающие в сфере международного публичного права, И.И. Лукашук и Е.Т. Усенко.

3. Третья точка зрения состоит в синтезе первых двух и рассматривает международное частное право как «полисистемный комплекс, состоящий из норм как национального, так и международного права»². Впервые это положение было обосновано еще в 20-е годы XX в. одним из первых советских специалистов по международному частному праву А.Н. Макаровым. В дальнейшем такой подход был обоснован Р.А. Мюллерсоном³. Из современных российских юристов эту позицию поддерживают В.В. Гаврилов, Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов и один из ведущих российских специалистов М.М. Богуславский, который также склоняется к мнению о комплексном характере международного частного права как отрасли правоведения.

В первом белорусском учебнике по международному частному праву, изданном в 1995 г., эта проблема разрешалась следующим образом: «На наш взгляд, международное частное право следует рассматривать как многомерное явление, имеющее полисистемный характер. Нормы, составляющие международное частное право, находятся как в национальном праве (гражданском, семейном, трудовом) различных государств, так и в международных договорах, конвенциях и т.п.»⁴. Автором главы, где излагался вопрос о месте международного частного права, был профессор В.Г. Тихиня. В его авторских учебниках, изданных в 1999, 2004 и 2007 гг., данный подход к определению места международного частного права сохранился.

4. В этом научном споре, который свидетельствует о сложности предмета и его неоднозначном восприятии даже специалистами, отправной точкой являются критерии, избираемые для определения принадлежности международного частного права.

Главным аргументом сторонников отнесения международного частного права к международному праву является двойственный характер источников регулирования, к которым относят не только национальное право, но и международные договоры и признаваемые в государстве международные обычаи. В.П. Звеков совершенно справедливо указывает: «Однако не круг источников, а предмет и метод

¹ Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М., 2006. – С. 30.

² Там же. – С. 30.

³ Мюллерсон, Р.А. О соотношении международного публичного, международного частного и национального права / Р.А. Мюллерсон // Советское государство и право. – 1982. – № 2. – С. 86.

⁴ Международное частное право: учебник / ред. кол.: В.Г. Тихиня [и др.]. – Минск., 1995. – С. 12.

регулирующие определяют отраслевую принадлежность международного частного права»¹.

Если на одну чашу весов положить предмет и методы регулирования, а на вторую – источники (притом не все, а всего лишь их часть в виде международных договоров и обычаев), то вывод о национальной принадлежности международного частного права становится очевидным.

Кроме того, унифицированные международные договоры, применяемые в международном частном праве, отличаются от договоров международного публичного права. Договоры в международном частном праве по своему предмету регулирования представляют договоренности государств о регулировании правоотношений с участием их юридических и физических лиц. Унифицированные договоры необходимо рассматривать как форму защиты государством интересов своих юридических и физических лиц. Например, Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. и Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве 1952 г. дают возможность авторам государств, присоединившихся к указанным конвенциям, защищать свои авторские права во всех странах-участницах конвенций. При этом роль государства-участника состоит в том, что, присоединившись к конвенциям, оно, во-первых, расширило права собственных граждан; во-вторых, на условиях взаимности обязалось таким же образом защищать в пределах своей компетенции авторские права иностранцев.

Исходя из позиции национальной принадлежности международного частного права необходимо отметить, что каждое государство создает и развивает свое международное частное право и в этом плане можно говорить о «белорусском международном частном праве», «российском международном частном праве», «украинском международном частном праве» и т.д.

Наличие и развитие международного частного права – это один из признаков суверенитета государства, как и наличие национальной правовой системы вообще. «Национальность» международного частного права требует от государства проявления постоянного внимания к развитию данной отрасли права, поскольку только таким образом можно защитить гражданские и экономические права и интересы своих граждан и юридических лиц за рубежом.

§ 3. Соотношение международного публичного и международного частного права

1. Соотношение международного публичного и международного частного права представляет собой также дискуссионную тему. Так, видный российский специалист международного публичного

¹ Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 33.

права К.А. Бекашев утверждает: «Международное право как правовая система состоит из двух частей: международного публичного права и международного частного права»¹. Однако, как мы уже установили, с таким подходом не согласны большинство российских юристов, специализирующихся в области международного частного права.

В то же время очевидно, что между этими отраслями права сохраняются и будут сохраняться тесная взаимосвязь и взаимодействие. В российской доктрине закрепились «идея единства исходных начал международного частного права и международного публичного права»². К таким исходным началам относят основные принципы международного права, закрепленные в Уставе ООН, Декларации о принципах международного права 1970 г. и Заключительном акте совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г. Наиболее значимы в этом отношении: принцип суверенного равенства государств, принцип невмешательства во внутренние дела государств, принцип мирного разрешения споров, принцип всеобщего уважения прав человека, принцип добросовестного выполнения международных договоров.

2. Различия между двумя юридическими дисциплинами можно проследить по таким составляющим, как предмет регулирования, метод регулирования, субъекты регулируемых отношений, источники права, порядок рассмотрения споров и ответственность за нарушение обязательств.

Как уже было установлено, международное частное право имеет своим предметом отношения преимущественно частноправового характера, не претендующие на межгосударственный уровень. В международном праве предметом регулирования являются межгосударственные отношения.

Методы правового регулирования в международном частном и публичном праве не совпадают, поскольку в международном частном праве стороны могут избрать применимое право, а в случае отсутствия такого избрания применяется коллизионный метод, позволяющий определить применимое право.

Международные договоры являются источниками и международного публичного и международного частного права, но по своему назначению договоры различаются. В международном публичном праве договоры являются главными, основополагающими источниками. Договоры же, используемые в международном частном праве, заключаются государствами специально для регулирования правоотношений с участием юридических и физических лиц.

Однако есть комплексные международные договоры, которые одновременно регулируют отношения между государствами, между государствами и юридическими и физическими лицами, а также между самими юридическими лицами и между гражданами разных госу-

¹ Международное публичное право: учебник / отв. ред. К.А. Бекашев. – М., 2005. – С. 5.

² Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 34.

дарств. К таким договорам относятся договоры о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, а также договоры об избежании двойного налогообложения.

Не умаляя значения международных договоров, следует признать, что основная масса источников в международном частном праве – это нормы национального права, специально создаваемые каждым государством для этих целей.

Основными субъектами международного публичного права выступают государства и международные организации, а в международном частном праве эта роль принадлежит физическим и юридическим лицам. Государство в международном частном праве может быть стороной правоотношения, но это происходит достаточно редко и может рассматриваться как исключение.

Порядок рассмотрения споров, возникающих в международном публичном и международном частном праве, также существенным образом отличается. В международном публичном праве спорные вопросы разрешаются на межгосударственном уровне в международных судебных учреждениях, к которым относятся Международный суд ООН, Международный трибунал по морскому праву, Суд Европейского Союза, Экономический Суд СНГ и другие специально создаваемые судебные учреждения.

В международном частном праве споры между субъектами разрешаются по договоренности сторон посредством обращения в международные арбитражные суды, представляющие негосударственную систему разрешения хозяйственных споров, либо в специализированные государственные суды или суды общей юрисдикции.

Есть отличие и в ответственности, которая применяется в международном публичном и частном праве. В международном праве существует два вида ответственности – политическая и материальная с возможным их сочетанием. В международном частном праве ответственность субъектов может быть только материальная.

Но, несмотря на все отличия, международное публичное и частное право решают одни и те же задачи: создание правовых условий для развития международного сотрудничества и содействие установлению дружественных отношений между всеми государствами и народами. Общеизвестно, что плодотворно развивающиеся межгосударственные отношения всегда содействуют активизации экономических, научно-технических и культурных связей между государствами, которые непосредственно реализуются путем многообразных контактов юридических лиц данных государств. В то же время ухудшение межгосударственных отношений приводит к свертыванию всех отношений, в том числе затрудняет и межличностные отношения граждан в результате введения визового режима, взаимного ограничения прав граждан.

Следует признать, что ведущая роль в международных отношениях принадлежит международному публичному праву, поскольку оно определяет стратегию отношений между государствами и санкционирует межличностное общение и международный хозяйственный оборот. В то же время межличностные отношения между представителями разных государств, регулирование правоотношений между юридическими лицами при осуществлении внешнеэкономической деятельности целиком находятся в сфере международного частного права.

§ 4. Система международного частного права

1. В юридической науке закрепилось правило разделения понятий учебного курса и отрасли правовой науки по отношению к отдельным правовым дисциплинам. В международном частном праве также следует различать отрасль правовой науки и учебный курс. Как уже было установлено, предметом международного частного права является регулирование гражданско-правовых отношений с наличием иностранного элемента, в результате чего система белорусского международного частного права соответствует системе национального гражданского права, где выделяют общую и особенную часть. Брачно-семейные и трудовые отношения с иностранным элементом могут рассматриваться как дополнение гражданско-правовых, поскольку они носят также частный характер и в некоторых странах их регулирование включают в гражданские кодексы.

Общая часть правовой науки международного частного права состоит из норм, определяющих: правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства, иностранных юридических лиц и организаций, не являющихся юридическими лицами в Республике Беларусь, положение белорусских субъектов права за рубежом, участие государства и международных организаций в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом.

Особенная часть правовой науки международного частного права включает нормы, регулирующие: право собственности и иные вещные права, договорные обязательства и обязательства, не вытекающие из договора, кредитные и расчетные отношения, международные перевозки, право на результаты интеллектуальной собственности, отношения по наследованию, брачно-семейные отношения, трудовые отношения.

2. Учебный курс международного частного права представляет собой изучение в определенном объеме правовой отрасли международного частного права, который также состоит из общей и особенной частей.

В общей части учебного курса международного частного права рассматриваются вопросы, которые имеют общетеоретическое значение и не затрагивают непосредственно действующие нормы и инсти-

туты международного частного права. Это вопросы о предмете, методах регулирования, источниках, правовых режимах, принципе взаимности, правилах квалификации юридических понятий, установлении содержания норм иностранного права, обратной отсылке и отсылке к праву третьей страны, оговорке о публичном порядке, применении императивных норм, реторсиях.

Спорным является вопрос о том, к какой части отнести правовое положение субъектов, в том числе и государства. М.М. Богуславский считает возможным отнести правовое положение субъектов к общей части¹. В.П. Звеков, автор одного из лучших российских учебников, рассматривает эти вопросы в особенной части². На наш взгляд, значительное преобладание при рассмотрении правового положения субъектов теоретических составляющих делает более оправданным включение их в общую часть учебного курса международного частного права.

Особенная часть учебного курса международного частного права традиционно состоит из разделов: 1) право собственности; 2) договорные обязательства; 3) международные перевозки; 4) право интеллектуальной собственности; 5) кредитные и расчетные отношения; 6) внедоговорные обязательства; 7) брачно-семейные отношения; 8) наследственные правоотношения; 9) трудовые отношения.

3. В учебном курсе международного частного права изучаются и вопросы международного гражданского процесса. Принято считать, что международный гражданский процесс не входит в состав международного частного права как отрасли права. Это мотивируется тем, что действия судебных органов по отношению к участникам гражданского процесса носят публично-правовой характер.

Международный гражданский процесс – составная часть гражданского процессуального права. Его изучение в международном частном праве вызвано тесной и непосредственной связью процессуальных норм с материальными нормами международного частного права. В практической деятельности при возникновении спора между сторонами вопросу определения применимого права всегда предшествует вопрос о подсудности спора. Это обуславливает включение международного гражданского процесса в предмет учебного курса международного частного права, но при этом в правовую отрасль международного частного права международный гражданский процесс не включается. Возникает ситуация, что предмет учебного курса международного частного права оказывается шире международного частного права как отрасли права.

В то же время, как указывает немецкий юрист Х. Шак, «...международный гражданский процесс ни в коем случае не является

¹ Богуславский, М.М. Указ. соч. – С. 32.

² Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 7.

придатком международного частного права»¹. Международное частное право и международный гражданский процесс взаимодополняют друг друга и изучение международного гражданского процесса в международном частном праве выглядит наиболее логичным, поскольку позволяет проследить все этапы правового регулирования: от определения применимого права до его применения и реализации на практике.

§ 5. Принципы международного частного права

1. Вопрос о принципах международного частного права представляет определенную сложность, поскольку в отличие от международного публичного права, где основные принципы выделены в Уставе Организации Объединенных Наций, Декларации о принципах международного права от 24 октября 1970 г., Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г., в международном частном праве принципы не выделены в международных актах. В связи с этим определить принципы международного частного права можно только доктринально, что ведет к значительному разбросу мнений по данному вопросу среди специалистов. Так в учебнике В.Г. Тихиня, в качестве принципов, на которых основано международное частное право, указаны:

- принцип приоритета общечеловеческих интересов и ценностей;
- принцип недопустимости дискриминации зарубежных партнеров в торгово-экономических отношениях;
- принцип невмешательства во внутренние дела друг друга;
- принцип добросовестного выполнения обязательств, вытекающих из общепризнанных принципов и норм международного права, а также заключенных договоров;
- принцип мирного урегулирования возникающих споров².

Российский автор Г.К. Дмитриева в качестве принципов международного частного права выделяет три основных принципа: принцип суверенного равенства национального права государств, принцип защиты отечественного правопорядка, принцип наиболее тесной связи³.

О.Н. Толочко выделяет общие принципы международно-частного права и принципы, регулирующие отдельные группы отношений⁴. К общим принципам международного частного права названный автор относит шесть принципов: принцип национальной (внутригосударственной) юрисдикции частнопровых отношений с ино-

¹ Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право / Х. Шак. – М., 2001. – С. 10.

² Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 15.

³ Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2010. – С. 31–35.

⁴ Толочко, О.Н. Принципы международного частного права / О.Н. Толочко // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2003. – № 2. – С. 24–35.

странным элементом; принцип коллизионного регулирования частно-правовых отношений с иностранными элементом; принцип безусловного применения иностранного законодательства в соответствии с коллизионной нормой; принцип автономии воли сторон (принцип диспозитивности); принцип однократного применения коллизионной нормы; принцип приоритета нормы международного договора перед нормой национального законодательства.

2. Не отрицая присутствия в международном частном праве принципов, которые выделяют указанные авторы, со своей стороны, полагаем необходимым указать на присутствие и проявление в международном частном праве отдельных основных принципов международного права. К таким принципам относятся: принцип суверенного равенства государств, принцип уважения основных прав и свобод человека, принцип сотрудничества государств.

Принцип суверенного равенства государств в международном частном праве предполагает уважение государствами правомочий друг друга в отношении гражданских, брачно-семейных, трудовых и иных дел с участием их граждан и юридических лиц, если в таких делах происходит столкновение правовых систем и компетенций государств. На принципе суверенного равенства государств основаны их юрисдикционные иммунитеты: иммунитет от юрисдикции иностранного суда, иммунитет от принятия обеспечительных мер, иммунитет от исполнения решения иностранного суда.

Принцип уважения прав человека и основных свобод в международном частном праве означает возможность применения в гражданских, брачно-семейных и иных делах в отношении индивида его личного закона, что в наибольшей степени соответствует интересам и правосознанию индивида. Можно утверждать, что само возникновение международного частного права было важным шагом в деле правового упрочения положения личности за рубежом собственного государства.

Принцип сотрудничества государств в международном частном праве означает взаимное сотрудничество государств в соблюдении личных имущественных, неимущественных прав граждан, их брачно-семейных, трудовых, процессуальных и иных прав. Без тесного взаимодействия государств и их правовых систем в этих вопросах обеспечение законных интересов и прав граждан окажется невозможным. Принцип сотрудничества открывает возможность и для юридических лиц иностранных государств вести коммерческую деятельность в иностранных государствах, реализовывать инвестиционные проекты.

3. Применительно к принципам, относящимся непосредственно к международному частному праву, следует особо выделить принцип обязательного применения иностранного права, если на это указывает коллизионная норма и этому не препятствует национальное право. Без

применения иностранного права международное частное право фактически не существует.

Очевидно, что в международном частном праве действует и такой принцип как признание актов, совершенных за рубежом на основании иностранного права. Этот принцип действует в случаях признания браков, заключенных за границей, международного усыновления, признания завещания, составленного за границей на основании иностранного права, признания решения иностранного суда или арбитража и т.п. Имеет он место и в правоотношениях юридических лиц в связи с их договорными обязательствами.

Принципом международного частного права является и свобода выбора права для участников гражданских правоотношений и свобода выбора места разрешения споров, если при этом не нарушаются нормы действующего законодательства.

Признание принципов международного частного права позволяет участникам правоотношений с наличием иностранного элемента в полной мере реализовывать свои права и более ответственно относиться к обязанностям, что соответствует интересам как самих участников, так и государств, которые они представляют.

§ 6. История развития международного частного права в Российской империи, СССР и Российской Федерации

1. В последних российских учебниках имеется достаточно подробное изложение истории развития международного частного права в России¹. Авторы учебника «Международное частное право» под редакцией Г.К. Дмитриевой отвели целую главу истории развития российской науки международного частного права².

Начало развитию российского международного частного права, по единодушному мнению российских юристов, положила работа Николая Павловича Иванова (1833–1903) «Основания частной международной юрисдикции», впервые опубликованная в «Ученых записках» Казанского университета в 1865 г., а затем вышедшая отдельным изданием. Основная мысль в этой работе – интересы взаимного общения народов требуют от государства признания юридической силы иностранных законов.

Следует отметить, что в Российской империи существовали «межобластные» коллизии законов, что было вызвано использованием в гражданских правоотношениях особых правовых норм в Царстве

¹ Богуславский, М.М. Указ. соч. – С. 33–43; Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 61–67.

² Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2008. – С. 627–683.

Польском, Финляндии, Прибалтике, Бессарабии, Черниговской и Полтавской губерниях. Учение о «межобластных» коллизиях в российском праве разработал выдающийся российский цивилист Кронид Иванович Малышев (1841–1907). Цивилистическую концепцию международного частного права развил профессор Коммерческого института в Москве Михаил Исаакович Брун (1860–1916). Он – автор очерка «Международное частное право», помещенного в энциклопедическом словаре Брокгауза и Ефрона в 1896 г., где в сжатом виде были изложены основы международного частного права, а также ряда специальных работ, в числе которых «Международное частное право. Лекции» (1909 г.), «Введение в международное частное право» (1915 г.).

2. В советское время международное частное право подвергалось, как и другие правовые дисциплины, марксистской идеологизации, что с неизбежностью сказалось на его научном уровне. В то же время, практическая востребованность советского международного частного права, в силу закрытости советского государства, была незначительна. Это привело к существованию международного частного права в режиме «науки для науки».

Первые работы в советское время в области международного частного права принадлежали ленинградскому профессору А.Н. Макарову: «Основные начала международного частного права» (М., 1924 г.) и «Правовое положение иностранцев в СССР» (М., 1925 г.). Первым, кто проанализировал советское законодательство с позиции международного частного права, был Иван Сергеевич Перетерский (1889–1956). Он же автор «Очерков международного частного права РСФСР» (М., 1924 г.). В этой работе И.С. Перетерский впервые отошел от общей характеристики международного частного права, уделив основное внимание международному частному праву РСФСР. Это отражало его научную концепцию, согласно которой международное частное право относится к внутреннему законодательству каждой страны. С позиции международного характера частного права исходил Сергей Борисович Крылов (1888–1958) в написанном им учебнике, вышедшем в 1930 г. В 1940 г. И.С. Перетерский и С.Б. Крылов совместно издали учебник «Международное частное право», который, несмотря на сильную идеологизацию, вызванную сложным временем, давал систематическое изложение основных понятий международного частного права и международного гражданского процесса. Второе издание учебника вышло в 1959 году. Этот учебник длительное время был единственным, по которому изучали международное частное право советские юристы.

Значительный вклад в развитие международного частного права внес выдающийся ученый Владимир Михайлович Корецкий (1890–1984). Он – автор работ, в которых раскрывались отдельные вопросы междуна-

родного частного права: «Проблемы международного частного права в договорах, заключенных советскими республиками с иностранными государствами» (1922 г.), «Оговорка о взаимности в международном частном праве» (1925 г.). Однако наибольшую известность В.М. Корецкому принесли работы по теоретическому обоснованию международного хозяйственного права. К таким работам относятся: «Униформизм в праве» (1927 г.), «Очерки международного хозяйственного права» (1928 г.), «Международное радиоправо» (1928 г.). Признанием выдающихся научных заслуг В.М. Корецкого стало посмертное издание его двухтомного сборника избранных трудов в Киеве в 1989 году, приуроченное к столетию со дня рождения ученого.

Ситуация с практической востребованностью международного частного права начала меняться в 60-е годы XX столетия, что вызвало интерес к его развитию. Наиболее фундаментальным трудом, появившимся в это время, стал трехтомный «Курс международного частного права» Лазаря Адольфовича Лунца (1892–1979), отдельные тома которого издавались в 1959, 1963 и 1966 гг. Признанием высокого научного уровня труда стало присуждение его автору в 1970 г. Государственной премии СССР. Переиздание отдельных томов курса произошло в 1973, 1975 и 1976 гг. Соавтором третьего тома была Н.И. Марышева.

Действительно широко востребованным международное частное право стало в конце 80-х годов прошлого столетия в связи с началом в СССР экономических реформ и переходом к открытому обществу.

3. Прекращение существования СССР в 1991 году и образование на его пространстве новых независимых государств в корне изменили ситуацию в развитии международного частного права: закончился период советского международного частного права и началось создание и развитие международного частного права в независимых государствах. В наиболее выигрышном положении оказалась Россия, поскольку советская школа международного частного права находилась в Москве, где работали наиболее квалифицированные специалисты.

Конец 1990-х годов и начало нового тысячелетия в России ознаменовались бурным развитием международного частного права, что проявилось, в первую очередь, в появлении большого количества учебной литературы.

В настоящее время в России наиболее распространенными и признанными учебниками по международному частному праву являются авторские учебники М.М. Богуславского (М., 1982, 1989, 1994, 1997, 1998, 2001, 2002, 2004, 2006 гг.), В.П. Звекова (М., 1999, 2004 гг.), Г.Ю. Федосеевой (М., 1999, 2000 гг.), В.В. Гаврилова (М., 2000, 2002 гг.); учебники коллективов авторов под редакцией Г.К. Дмитриевой (М., 1993, 2000, 2004, 2006, 2010 гг.), Н.И. Марышевой (М., 2000, 2004 гг.); трехтомный труд Л.П. Ануфриевой (М., 2000–2001 гг.).

Значительной помощью в развитии международного частного права в странах СНГ стало принятие 17 февраля 1996 г. Межпарламентской Ассамблеей государств-участников СНГ третьей части Модели Гражданского кодекса, содержащей раздел VII «Международное частное право». Разработанная российскими специалистами, эта модель стала основой для развития международного частного права в странах СНГ. Большинство стран СНГ включили раздел VII Модели в свои гражданские кодексы. Только Грузия, Азербайджан и Украина пошли своим путем, приняв законы о международном частном праве.

Можно с большой долей уверенности утверждать, что государства СНГ, включая и страны, принявшие законы о международном частном праве, останутся под влиянием российской школы международного частного права, поскольку для складывания собственных школ международного частного права требуется определенное время.

§ 7. Развитие предмета международного частного права в Беларуси

1. Обретение независимости Республикой Беларусь потребовало и развития собственного международного частного права, поскольку, как уже отмечалось, эта отрасль права относится к национальному праву. При этом необходимо было решать двуединую задачу: развитие международного частного права как правовой отрасли и как учебного предмета.

Первое специальное учебное издание в Республике Беларусь «Международное частное право: общая часть» было подготовлено В.Н. Фисенко и И.В. Фисенко и напечатано в Белорусском институте правоведения в 1992 году. В публикации рассматривались вопросы о предмете, источниках и общих понятиях международного частного права. В 1993 г. вышло «Международное частное право: специальная часть», книга первая тех же авторов, где рассматривались вопросы участия физических, юридических лиц и государства в правоотношениях с иностранным элементом, а также право собственности и вещные права. В 1994 г. В.Н. Фисенко и И.В. Фисенко издали вторую книгу «Международное частное право: специальная часть». Первый отечественный учебник по международному частному праву был подготовлен в 1995 г. авторским коллективом в составе В.А. Витушко, Д.Ф. Еремеева, В.В. Левого, В.Е. Лубовского, Х.Т. Мелешко, Л.М. Орловой, В.Н. Стрельцова, В.Г. Тихини и редакционной коллегией в составе В.Г. Тихини, В.А. Витушко, В.Г. Гавриленко, Н.И. Ядевич.

В 1997 г. был издан сборник «Интеллектуальная собственность» в 2х кн.: кн. 1 «Авторское право и смежные права», кн. 2 «Промышленная собственность». Составителем и комментатором актов, вклю-

ченных в первую книгу «Авторское право и смежные права», была И.В. Попова, редактором – В.Ф. Чигир. Вторая книга «Промышленная собственность» была составлена и прокомментирована профессором В.Ф. Чигиром. Обе книги сборника содержат международные договоры по авторскому праву, смежным правам, праву промышленной собственности, а также законодательство Российской Федерации и Республики Беларусь по интеллектуальной собственности.

В 1997 г. вышел сборник международных договоров «Об избежании двойного налогообложения» (составители Л.Е. Астапович, И.В. Фисенко и Л.А. Фисенко).

В 1998 г. профессор В.Г. Тихиня опубликовал специальную работу – «Положение иностранцев в Республике Беларусь». В следующем году была издана его авторская работа «Международное частное право», которая фактически являлась учебником.

Также в 1999г. вышел сборник международных договоров «Международная торговля. Международный гражданский процесс», в котором помещены конвенции по международной торговле и международному гражданскому процессу с участием Республики Беларусь. Составил сборник и дал подробный комментарий помещенным конвенциям В.Н. Фисенко.

В 2000 г. во втором номере журнала «Право и экономика» была помещена подборка документов по международному частному праву, составленная В.Г. Тихиней.

Значительным событием стал выход в 2002 г. сборника документов «Международные договоры Республики Беларусь, применяемые в хозяйственной (предпринимательской) деятельности» под общей редакцией В.С. Каменкова. В сборнике помещены договоры с участием Республики Беларусь, применяемые во внешнеэкономической и инвестиционной деятельности, договоры о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, конвенции по международному гражданскому процессу.

В том же году вышло издание, подготовленное В.Г. Тихиней, «Международное частное право в вопросах и ответах».

В 2003 г. вышел Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: (в 3 томах, под общей редакцией профессора В.Ф. Чигира). Комментарий раздела VII «Международное частное право» выполнил В.П. Мороз.

В 2004 г. издательство Белорусского института правоведения выпустило авторский учебник В.Г. Тихини «Международное частное право» под грифом Министерства образования Республики Беларусь, об утверждении в качестве учебника для студентов высших учебных заведений, обучающихся по специальностям «Правоведение» и «Экономическое право». В 2007 г. учебник был переиздан.

В 2006 г. опубликован Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики в 3 книгах. Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист БССР В.Ф. Чигир. И в этом издании раздел VII Гражданского кодекса прокомментировал В.П. Мороз.

2. В Беларуси нет специального периодического издания по международному частному праву, но в «Журнале международного права и международных отношений» имеется рубрика «Международное частное право», где помещаются статьи по проблематике предмета. Отдельные публикации, касающиеся вопросов международного частного права, можно найти в «Вестнике Высшего Хозяйственного Суда», «Юстиции Беларуси», «Юристе», «Таможенном вестнике» и других периодических изданиях.

Если сравнить развитие международного частного права как учебного предмета в Российской Федерации и Беларуси, следует признать наше большое отставание в этой сфере права. В настоящее время в России пять учебников по международному частному праву имеют гриф Министерства образования Российской Федерации о допуске в качестве учебника для студентов высших учебных заведений. При этом отдельные авторы и авторские коллективы с периодичностью в 2–3 года готовят новые издания учебников, переработанные и дополненные. Такое творческое соревнование идет, несомненно, на пользу российской науке. Помимо этого в России выходят сборники документов, сборники статей по проблемам международного частного права, специализированные журналы по международному частному праву.

Литература:

1. Абдулин, А.И. Об истоках международного частного права в России / А.И. Абдулин // Журнал российского права. – 2003. – № 5. – С. 142–148.

2. Ануфриева, Л.П. К вопросу о теории международного частного права / Л.П. Ануфриева // Московский журнал международного права. – 2003. – № 1.

3. Ануфриева, Л.П. Международное частное право. Общая часть / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 1. – С. 1–72.

4. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 12–43.

5. Ерпылева, Н.Ю. Понятие, предмет, система и источники международного частного права / Н.Ю. Ерпылева // Московский журнал международного права. – 2003. – № 1.

6. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 21–65.

7. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 657–661.

8. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 226–227.

9. Кудряшов, С.М. Страницы истории: Николай Павлович Иванов (зарождение науки международного частного права в России) / С.М. Кудряшов // Московский журнал международного права. – 1994. – № 4.

10. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 6–17.

11. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 20–62.

12. Маковский, А.Л. Новый этап в развитии международного частного права / А.Л. Маковский // Журнал российского права. – 1997. – № 1.

13. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 7–38.

14. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 1–17.

15. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск.: Книжный Дом, 2007. – С. 12–26.

16. Толочко, О. Принципы международного частного права / О. Толочко // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2003. – № 2.

17. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – С. 1–13.

18. Чешир, Дж. Международное частное право / Дж. Чешир, П.М. Норт. – М., 1982. – С. 17–30.

ГЛАВА 2

ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Главными формами международного права являются обычаи, договоры, решения международных судов, законы отдельных государств, решения государственных судов и наука.

Л. Комаровский

§ 1. Понятие источников международного частного права и их конституционная основа

1. В теории права под источниками права понимаются внешние формы выражения права. Поскольку международное частное право образует составную часть системы национального права, его источниками будут те же юридические формы, характерные для всего национального права в целом. Г.А. Василевич включает в число важнейших источников права Республики Беларусь следующие источники:

- 1) нормативные правовые акты государственных органов;
- 2) правовые обычаи;
- 3) судебные прецеденты;
- 4) общие принципы права¹.

Раздел VII Гражданского кодекса Республики Беларусь «Международное частное право» открывается ст. 1093 «Определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом». В п. 1 указанной статьи установлено, что это право определяется на основании Конституции Республики Беларусь, Гражданского кодекса Республики Беларусь, иных законодательных актов, международных договоров Республики Беларусь и не противоречащих законодательству международных обычаев. Несмотря на отсутствие в этом перечне судебных прецедентов и судебной практики, они также могут быть отнесены к источникам международного частного права, поскольку это свойственно международному частному праву большинства государств и праву Республики Беларусь в том числе. Таким образом, источниками международного частного права Республики Беларусь являются:

- 1) нормативные правовые акты, включающие Конституцию Республики Беларусь, кодексы, законы, декреты и указы Президента, постановления правительства, отдельные акты министерств и ведомств;
- 2) международные договоры, представляющие унифицированные нормы международного частного права, в которых участвует Республика Беларусь;

¹ Василевич, Г.А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи / Г.А. Василевич. – Минск., 2005. – С. 8.

- 3) судебные прецеденты и судебная практика;
- 4) международные обычаи, не противоречащие законодательству Республики Беларусь.

2. Помимо названных источников, в регулировании экономических отношений между субъектами, относящимися к разным государствам, возможно применение источников негосударственного регулирования, имеющих факультативный характер. К ним относятся: общие условия поставок товаров, типовые договоры, кодексы поведения, руководства по совершению сделок и др. Негосударственное регулирование основано на принципе автономии воли сторон и свободе договора. К негосударственному регулированию относятся и акты, разработанные международными организациями. Примером могут служить Правила толкования торговых терминов (Инкотермс), обобщенные Международной торговой палатой, и Принципы международных коммерческих договоров, последняя редакция которых предложена Международным институтом по унификации международного частного права (УНИДРУА) в апреле 2004 г.

В международном частном праве в качестве вспомогательного источника возможно использование доктрины. Официально доктрина не причисляется к источникам международного частного права, но в статье 1095 ГК Республики Беларусь, определяющей установление содержания норм иностранного права, предписано осуществлять установление этих норм «в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве».

3. На первое место среди источников международного частного права законодатель поставил Конституцию Республики Беларусь. Это не случайно, поскольку конституционные нормы устанавливают общий подход в правовом регулировании для всех отраслей права Республики Беларусь, в том числе и для международного частного права.

Необходимо выделить следующие положения Конституции, оказывающие непосредственное воздействие на международное частное право и применяемые в нем в качестве фундаментальных основ.

Во-первых, Конституция Республики Беларусь имеет высшую юридическую силу на территории государства. Законы, декреты, указы и иные акты государственных органов издаются на основе и в соответствии с Конституцией Республики Беларусь (ч. 1 ст. 137).

В тексте Конституции не разрешен вопрос о прямом действии ее норм, но следует согласиться с Г.А. Василевичем, утверждающим, что Конституция Республики Беларусь является высшим нормативным актом прямого действия¹.

Во-вторых, обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь является высшей целью государства (ч. 1 ст. 21). При этом все

¹ Василевич, Г.А. Указ. соч. – С. 33–38.

равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту прав и законных интересов (ст. 22). Конституция гарантирует гражданам защиту и покровительство государства как на ее территории, так и за ее пределами (ч. 1 ст. 10).

В-третьих, Конституция предоставляет иностранным гражданам и лицам без гражданства права и свободы наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией, законами и международными договорами (ст. 11). Тем самым Конституция Республики Беларусь предоставила иностранцам и лицам без гражданства национальный правовой режим, уравнивающий их с гражданами Республики Беларусь.

В-четвертых, Конституция определила, что собственность в Республике Беларусь может быть государственной и частной (ч. 1 ст. 13). В Конституции установлены равные права для осуществления хозяйственной и иной деятельности, гарантируются равная защита и равные условия для развития всех форм собственности (ч. 2 ст. 13). Вопрос о собственности по единодушному мнению правоведов-цивилистов является важнейшим в гражданском праве. Восстановление в правах частной собственности, ее гарантированная защита государством сближают наше право с правом абсолютного большинства государств мира и создают прочную основу взаимодействия белорусской правовой системы с правовыми системами других государств.

В-пятых, Конституция признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства (ч. 1 ст. 8). Во внешней политике Республика Беларусь исходит из принципов равенства государств, неприменения силы или угрозы силой, нерушимости границ, мирного урегулирования споров, невмешательства во внутренние дела и других общепризнанных принципов и норм международного права (ст. 18).

В-шестых, Конституция Республики Беларусь гарантирует каждому защиту прав и свобод компетентным независимым судом. С целью защиты прав, свобод, чести и достоинства граждане в соответствии с законом вправе взыскать в судебном порядке как имущественный вред, так и материальное возмещение морального вреда.

В-седьмых, Конституция Республики Беларусь признает право каждого в соответствии с международными актами, ратифицированными Республикой Беларусь, обращаться в международные организации с целью защиты прав и свобод, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты (ст. 61). При этом каждый имеет право на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод, включая право пользоваться в любой момент помощью адвоката и других своих представителей в суде, иных государственных органах, органах местного управления, на предприятиях и учреждениях (ст. 62).

Таким образом, имущественные и личные права иностранных граждан в Республике Беларусь и аналогичные права белорусских граждан за рубежом, что является предметом международного частного права, имеют прочную конституционную гарантию.

§ 2. Законодательство Республики Беларусь по международному частному праву

1. Обретение суверенитета Республикой Беларусь потребовало коренной переработки всей правовой системы, в которой международное частное право должно было занять свое особое место.

Создание правовой системы суверенной Республики Беларусь оказалось сложным и объемным по масштабу работы и достаточно продолжительным по времени. В настоящее время этот процесс завершен, а это значит, что реальностью стало и международное частное право Республики Беларусь.

Для формирования международного частного права особое значение имеют Гражданский кодекс и Кодекс о браке и семье. Новый Гражданский кодекс Республики Беларусь как суверенного государства начал действовать с 1 июля 1999 г., Кодекс Республики Беларусь о браке и семье вступил в силу немногим позже – с 1 сентября 1999 г.

В Гражданском кодексе нормы международного частного права содержатся в разделе VII «Международное частное право», состоящем из двух глав, включающих 43 статьи. В Гражданском кодексе 1964 г. нормы международного частного права содержались всего в 12 статьях в разделе VIII «Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров».

Раздел VII «Международное частное право» состоит из двух глав: 74 «Общие положения» и 75 «Коллизионные нормы». В «Общих положениях» объединены статьи, имеющие общеметодологическое значение: определение применимого права, квалификация юридических понятий, установление содержания норм иностранного права, обратная отсылка, последствия обхода акта законодательства, взаимность, оговорка о публичном порядке, применение императивных норм, применение права страны с множественностью правовых систем, реторсии.

Глава 75 «Коллизионные нормы» представляет наиболее полный свод белорусского коллизионного права. Здесь разрешены вопросы о личном законе физического лица, его правоспособности и дееспособности, законе юридического лица и его правоспособности, форме сделки, исковой давности, применением праве к договорным и внедоговорным обязательствам и т.д.

Кодекс Республики Беларусь о браке и семье содержит 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». В разделе содержится 11 статей, в основном имеющих коллизионный характер, в которых регулируется заключение и расторжение браков граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами и лицами без гражданства, а также иностранных граждан между собой в Республике Беларусь, установление отцовства, международное усыновление и другие вопросы.

Трудовой кодекс Республики Беларусь, вступивший в действие с 1 января 2000 г., регулирует трудовые отношения, осложненные иностранным элементом (ст. 8, 320–323), но не содержит коллизионных норм.

С 1 января 2000 г. вступил в действие Кодекс торгового мореплавания Республики Беларусь, принятие которого вызвано расширяющимися экономическими связями нашего государства и использованием морских перевозок белорусскими юридическими лицами. В Кодексе регулируется ряд вопросов, относящихся к международному частному праву.

Банковский кодекс Республики Беларусь, принятый 17.07.2006 г., определяет порядок проведения международных расчетов, условия государственной регистрации банков с иностранными инвестициями, деятельность дочерних банков и представительств иностранных банков в Республике Беларусь.

Особо следует выделить Инвестиционный кодекс Республики Беларусь, вступивший в действие с 10 октября 2001 г. Кодекс определяет правовое положение иностранных инвесторов в Республике Беларусь, а также деятельность юридических и физических лиц Республики Беларусь, осуществляющих инвестиционную деятельность в зарубежных странах.

2. Кроме названных кодексов в Республике Беларусь приняты ряд законов, в которых наряду с основными вопросами, являющимися предметом регулирования, решены и вопросы, относящиеся к международному частному праву. Нижеприведенный перечень таких законов не является исчерпывающим.

Закон Республики Беларусь от 20.09.2009 г. № 49-З «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь» (в ред. Закона от 29.12.2009 г.);

Закон Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» от 04.01.2010 г. № 105-З;

Закон Республики Беларусь «О приватизации жилищного фонда в Республике Беларусь» от 17.05.2011 г. № 262-З;

Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» от 17.05.2011 г. № 262-З;

Закон Республики Беларусь «О гражданстве Республики Беларусь» от 01.08.2002 г. № 136-З (в ред. Закона от 04.01.2010 г.);

Закон Республики Беларусь «О патентах на изобретения, полезные модели и промышленные образцы» от 16.12.2002 г. № 160-З (в ред. Закона от 05.07.2010 г.);

Закон Республики Беларусь «О валютном регулировании и валютном контроле» от 22.07.2003 г. № 226-З (в ред. Закона от 14.06.2010 г.);

Закон Республики Беларусь «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» от 25.11.2004 г. № 347-З и др.

Как уже отмечалось, в международном частном праве как учебном предмете изучается и международный гражданский процесс. Источниками норм международного гражданского процесса являются: Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь, действующий с 1 июля 1999 г.; Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь, действующий с 7 марта 2005 г.; Кодекс Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей, действующий с 12 января 2007 г.; Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. «О международном арбитражном (третейском) суде»; Закон Республики Беларусь от 18 июля 2004 г. «О нотариате и нотариальной деятельности».

3. Важную роль в регулировании внешнеэкономических отношений имеют декреты Президента Республики Беларусь: № 9 от 20.12.2007 г. «О стимулировании производства и реализации товаров (работ, услуг)», № 10 от 16.01.2009 г. «О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования», № 10 от 06.08.2009 г. «О создании дополнительных условий для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь», № 6 от 7 мая 2012 г. «О стимулировании предпринимательской деятельности на территории средних, малых городских поселений, сельской местности» и др.

Среди указов Президента Республики Беларусь, имеющих непосредственное отношение к международному частному праву следует выделить: Указ № 178 от 27.03.2008 г. «О порядке проведения и контроля внешнеторговых операций», Указ № 262 от 09.06.2005 г. «О некоторых вопросах деятельности свободных экономических зон на территории Республики Беларусь» (действует в последующих редакциях), Указ № 413 от 06.08.2009 г. «О предоставлении физическим и юридическим лицам полномочий на представление интересов Республики Беларусь по вопросам привлечения инвестиций в Республику Беларусь», Указ № 273 от 25.05.2010 г. «О создании государственного учреждения «Национальное агентство инвестиций и приватизации».

Особо значимым является Указ Президента Республики Беларусь от 27 марта 2008 г. № 178 «О порядке проведения и контроля внешнеторговых операций» (в ред. Указов от 23 января 2009 г. № 52, 19 февраля 2009 г. № 104 и 9 августа 2011 г. № 347), который заменил

ранее действовавший Указ от 4 января 2000 г. № 7 «О совершенствовании порядка проведения и контроля внешнеторговых операций».

Правительство Республики Беларусь также создает материально-правовые нормы международного частного права в процессе реализации законов, декретов и указов Президента. К таким правительственным актам относятся: постановление Совета Министров от 22.07.1997 г. № 929 «О порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций» (в ред. постановления от 12.05.2010 г.), Правила пребывания иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь, утвержденные постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 20.01.2006 г. № 73 (в ред. постановления 09.07.2010 г.) и др.

§ 3. Закон о международном частном праве как способ кодификации норм международного частного права

1. Все государства с неизбежностью вынуждены заниматься развитием национального международного частного права. В последние десятилетия определились два основных пути, по которым следуют государства в развитии этой важной правовой дисциплины: одни включают нормы международного частного права в отдельные отрасли, другие – принимают специальные законы о международном частном праве. Первой страной, принявшей закон о международном частном праве в 1963 г., была Чехословакия. После разделения страны в 1994 г. закон сохранил свое действие и в Чехии, и в Словакии. В последующем законы о международном частном праве были приняты в Польше, Венгрии, Австрии, ФРГ, Румынии, Швейцарии, Тунисе, Италии и других странах. Из стран, возникших на постсоветском пространстве, законы о международном частном праве были приняты в Грузии (1998 г.), Азербайджане (2000 г.), Украине (2005 г.). В последние годы выявилась тенденция принятия кодексов о международном частном праве. Такие кодексы были приняты в Бельгии (2004 г.), Болгарии (2007 г.), Турции (2007 г.).

Несмотря на то, что белорусское законодательство пошло по пути отраслевого развития международного частного права, вопрос о кодификации международного частного права в едином законе нельзя считать закрытым.

Профессор В.Г. Тихиня заявил о необходимости принятия закона о международном частном праве в Республике Беларусь еще на страницах первого учебника по данному предмету в 1995 году и остается сторонником этого пути развития международного частного права в нашем государстве до настоящего времени¹. По мнению наиболее авторитетного ученого Беларуси в области международного част-

¹ Международное частное право: учебник / под ред. В.Г. Тихини [и др.]. – Минск.. 1995. – С. 34.

ного права, «разработка и принятие Закона Республики Беларусь «О международном частном праве» значительно усилит правовую охрану интересов белорусских юридических и физических лиц за рубежом, повысит авторитет отечественной правовой системы, сделает ее более привлекательной для иностранных партнеров, в том числе с точки зрения правовых гарантий защиты иностранных инвестиций»¹.

2. Активно обсуждается вопрос о разработке закона о международном частном праве в России. В.П. Звеков выдвигает следующие аргументы в пользу закона о международном частном праве: «Принятие федерального закона о международном частном праве и международном гражданском процессе позволит, во-первых, наиболее полно и последовательно определить и разграничить общие и специальные институты в этой сфере и, во-вторых, достичь целей, которые в суммированном виде могут быть обозначены как: 1) восполнение пробелов; 2) устранение дублирования; 3) исключение противоречий»².

Другой российский автор Г.К. Дмитриева предлагает, сохранив нормы международного частного права в отраслях, «принять закон под названием «Основы международного частного права», предусмотрев, что они применяются ко всем частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом»³.

Следует отметить, что еще в советское время во Всесоюзном научно-исследовательском институте советского государственного строительства был подготовлен проект закона о международном частном праве и международном гражданском процессе, но прекращение существования СССР не позволило реализовать этот проект⁴.

Представляется, что разработка и принятие закона о международном частном праве в Республике Беларусь способствовали бы решению актуальных проблем, явно обозначившихся в белорусском международном частном праве.

Во-первых, это позволило бы устранить противоречия, имеющиеся в законодательных актах разных отраслей.

Во-вторых, закон позволит распространить общие положения международного частного права, имеющиеся только в Гражданском кодексе, и на отношения брачно-семейные и трудовые, что в настоящее время отсутствует.

В-третьих, это даст возможность комплексно рассмотреть нормы международного частного права разных отраслей и доработать их с учетом мировых тенденций развития этой правовой науки.

¹ Тихиня, В.Г. «Республике Беларусь необходим специальный закон о международном частном праве» / В.Г. Тихиня // Торгово-промышленное право. – 2011. – № 2. – С. 69.

² Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 114.

³ Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2008. – С. 627–683.

⁴ ВНИИ советского государственного строительства и законодательства // Труды-49. – М., 1991. – С. 123–148.

Закон о международном частном праве Республики Беларусь, безусловно, станет значительным шагом на пути развития отечественного международного частного права.

§ 4. Международные договоры Республики Беларусь как источники международного частного права

1. В советской и российской школе международного частного права в свое время получил распространение тезис о двойственной природе источников международного частного права, что и было отправной точкой в споре о принадлежности международного частного права к национальному или международному праву. Сущность проблемы заключалась в том, к какому праву (международному или национальному) относить международное частное право, поскольку в нем используются два основных источника: национальное законодательство и унифицированные международные нормы, изложенные в международных договорах. Действующее в настоящее время законодательство позволяет достаточно точно определить роль международных договоров в международном частном праве и разрешить эту проблему.

В ч. 1 ст. 8 Конституции Республики Беларусь установлено: «Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства». В ч. 3 этой же статьи указано: «Не допускается заключение международных договоров, которые противоречат Конституции». Как отмечает Г.А. Василевич, «признание приоритета общепризнанных принципов международного права обозначает не что иное, как определение вектора развития всей правовой системы», а «норма, запрещающая заключать международные договоры, противоречащие Конституции, является гарантией государственного суверенитета Беларуси, которая самостоятельна в проведении своей внутренней и внешней политики»¹.

Закон Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь» от 23 июня 2008 г. в ч. 2 ст. 33 уточнил порядок действия норм международных договоров: «Нормы права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства, подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта, и имеют силу того акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора»².

¹ Василевич, Г.А. Указ. соч. – С. 44.

² Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 25.07.2008 г. – № 2/1518.

Гражданский кодекс Республики Беларусь в ч. 2 ст. 6 содержит практически такую же формулировку с тем отличием, что там говорится о нормах гражданского права, содержащихся в международных договорах.

Следует признать, что указание на непосредственное применение является излишним и порождает путаницу в вопросе применения норм международных договоров. Очевидно, что никакого непосредственного применения норм международного договора быть не может. Все международные договоры Республики Беларусь проходят определенную процедуру имплементации в национальное законодательство, в результате чего они становятся частью действующего права и имеют силу того акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора. В ч. 1 ст. 17 Закона «О международных договорах Республики Беларусь» установлено: «Согласие Республики Беларусь на обязательность для нее международного договора может быть выражено подписанием международного договора, путем обмена нотами, письмами или иными документами, образующими международный договор, ратификацией международного договора, утверждением (принятием) международного договора, присоединением к международному договору путем правопреемства в отношении международного договора».

Таким образом, закон о ратификации международного договора, указ Президента о присоединении к международному договору, постановление Совета Министров об утверждении межправительственного договора – это правовые акты, которыми международные договоры имплементируются в национальное законодательство. Доказательством данного вывода может быть и норма, содержащаяся в постановлении Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 г. № 21 «О некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц»: «Нормы права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства и имеют силу того правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность соответствующего международного договора» (ч. 2 п. 2)¹.

В теории права нормы, содержащиеся в международных договорах, относят к специальным по отношению к нормам национального права, которые являются общими. Поскольку со времен римского права существует постулат *lex specialis derogat generalis* (специальный закон отменяет общий), в случае расхождения нормы международного договора с национальной нормой преимущество имеет норма международного договора. Только таким образом можно обосновать широко

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь .

распространенную в нашем законодательстве формулу, утверждающую, что в случае расхождения нормы национального права с нормой международного договора, действует норма международного договора.

Подводя итог, можно сделать вывод: нормы международных договоров имеют силу тех правовых актов, посредством которых они трансформированы в национальную правовую систему Республики Беларусь.

2. В многообразном спектре прав и свобод человека гражданские права и свободы иностранцев, обеспечение которых является главной целью существования международного частного права, занимают свое определенное место. С целью защиты указанных прав своих граждан государства заключают двусторонние договоры о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Республика Беларусь заключила такие договоры со следующими государствами: Литовской Республикой (1993 г.), Латвийской Республикой (1995 г.), Республикой Польша (1995 г.), Китайской Народной Республикой (1999 г.), Социалистической Республикой Вьетнам (2000 г.), Исламской Республикой Иран (2006 г.), Республикой Болгария (2007 г.), Турецкой Республикой (2012 г.).

Кроме этого Республика Беларусь стала правопреемницей договоров о правовой помощи бывшего СССР в отношениях с Финляндской Республикой (1994 г.), Венгерской Республикой (2002 г.), Республикой Куба (2002 г.), Республикой Чехия (2002 г.), Итальянской Республикой (2004 г.), Словацкой Республикой (2007 г.).

В рамках СНГ действует многосторонняя Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная 22 января 1993 г. в Минске. В 1997 г. Конвенция была дополнена Протоколом. Новая редакция Конвенции была принята в Кишиневе 7 октября 2002 г. Для Республики Беларусь Кишиневская конвенция вступила в силу с 27 апреля 2004 г. Ее участниками также являются Азербайджан, Казахстан, Киргизия, Армения, Таджикистан. В отношениях Республики Беларусь с государствами СНГ, не присоединившимися к Кишиневской конвенции, действует Конвенция 1993 г.

Значительную группу договоров составляют договоры о торговле, торгово-экономическом сотрудничестве, платежные соглашения. Такие договоры Республика Беларусь имеет практически со всеми соседними государствами и рядом развивающихся государств Азии, Африки и Латинской Америки. Договоры о торговле и торгово-экономическом сотрудничестве являются, как правило, краткосрочными и создают условия для юридических и физических лиц государств по непосредственной реализации внешнеэкономических проектов.

Отдельную группу составляют договоры о поощрении и взаимной защите инвестиций. Республика Беларусь заключила договоры, гарантирующие инвестиции, с Болгарией, Италией, Голландией, Юго-

славией, Украиной, Турцией, Румынией, Швецией, Англией, Францией, Китаем, Финляндией, Вьетнамом и рядом других государств.

В рамках СНГ 28 марта 1997 г. Республика Беларусь в числе девяти государств стала участницей Конвенции о защите прав инвесторов (не подписали Конвенцию Украина, Туркменистан и Узбекистан).

Двусторонний характер имеют договоры о международном железнодорожном, автомобильном и воздушном сообщении, договоры о взаимной охране авторских прав, о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности.

Особо необходимо выделить договоры, которые заключили Республика Беларусь и Российская Федерация в процессе строительства Союзного государства. К ним относятся Договор о создании Союзного государства Беларуси и России от 8 декабря 1999 г., Соглашение о создании равных условий субъектам хозяйствования 1998 г., Договор о равных правах граждан 1998 г., Соглашение о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь 2002 г.

3. Однако с точки зрения унификации международного частного права первостепенное значение имеют многосторонние международные конвенции, поскольку они позволяют наиболее широко осуществить сближение и гармонизацию законодательства ряда стран в определенной сфере международного частного права. Республика Беларусь очень активно включилась в этот процесс и является в данный момент участником многих международных соглашений.

В настоящее время уровень экономических связей между государствами принято оценивать объемом торгового оборота. Правовое обеспечение международной торговли на основе унификации норм права обеспечивает Конвенция ООН о международной купле-продаже товаров 1980 года. С названной Конвенцией связана Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 года. Республика Беларусь является участницей обеих конвенций.

Товарообороту между государствами способствуют и конвенции, разработанные Международным институтом по унификации частного права в Риме (УНИДРУА). К ним относятся Конвенция о международном финансовом лизинге и Конвенция о международном факторинге, подписанные в мае 1988 г. в Оттаве.

Содействовать проведению международных расчетов призваны конвенции о векселях, принятые в Женеве 7 июля 1930 г.; Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях; Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о простых векселях; Конвенция о гербовом сборе в отношении переводного и простого векселя. Беларусь присоединилась к названным Конвенциям 4 февраля 1998 г.

Беларусь также подписала Конвенцию ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах от 11 декабря 1995 г., которая еще не вступила в действие.

Из многосторонних договоров, регулирующих международные перевозки, Республика Беларусь является участницей Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ), принятой в Женеве 19 мая 1956 г., и Конвенции о международной перевозке грузов с применением книжки МДП, принятой в 1975 г.

Беларусь участвует в международных конвенциях по защите интеллектуальной собственности, под которой понимаются объекты авторского права и промышленной собственности. В сфере авторского права и смежных прав – это Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (последняя редакция принята в 1971 г.); Всемирная конвенция об авторском праве, принята в 1952 г. (вторая редакция принята в 1971 г.); Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм, принята в 1971 г.; Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторских и смежных прав (подписано в рамках СНГ в 1993 г.).

В сфере промышленной собственности это: Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., Мадридское соглашение о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г. (в редакции Стокгольмского акта 1967 г.), Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 г., Договор о патентной кооперации от 19 июня 1970 г., Договор о регистрации товарных знаков от 12 июня 1973 г., Европейская патентная конвенция 1973 г., Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г. (принята в рамках СНГ), Сингапурский договор по товарным знакам от 27 марта 2006 г.

Источниками международного частного права являются и региональные многосторонние международные договоры, принятые в рамках Содружества Независимых Государств, среди которых:

Соглашение о распределении всей собственности Союза ССР за рубежом (1992 г.);

Соглашение о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности (1992 г.);

Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (1992 г.);

Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств-участников Содружества Независимых Государств (1992 г.);

Соглашение о гарантиях прав граждан государств-участников Содружества Независимых Государств в области пенсионного обеспечения (1992 г.);

Договор о создании Экономического Союза (1993 г.);

Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности (1993 г.).

В рамках Евразийского экономического сообщества, образованного 10 октября 2000 г., действует также ряд договоров:

Конвенция о привилегиях и иммунитетах Евразийского экономического сообщества (2001 г.);

Договор о создании единой таможенной территории и формировании Таможенного союза (2007 г.) и др.

Следует отметить, что область международных договоров как источников международного частного права является весьма изменчивой, особенно в сфере региональных и двусторонних договоров, поскольку постоянно разрабатываются и принимаются новые международные договоры.

§ 5. Судебные прецеденты и судебная практика

1. Термин «прецедент» (происходит от лат. *praescedens* – предшествующий) означает случай, имевший место ранее и служащий примером для последующих случаев.

Вопрос о судебном прецеденте и судебной практике как источнике международного частного права относится к дискуссионным, как и вопрос о признании судебного прецедента источником права вообще. Как известно, правовая система Республики Беларусь относится к романо-германской правовой семье, которая сформировалась под решающим воздействием римского права, где закону придавалось абсолютное значение. Прецедентное право лежит в основе общей системы права, существующей в Великобритании, США, Австралии, Новой Зеландии и Канаде. В этом праве судебный прецедент является главным источником и судьи либо следуют уже известным решениям, либо сами создают право. При этом не следует преувеличивать правотворческую составляющую в решениях судов в странах общего права, поскольку такая возможность возникает достаточно редко и связана с разрешением новых правовых ситуаций. В абсолютном большинстве случаев суды при принятии решений руководствуются хорошо известными прецедентами. Председатель Европейского суда по правам человека Л. Вильдхабер указывает на следующие достоинства прецедентного права: «Именно для обеспечения единообразия, последовательности и определенности прецеденты должны соблюдаться, и только, если они явно необоснованны или не соответствуют сути спора, ими можно пренебречь»¹.

¹ Вильдхабер, Л. Прецедент в Европейском суде по правам человека / Л. Вильдхабер // Государство и право. – 2001. – № 12. – С. 7.

В странах общего права для обеспечения работы судей по применению прецедентов уже давно сложилась практика составления сборников прецедентов в области международного частного права. Примером такой кодификации прецедентов в Великобритании является курс Дайси–Морриса, а в США – Свод законов о конфликте законов (первый свод был издан в 1934 г., второй – в 1971 г.). Появление современной техники позволяет достаточно быстро отыскать необходимые прецеденты в их полном изложении. Следует обратить внимание, что работа по кодификации прецедентов в определенной мере приближает систему общего права к романо-германской. Наряду с этим в англо-американском праве растет число принимаемых статутов и все большее количество гражданских дел рассматривается с использованием законов, а не прецедентов. В то же время в законодательстве отдельных стран, принадлежащих к романо-германской системе (Франция, Германия, Италия, Испания, Нидерланды, Япония), признается возможность использования судебных прецедентов и судебной практики в случае пробелов в законах. Можно утверждать, что наметилась положительная тенденция во взаимном сближении семей англо-американского и романо-германского права.

По утверждению одного из ведущих юристов Беларуси Г.А. Василевича: «В белорусском праве сложилась ошибочная точка зрения, не признающая судебный прецедент в качестве источника права, что не соответствует реальному положению вещей»¹. По его мнению: «Судебный прецедент реально существует в правовой действительности Республики Беларусь. Он является источником права. Создает правоположения, которые отсутствуют в актах законодательства, восполняя в нем пробелы»².

Прецедентный характер в нашей правовой системе имеют акты судебных инстанций: Конституционного Суда, Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда.

Конституционный Суд Республики Беларусь согласно Кодексу о судостроительстве и статусе судей в Республике Беларусь рассматривает вопросы о конституционности нормативных правовых актов как в целом, так и их отдельных положений (ст. 51).

Примером, когда решение Конституционного Суда Республики Беларусь существенным образом повлияло на судебную практику, может быть заключение от 30 января 2004 г. «О соответствии Конституции Республики Беларусь пункта 3 статьи 760 Гражданского кодек-

¹ Василевич, Г.А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи / Г.А. Василевич. – Минск, 2005. – С. 94.

² Василевич, Г.А. Акты органов судебной власти: роль и место в национальной правовой системе / Г.А. Василевич // Национальная государственность и европейские интеграционные процессы: сб. науч. тр.: в 2 т. / Белорусский государственный университет, юридический факультет; редкол.: С.А. Балашенко [и др.]. – Минск, 2008. – Т. 1: Национальное законодательство и его гармонизация с правом Европейского союза. – С. 293.

са Республики Беларусь»¹. В этом заключении Конституционный Суд проанализировал правовое регулирование отношений по поводу договоров займа иностранной валюты, что и является содержанием пункта 3 статьи 760 Гражданского кодекса Республики Беларусь. В этом вопросе возникла противоречивая судебная практика, а с 2001 г. суды, по указанию Верховного Суда, при рассмотрении споров граждан начали признавать договоры займа иностранной валюты ничтожными и взыскивать валюту в доход государства. В результате заключения Конституционного Суда законодательство, связанное с регулированием займов иностранной валюты, было приведено в соответствие с принципами правового государства.

Дважды Конституционный Суд рассматривал вопрос «О соответствии Конституции Республики Беларусь части 2 статьи 6 Закона «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь»². В итоге Конституционный Суд пришел к выводу, что обязанность проставления отметки в паспорте, разрешающей выезд за границу, установленная для всех граждан Республики Беларусь, противоречит праву, гарантированному Конституцией на свободу передвижения (ст. 30), и рекомендовал отменить проставление отметки. С 1 января 2008 г. требование о проставлении отметки в паспорте, разрешающей выезд за границу, было отменено.

3. Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей в числе полномочий Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь установил: «Рассматривает материалы обобщения судебной практики, разрешения хозяйственных (экономических) споров, судебной статистики и принимает постановления по вопросам применения законодательства в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности» (ст. 74). Реализуя указанную норму, Пленум Высшего Хозяйственного Суда осуществляет судебное нормотворчество путем принятия постановлений, которые представляют собой обзор, обобщение судебной практики по отдельным категориям дел.

В процессе этой работы часто восполняются пробелы в законодательстве либо разъясняются нормы, которые могут быть восприняты неоднозначно. Как отмечает Председатель Высшего Хозяйственного Суда В.С. Каменков, «значение постановлений Пленума Высшего Хозяйственного Суда состоит в выработке на основе анализа судебной практики единого направления в применении судами тех или иных норм материального или процессуального права»³.

¹ Вестник Конституционного Суда. – 2004. – № 1. – С. 13–32.

² Заключение Конституционного Суда от 27 сентября 2002 г. // Вестник Конституционного Суда. – 2002. – № 3. – С. 20–26; там же – 2005. – № 4. – С. 4–10.

³ Каменков, В.С. Судебная практика хозяйственных судов Беларуси как источник нормотворчества в гражданском законодательстве / В.С. Каменков // Вестник Высшего Хозяйственного Суда. – 2000. – № 20. – С. 110.

Такую же роль выполняют и постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь, содержащие обобщение материалов судебной практики и разъяснения по вопросам применения законодательства по гражданским делам в судах общей юрисдикции.

4. Подводя итог, следует признать, что возможности Конституционного Суда, Высшего Хозяйственного Суда и Верховного Суда Республики Беларусь в деле судебного нормотворчества ограничены, поскольку они только отменяют (Конституционный Суд) либо разъясняют уже имеющиеся правовые нормы, созданные законодательной и исполнительной властью. Относительно создания новых норм права судебными органами вопрос остается открытым, но ликвидация пробелов в праве, несомненно, является правотворчеством. Не вызывает сомнения и тот факт, что высшие судебные инстанции Республики Беларусь управляют процессом правоприменительной деятельности и в значительной степени определяют само направление развития права в нашей стране.

Вне зависимости от роли прецедентов в белорусской правовой системе, они должны быть признаны источником международного частного права и по той причине, что возможна ситуация, когда коллизионная норма отошлет наш судебный орган к иностранному праву, основанному на прецеденте. И в такой ситуации белорусский суд не может отказаться от применения иностранного прецедентного права.

§ 6. Обычай в международном частном праве

1. В Статуте Международного Суда ООН международный обычай определяется «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (п. 1 «b» ст. 38), и по значимости среди источников международного права он следует за международными конвенциями. В международном праве есть обычаи, регулирующие отношения как в публичном, так и частном праве, что является свидетельством их общих исходных начал.

Не противоречащие законодательству Республики Беларусь международные обычаи названы в качестве источников права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом в п. 1 ст. 1093 Гражданского кодекса Республики Беларусь.

На практике в международном частном праве обычаи чаще всего применяются в международном торговом обороте, вследствие чего их называют обычаями международного торгового оборота или торговыми обычаями, а также в международных расчетах. Возникновение торговых обычаев связано с развитием интенсивного торгового обмена между государствами и необходимостью правового регулирования этого процесса в условиях отсутствия договорного регулирования. Основное требование к международному обычаю – это его широкое распространение и признание государствами.

В договорах по международному частному праву имеются нормы, определяющие порядок применения международных обычаев. Так, в Конвенции ООН о договорах международной купли–продажи товаров 1980 г. в ст. 9 говорится:

«1) Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях.

2) При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли».

Государства-участники Конвенции соответственно санкционируют применение обычаев в отношениях их субъектов с иностранными партнерами.

В Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., Арбитражных регламентах ЮНСИТРАЛ (2010 г.) и Европейской экономической комиссии ООН (1966 г.) предусмотрено, что арбитры при рассмотрении споров будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями.

2. На практике применение обычаев связывают с двумя возможными вариантами. Во-первых, проявлением воли сторон, когда они избирают тот или иной обычай в качестве нормы, регулирующей их правоотношения, о чем указывается в тексте договора. Во-вторых, признанием судом или арбитражем обычая в качестве источника регулирования, несмотря на отсутствие ссылки на него в договоре.

Из теории права известно, что отличительной особенностью обычая является его устная форма, что не исключает письменного изложения обычая и содержащихся в нем норм. Для единообразного восприятия обычаев в международной торговле возникла необходимость их систематизации и унификации. Таким систематизированным актом стали Международные правила толкования торговых терминов, известные как Инкотермс (сокращенная аббревиатура International Commercial Terms – INCOTERMS (подробнее о терминах Инкотермс в § 1 гл. 8), предложенные Международной торговой палатой. Последняя редакция Инкотермс принята в 2010 г.

Аналогичную работу по отношению к заключению договоров в целом выполнил Международный институт унификации частного права (УНИДРУА), обобщивший обычаи торгового права в Принципах международных коммерческих договоров, впервые изданных в 1994 г. (последнее издание вышло в 2010 г.). Принципы УНИДРУА, как сокращенно называется указанный акт, устанавливают нормы ме-

ждународных коммерческих договоров, которые подлежат применению, если стороны специально оговаривают это в контракте.

Применение терминов Инкотермс и Принципов УНИДРУА предусматривает постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 г. № 21 «О некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц». В п. 29 постановления говорится: «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».

В некоторых странах применение Инкотермс предусмотрено законодательными актами. В частности такой порядок установлен Указом Президента Украины от 4 октября 1994 г.

3. Международная торговая палата также обобщила правила и обычаи проведения международных расчетов, осуществляемых с помощью документарных аккредитивов и переводов по инкассо. Последняя редакция Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов принята в 2006 году. Унифицированные правила по инкассо были опубликованы в 1995 году. Большинство банков мира объявили о своем присоединении к Унифицированным правилам по аккредитивам и инкассо.

По мнению российской автора Г.К. Дмитриевой, публикации Международной торговой палаты, Международного института унификации частного права «...представляют собой неофициальную, частную кодификацию не обладающих обязательной юридической силой обычаев международного делового оборота. Как сам документ в целом, так и отдельные сформулированные в нем нормы применяются либо тогда, когда стороны соответствующих отношений договорились об этом (имеют силу контрактных условий), либо когда государство санкционировало и признало за ними юридическую силу»¹.

От обычаев следует отличать обыкновения, которые не имеют международного характера и представляют собой устные правила, действующие в определенной местности, чаще всего в порту. Обыкновения могут регулировать взаимоотношения сторон в случаях, когда они непосредственно ссылаются на них в договоре.

В государствах Африки и Азии, большинстве арабских стран обычаи применяются в брачно-семейных и наследственных отношениях, что связано с национальными и религиозными традициями. В этих случаях обычаи также выполняют функцию источников права.

¹ Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2010. – С. 91.

§ 7. Международные организации, специализирующиеся на кодификации международного частного права

1. Развитие международного частного права происходит, как на уровне национального, так и международного права. На международном уровне кодификацией международного частного права занимаются Гаагская конференция по международному частному праву, Международный институт унификации частного права (УНИДРУА), Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и Международная торговая палата (МТП).

Гаагская конференция была создана по инициативе правительства Нидерландов в 1893 г. Название организации происходит от места и формы работы: конференции собираются раз в четыре года в Гааге. В работе конференций принимают участие 71 государство-член и Европейский Союз. Республика Беларусь присоединилась к Гаагской конференции в результате принятия Закона Республики Беларусь «О ратификации Устава Гаагской конференции по международному частному праву» от 28 мая 2001 г. Всего за время деятельности Гаагской конференции было принято более сорока конвенций. Республика Беларусь участвует в восьми конвенциях. Наиболее известные конвенции, в которых участвует Республика Беларусь, – это конвенции по международному гражданскому процессу (подробнее в § 2 гл. 17), конвенции по брачно-семейным отношениям (подробнее в § 5 гл. 15), Конвенция о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям 1971 г., Конвенция о гражданско-правовых аспектах похищения детей 1980 г., Конвенция о праве, применимом к договорам купли–продажи товаров 1986 г.

2. Международный институт унификации частного права (*Institut international pour l'unification du droit privé*), аббревиатура – УНИДРУА, был образован как орган Лиги Наций в 1925 г. на основе соглашения между правительством Италии и Советом Лиги Наций. Участниками УНИДРУА являются 63 государства, подписавшие устав организации. Штаб-квартира УНИДРУА находится в Риме. Руководящими органами являются – Секретариат, Управляющий совет и Генеральная Ассамблея, которая проходит с участием делегаций всех государств-членов.

Наиболее известным актом, предложенным УНИДРУА, являются Принципы международных коммерческих договоров или Принципы УНИДРУА, которые представляют собой обобщение торговых обычаев, сложившихся в международной торговле на протяжении длительного времени. Первая редакция Принципов УНИДРУА была опубликована в 1994 г., вторая – в 2004 г., последняя обновленная редакция вышла в 2010 г. УНИДРУА также предложил конвенции в разнообразных сферах сотрудничества государств. К ним относятся: Оттавская конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г. (подробнее в § 5 гл. 9), Оттавская конвенция УНИДРУА

о международном факторинге 1988 г., Римская конвенция УНИДРУА о похищенных и незаконно вывезенных культурных ценностях 1995 г. и др. Еще одно направление работы УНИДРУА – разработка типовых нормативных актов (model laws). В 2002 г. был предложен Типовой закон о раскрытии информации в отношении франчайзинга, ведется работа над типовым законом о лизинге.

3. Комиссия по праву международной торговли (англ. United Nations Commission on international Trade law – UNCITRAL), аббревиатура – ЮНСИТРАЛ, была учреждена в 1966 г. в качестве вспомогательного органа Организации Объединенных Наций. Цель деятельности Комиссии – содействовать развитию и кодификации права международной торговли. В состав Комиссии входят представители шестидесяти государств-членов, избираемых Генеральной Ассамблеей ООН на шесть лет с соблюдением принципа представительства всех правовых систем и всех регионов мира. Комиссия ведет работу на ежегодных сессиях, проводимых поочередно в Центральных учреждениях ООН в Нью-Йорке и в Венском международном центре в Вене. В активе ЮНСИТРАЛ разработка ряда конвенций, которые широко применяются в международной торговле: Венская конвенция ООН о договоре международной купли–продажи товаров 1980 г., Нью-Йоркская конвенция ООН об исковой давности в международной купле–продаже товаров 1974 г., Гамбургская конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г., Нью-Йоркская конвенция ООН о международных переводных и международных простых векселях 1988 г., Нью-Йоркская конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г. и др. Кроме конвенций ЮНСИТРАЛ разрабатывает и предлагает государствам типовые законы. Наиболее широкую известность получили: Типовой закон о международном коммерческом арбитраже (действует в редакции 2006 г.), Типовой закон об электронной торговле 1996 г., Типовой закон об электронных подписях 2001 г., Типовой закон о международной согласительной процедуре 2002 г.

4. Международная торговая палата (англ. International Chamber of commerce – ICC), аббревиатура – МТП, была создана в 1919 г. в целях организационного и правового обеспечения международной торговли. В настоящее время МТП объединяет торговые палаты, ассоциации и компании более чем из 140 стран мира, включая Белорусскую торгово-промышленную палату (БелТПП). Штаб-квартира МТП находится в Париже. В развитие права международной торговли МТП вносит вклад путем обобщения обычаев международной торговли и необходимых для этого международных расчетов. Наибольшую известность приобрели уже названные выше Международные правила толкования торговых терминов (Инкотермс), первая редакция которых была предложена МТП еще в 1936 г. С 1980 г. МТП каждое десятилетие публикует обновленную редакцию Инкотермс, где оперативно учитываются процессы, про-

исходящие в мировой торговле. В сфере международных расчетов МТП обобщила практику и предложила для широкого использования Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (действуют в ред. 2006 г.), Унифицированные правила по инкассо 1995 г., Международную практику по резервным аккредитивам 1988 г. и другие акты.

Деятельность названных международных организаций позволила сформировать необходимую правовую базу ведения международной торговли и связанных с ней международных расчетов, а также своевременно разрешать проблемы, возникающие в указанных сферах правоотношений.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 1: Общая часть. – С. 122–167.
2. Бахин, С.В. Модельное право / С.В. Бахин // Правоведение. – 2003. – № 1. – С. 170–185.
3. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юрист, 2006. – С. 63–116.
4. Ерпылева, Н.Ю. Понятие, предмет, система и источники международного частного права / Н.Ю. Ерпылева // Международное публичное и частное право. – 2002. – № 1. – С. 23–30.
5. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 66–140.
6. Звеков, В.П. Развитие законодательства о международном частном праве / В.П. Звеков, Н.И. Марышева // Журнал российского права. – 1997. – № 1.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 657–661.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 226–227.
9. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 18–29.
10. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 20–62.
11. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 66–92.
12. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 33–70.
13. Международные договоры Республики Беларусь, применяемые в хозяйственной (предпринимательской) деятельности / сост. В.С. Каменков [и др.]; под общ. ред. В.С. Каменкова. – Минск, 2002.
14. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 27–42.
15. Фисенко, В.Н. Международное частное право: общая часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1992. – С. 14–29.

ГЛАВА 3

КЛЮЧЕВЫЕ ПОНЯТИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

В гражданском праве любая дефиниция опасна, ведь немного случаев, когда она не может быть искажена.

Яволен, римский юрист

§ 1. Коллизионные нормы

1. Весь смысл существования международного частного права сводится к вопросу: право какого государства должно применяться к разрешению конкретного правоотношения с наличием иностранного элемента? На эту роль обычно претендуют две правовые системы, представляющие право государств, к которым принадлежат физические и юридические лица разных государств. В случае разрешения правоотношения, в котором иностранный элемент представлен объектом, находящимся в другой стране, на роль регулятора претендует право страны суда (*lex fori*) и право страны нахождения этого объекта. При иностранном элементе в виде юридического факта, имевшего место в другой стране, возможно применение права страны суда и право страны места совершения факта. Каждая из правовых систем предлагает свое регулирование правоотношения, результаты которого могут значительно отличаться в каждом праве. Возникает коллизия (от лат. *collisio* – столкновение) двух правовых систем.

Сущность международного частного права, определившаяся еще в XIX столетии, заключается в преодолении, уходе от коллизии правовых систем путем формулирования специальных норм, которые позволяют выбрать право одной страны для разрешения конкретного правоотношения. Такие специальные нормы, позволяющие избрать применимое право, получили название коллизионных. Название не совсем удачное, поскольку коллизионные нормы на самом деле не «сталкивают», а разводят правовые системы и в этом плане им больше бы подошло название «разводящие» или «антиколлизионные». Но в правовой науке есть понятие единства терминологии, поэтому мы будем применять устоявшееся название.

2. 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 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 регулируемое правоотношение с иностранной составляющей. Привязка – часть коллизионной нормы, указывающая на то, право какой страны

должно применяться к правоотношению, определенному в объеме. Если соотнести строение коллизионной нормы с общим строением правовой нормы, рассматриваемой в теории права, то объем будет соответствовать гипотезе, а привязка – диспозиции.

Возьмем для примера п. 1 ст. 1103 Гражданского кодекса Республики Беларусь, где говорится: «Личным законом физического лица считается право страны, гражданство (подданство) которой это лицо имеет». Объем приведенной коллизионной нормы – личный закон физического лица, т.е. право, которое определяет личный статус, правосубъектность физического лица. Привязкой в этой норме будет право страны, гражданство (подданство) которой это лицо имеет.

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

3. За время существования международного частного права сложились определенные типы коллизионных привязок, которые также называют формулами прикрепления. Тип 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 тип коллизионной привязки законом, и поэтому в ее названии присутствует это слово. Типы коллизионных привязок в международном частном праве имеют и 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;

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;

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

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

8) закон наиболее тесной связи (*Proper Law*). Требует применения права той страны, с которой данное правоотношение наиболее тесно связано;

9) закон флага (*lex flagi*). Определяет применение права страны, которому принадлежит морское или воздушное судно;

10) закон места работы (*lex loci laboris*). Требует применения права страны, где осуществляется трудовая деятельность;

11) закон суда (*lex fori*). Определяет форму процессуального производства, может применяться как способ решения коллизионной проблемы.

Возможно применение и других коллизионных привязок.

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

Коллизионные нормы можно 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 нормы обязательны для сторон, и они не могут от них отступать. Например, п. 1 ст. 1132 ГК Республики Беларусь представляет такую императивную норму: «К правам на интеллектуальную собственность применяется право страны, где испрашивается защита этих прав».

Диспозитивные нормы содержат коллизионную привязку, но стороны могут отступать от нее, заменив нормой по договоренности. Например, ст. 1122 Гражданского кодекса Республики Беларусь гласит: «Право собственности и другие вещные права на движимое имущество, находящееся в пути по сделке, определяется по праву страны, из которой это имущество отправлено, если иное не установлено соглашением сторон». Привязка, рекомендуемая законодателем, – «право страны, из которой это имущество отправлено», 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 право только одной страны, обычно 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, п. 1 ст. 1118 Гражданского кодекса Республики Беларусь: «Исковая давность определяется по праву страны, применимому для регулирования соответствующего отношения». В данном случае исковая давность будет зависеть от применимого права к правоотношению, и таким правом теоретически может быть право любой страны мира.

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

Сложные коллизионные нормы 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».

Примером множественности привязок может служить норма 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. *sumulatio* – 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 требования права Республики Беларусь».

5. 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 отдельные 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.

6. На практике применимое право может определяться не только в отношении какой-либо территории, но и в отношении лиц и времени действия. Право, действующее в отношении лиц, принято называть интерперсональным правом. Например, согласно этому праву в европейских странах определяются условия вступления в брак для иностранцев. Право, действующее в отношении времени, называется интертемпоральным. Согласно ему определяется право, действующее в то или иное время в государстве или на определенной территории. При этом всегда действует 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 привязок на две универсальные привязки: закон наиболее тесной связи и закон, избранный сторонами.

Закон наиболее тесной связи был известен в международном частном праве давно.

Прецедентом к изменению подходов в применении указанной привязки стало дело Бэбкок против Джонсона, рассмотренное в 1962 г. Апелляционным судом штата Нью-Йорк.

Суть дела следующая. Супруги Джонсоны, проживавшие в штате Нью-Йорк, отправились на выходные в Канаду, взяв в попутчицы свою зна-

кому 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), 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 г. в США, было закреплено правило, отсылавшее к праву штата, которое наиболее тесным образом связано с правоотношением и со сторонами.

2. Российский автор В.П. Звеков относит данную коллизионную привязку к «гибким» коллизионным нормам¹. Другой российский автор Е.В. Кабатова обращает внимание на то обстоятельство, что по своей формулировке привязка «наиболее тесной связи» не похожа на традиционную коллизионную привязку, где обычно содержится указание на конкретную правовую систему². В итоге Е.В. Кабатова приходит к выводу: «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 принцип нахождения наиболее тесной связи правоотношения с конкретным правопорядком, нахождения наиболее благоприятного правопорядка, учет императивных норм страны суда и третьей страны»³. К универсальным коллизионным привязкам относится и привязка-закон, избранный сторонами, имеющий, как уже отмечалось, значение принципа в международном частном праве.

¹ Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 166–168.

² Кабатова, 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.

³ Там же.

§ 3. Коллизионный и материально-правовой методы

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 современной доктрине и практике международного частного права утвердилась мысль, что коллизионная норма не должна отрываться от результата регулирования. В.П. Звеков считает: «Регулятивная функция коллизионной нормы становится все более активной, несущей в себе определенный социальный «заряд», «социальный эффект»¹.

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 Л.А. Лунц: «В случаях отношений с иностранным элементом коллидируют не отдельные нормы разных государств, а их правовые системы»².

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, на которое указывает коллизионная норма, по причине необходимости установить его содержание и применить 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. Стремление преодолеть сложность и противоречивость коллизионного метода привело к появлению материально-правового метода.

¹ Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 160.

² Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 157.

Сущность этого метода 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 и нормы, содержащиеся в международных договорах, в которых участвует государство.

В п. 1 ст. 1100 содержится положение о неприменении коллизионных норм, если они затрагивают действия императивных норм права Республики Беларусь, регулирующих соответствующие отношения.

В п. 2 этой же статьи содержится норма, согласно которой суд может применить императивные нормы права другой страны, имеющие тесную связь с рассматриваемым отношением, если, согласно праву этой страны, такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права¹.

4. Международные договоры как источники регулирования правоотношений в международном частном праве начали применяться 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 (см. 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 действия.

Использование материально-правового метода возможно в следующих случаях:

- 1) если обе стороны правоотношения принадлежат к государствам-участникам договоров;
- 2) если стороны, не принадлежащие к государствам-участникам, избрали международный договор в качестве применимого права (вариантом может быть ситуация, когда одна 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

¹ Более развернутая характеристика императивных норм дана в § 7 данной главы.

коммерческой фирмой этой страны. В договоре не указано применимое право к регулированию 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 г., поскольку Республика Беларусь – участница этой конвенции.

Применение участниками для регулирования их правоотношений торговых терминов Инкотермс, Принципов международных коммерческих договоров 2010 г., Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов 2006 г., Унифицированных правил по инкассо 1996 г. также является примером материально-правового регулирования.

В то же время материально-правовой метод не в состоянии полностью заменить коллизионный, поскольку он не охватывает всех правоотношений. В таких сферах, как брачно-семейное право, наследственное право, создание единообразных норм невозможно по причине слишком больших расхождений у государств в регулировании этих правоотношений. Сдерживает развитие материально-правового метода и ограниченное количество государств, которые присоединились к заключенным конвенциям. Многие государства не желают связывать себя какими-либо обязанностями в сфере гражданско-правовых отношений и не участвуют в конвенциях, унифицирующих нормы международного частного права и международного гражданского процесса.

Таким образом, преодоление коллизионной проблемы, возникающей в международном частном праве в результате потенциальной возможности применения к одному правоотношению по крайней мере двух правовых систем, возможно с помощью двух методов – коллизионного и материально-правового. Оба метода активно взаимодействуют между собой, взаимно дополняя друг друга. 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. Квалификация юридических понятий, применяемых в международном частном праве

1. Всякое право состоит из юридических понятий. Дать квалификацию юридических понятий – это значит точно определить их содержание и смысл. В коллизионном праве существует ряд понятий, требующих квалификации: «личный закон физического лица», «домицилий», «форма сделки», «движимое и недвижимое имущество», «срок исковой давности». В праве различных государств большинство

юридических понятий по содержанию совпадает, но есть случаи несовпадения. Примером может быть понятие исковой давности. Суть понятия в установлении определенного временного срока на предъявление исков, что необходимо для ограждения судов от исков по делам давно ушедших лет. В большинстве стран исковая давность рассматривается как институт материального права, а в Великобритании и США это понятие долгое время относилось к процессуальному праву. В результате иски, по которым истекли сроки исковой давности, в Великобритании и США вообще не принимались судами к рассмотрению, в то время как в других странах истечение срока исковой давности не препятствует рассмотрению спора. В 1984 г. в Великобритании был принят Закон об иностранных сроках исковой давности, который отнес эти сроки к материальному праву.

До настоящего времени не ликвидировано противоречие по вопросу места заключения договора, если договор заключается по переписке. Одни страны считают местом заключения договора место получения акцепта оферентом, другие – место отправления акцепта.

2. В Гражданском кодексе Республики Беларусь вопрос о квалификации юридических понятий регулирует ст. 1094 ГК, где говорится:

«1. При определении права, подлежащего применению, суд основывается на толковании юридических понятий в соответствии с правом страны суда, если иное не предусмотрено законодательными актами.

2. Если юридические понятия, требующие правовой квалификации, не известны праву страны суда или известны под другим названием или с другим содержанием и не могут быть определены путем толкования по праву страны суда, то при их квалификации может применяться право иностранного государства».

Исходя из содержания п. 1 ст. 1094 белорусский суд должен использовать при толковании юридических понятий собственное право, если иное не предусмотрено законодательными актами. Здесь речь идет о «первичной квалификации», которая возникает при определении применимого права. Но уже и на этой стадии возможно отступление от этого правила, что предусмотрено субсидиарной привязкой, «если иное не предусмотрено законодательными актами». Примером «иного предусмотрения» является п. 2 ст. 1119 ГК Республики Беларусь: «Принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам, а также иная юридическая квалификация имущества определяются по праву страны, где это имущество находится».

Пункт 2 ст. 1094 применяется в случае, если юридические понятия, требующие квалификации, не известны праву страны суда. Эта норма носит в определенной степени диспозитивный характер, поскольку она содержит формулировку только о возможности («может») применения иностранного права. В.П. Звеков в комментарии аналогичной статьи российского Гражданского кодекса замечает: «Отсутст-

вие в российском праве соответствующих понятий еще не означает невозможности во всех случаях их толкования по российскому праву. Не исключено, что «правовой вакуум» может быть восполнен с помощью таких известных российскому гражданскому законодательству институтов, как аналогия закона и аналогия права»¹. Это утверждение актуально и по отношению к белорусскому праву.

Вторичная квалификация может потребоваться после определения применимого права. В этом случае она производится на основе той правовой системы, которая избрана для применения. Это объясняется тем, что юридическая квалификация является неотъемлемой частью соответствующего применимого права. В п. 1 ст. 1095 ГК Республики Беларусь указано: «При применении иностранного права суд или иной государственный орган устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве».

Таким образом, юридическая квалификация коллизионных норм касается как объема этой нормы, так и привязки. Первоначальная квалификация в белорусском праве производится в основном по закону страны суда (*lex fori*), но в отдельно оговоренных случаях квалификация производится по праву страны, с которым связано существо правоотношения (*lex causae*). Последующая квалификация всегда производится в соответствии с избранным правом.

§ 5. 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 г.

Фабула дела заключалась в споре о наследстве банковских вкладов, оставшихся после смерти Ф. Форго, последовавшей во Франции. По французскому праву на наследование претендовало государство, поскольку прямых наследников 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 являлась Бавария. Далее суд должен

¹ Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 186.

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 наследования движимого имущества необходимо применять закон страны домицилия наследодателя, которым было французское право. Таким образом, французский кассационный суд, оставаясь в правовом поле, использовав 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. В большинстве европейских стран возобладало положительное отношение к обратной отсылке. Так, в Законе о международном частном праве Польши (1965 г.) принимается как обратная отсылка к польскому праву, так и отсылка к праву третьей страны. 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»¹.

В некоторых странах возобладало отрицательное отношение к обратной отсылке. К таким странам относятся Греция, Италия, Дания, Бразилия.

В советском частном праве не допускалось применение обратной отсылки при разрешении внешнеторговых споров. Примером может служить спор, рассмотренный Внешнеторговой арбитражной комиссией (предшественница МКАС) в 1967 г. Спор возник по поводу проката советского фильма «Спящая красавица» в Великобритании. Ответчик (в/о «Совэкспортфильм») 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»². 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 отсутст-

¹ Международное частное право. Сборник нормативных актов / сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2006. – С. 8.

² Арбитражная практика. Часть V. – М., 1975. – С. 129–146.

вия практического применения иностранного права это не имело существенного значения. Отрицательное отношение к обратной отсылке закрепилось в современном российском праве. Главный довод противников обратной отсылки состоит в том, что коллизийная 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 коллизийному 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. 1, 3, 5 ст. 1104, 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 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 физического лица.

Негативное отношение к обратной отсылке закреплено и в Законе Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» от 9 июля 1999 г., 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 коллизийным нормам». Эта норма соответствует ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном

коммерческом арбитраже 1985 г., 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 применение 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, следует признать, что эта позиция ведет к расширению применения иностранного права. И наоборот, признание обратной отсылки, увеличивает возможность применения национального права. Г.К. Дмитриева замечает: «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»¹.

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.

§ 6. 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. Начало этого понятия усматривают в ст. 6 Гражданского кодекса Франции 1804 г., где было сформулировано правило о недопустимости нарушения частными соглашениями законов, «затрагивающих общественный порядок и добрые нравы».

Существует два основных подхода в понимании оговорки о публичном порядке: позитивный и негативный. Позитивная оговорка сложилась во Франции, где ее понимают как определенную совокупность норм французского права, имеющих особое значение для защиты общественных и моральных устоев. Отсюда происходит и ее название «позитивная», т.е. положительная, полезная, необходимая. Нормы, определяющие публичный порядок государства, называют императивными, строго обязательными (речь о них пойдет ниже).

Негативная оговорка исходит из содержания норм иностранного права, возможное применение которых на основании указаний коллизион-

¹ Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2008. – С. 627–683.

ных норм ведет к результатам, несовместимым с публичным порядком определенного государства. Негативный вид оговорки – это и есть то, что в большинстве государств называют оговоркой о публичном порядке (*ordere public, ordere policy, Vorbehaltsklausel*). Это значит, что иностранное право не применяется в силу полной несовместимости с правовой системой, где следовало его применить, руководствуясь коллизионной нормой.

Главную проблему применения оговорки о публичном порядке обозначил еще в начале XX в. 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»¹.

Таковую 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 множеством внутренних норм и она будет служить слишком легким предлогом для применения *lex fori*, подрывая, таким образом, основную функцию международного частного права»².

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

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации в определении, принятом 25 сентября 1998 г., следующим образом охарактеризовала этот институт: «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.

¹ Нольде, Б.Э. Очерк международного частного права. Цит. по: Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. – М., 2004. – С. 14.

² Чешир, Д. Международное частное право / Д. Чешир, П. Норт. – М., 1982. – С. 157.

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»¹.

Российский юрист Г.К. Дмитриева выделяет четыре основных элемента, характеризующих публичный порядок: во-первых, это основополагающие принципы национального права; во-вторых, это нормы морали и представление о справедливости; в-третьих, коренные интересы государства и его граждан; в-четвертых, общепризнанные принципы и нормы прав человека². Исходя из этого, указанный автор полагает, «что понятие «основы правопорядка (публичный порядок) Российской Федерации» включает четыре взаимосвязанных основных элемента: 1) основополагающие, фундаментальные принципы российского права, прежде всего, конституционные, частноправовые и гражданско-процессуальные; 2) общепринятые принципы морали, на которые опирается российский правопорядок; 3) законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны; 4) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека»³.

3. В законодательстве Республики Беларусь оговорка о публичном порядке содержится в нескольких нормативных актах, причем в разных формулировках.

В Гражданском кодексе Республики Беларусь имеется специальная 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 Хозяйственном процессуальном кодексе предусмотрен отказ в исполнении поручения иностранного суда (п. 1 ч. 2 ст. 244), а также решения иностранного суда (п. 7 ч. 1 ст. 248), если это противоречило бы публичному порядку Республики Беларусь. Такая же формулировка присутствует в ч. 3 ст. 43 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде», где говорится о случаях отмены решения международного арбитражного суда.

¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1999. – № 3.

² Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2008. – С. 627–683.

³ Там же.

В Гражданском процессуальном кодексе и Законе Республики Беларусь «О нотариате и нотариальной деятельности» исполнение поручений иностранных судов (п. 1 ч. 1 ст. 560 ГПК) и поручений органов юстиции иностранных государств (п.п. 1.1 п. 1 ст. 104 Закона) не допускается, если это «противоречит суверенитету Республики Беларусь или угрожает ее национальной безопасности».

Еще одна формулировка представлена 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».

Фактически имеются три различные формулировки, которые выполняют одну и ту же роль: ограничивают применение иностранного права. Это не противоречит международной практике применения оговорки о публичном порядке.

В то же время формулировка оговорки о публичном порядке в российском Гражданском кодексе отличается от формулировок в законодательстве Республики Беларусь. В ст. 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации указано: «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. 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».

Таким образом, российский законодатель рассматривает применение оговорки о публичном порядке как чрезвычайную меру и обуславливает ее применение наличием следующих обстоятельств:

- 1) это должен быть исключительный случай;
- 2) противоречие между нормой иностранного права и российским правом должно состоять в последствии применения иностранной нормы;
- 3) это противоречие должно иметь явный характер, т.е. быть бесспорным;
- 4) отказ в применении норм иностранного права не может основываться на отличии правовой, политической или экономической системы.

Формулировки оговорки о публичном порядке, содержащиеся в белорусском законодательстве, не имеют подобных ограничений, что создает предпосылку их неоправданно широкого применения.

Особо следует выделить формулировку, содержащуюся в ч. 1 ст. 237 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, которая не допускает при-

менения иностранного законодательства или признания основанных на нем актов, если это противоречило бы законодательству Республики Беларусь. Такая формулировка представляется 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.

4. В Гражданском кодексе Республики Беларусь отсутствует норма, изложенная в ч. 2 ст. 1193 российского Гражданского кодекса, где говорится о недопустимости отказа в применении норм иностранного права, основанном только на отличии правовой, политической или экономической системы.

Появление этой нормы связано с историей взаимоотношений советского государства со странами Запада в правовой области. В первые годы существования советской власти перед правовыми системами западных стран встал вопрос: как реагировать на национализацию собственности, осуществленную в СССР в форме конфискации? В 1920-е годы оговорка о публичном порядке неоднократно использовалась для отказа в признании права собственности советского государства на национализированное имущество. Однако в дальнейшем суды западных стран признали экстерриториальный характер советской национализации и отказывали в исках, основанных на доказательствах ее противоречия публичному порядку.

Подводя итог, необходимо отметить, что с точки зрения формулировки в законодательстве Республики Беларусь оговорка о публичном порядке требует уточнения, поскольку содержащиеся формулировки создают предпосылки к ее неоправданно широкому применению. Следует заметить, что суды Беларуси, в отличие от российских, 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.

§ 7. Императивные нормы

1. При рассмотрении вопроса о методах регулирования в международном частном праве уже отмечалось, что императивные нормы относятся к нормам прямого действия и применяются в определенных случаях независимо от предписания коллизионных норм.

Указание на применение императивных норм впервые появилось в международных конвенциях, направленных на унификацию норм международного частного права: Конвенции о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям 1971 г.; Конвенции о праве, применимом к ответственности изготовителя 1973 г.; Конвен-

ции о праве, применимом к договорам международной купли–продажи товаров 1986 г. В этих конвенциях применение императивных норм закреплялось в самом общем виде как право суда. Например, в ст. 17 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли–продажи товаров, говорится: «Конвенция не препятствует применению тех положений закона суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего договор».

Конвенция стран ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. в ст. 7 расширила возможность применения императивных норм, указав не только на право страны суда, но и третьей страны, с которой правоотношение имеет тесную связь¹. Эти нормы стали основой для Модели Гражданского кодекса для стран СНГ по применению императивных норм.

Российские юристы для обозначения этой категории норм используют термин «сверхимперативные нормы»².

По своему объективному содержанию сверхимперативные нормы являются позитивной оговоркой о публичном порядке, которая вместе с негативной оговоркой защищает государственный правопорядок и законные интересы участников правоотношений. Следует отличать сверхимперативные нормы, исключающие применение иностранного права, от императивных коллизионных и материальных норм национального права. Как указывает В.В. Кудашкин: «Императивные коллизионные нормы нельзя обойти никаким соглашением, ибо государство в них установило степень возможного поведения субъектов права, степень их свободы»³. Эти нормы выступают как нормы специального законодательства для регулирования международных частных отношений. Примером императивной коллизионной нормы может быть ст. 1126 ГК Республики Беларусь: «К договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждено юридическое лицо».

Определение императивных коллизионных норм не вызывает больших сложностей, поскольку они имеют отсылочный характер. Наибольшие затруднения вызывает установление различий между «сверхимперативной» нормой и императивной материальной нормой национального права, не «блокирующей» применение иностранного права.

Примером императивной материальной нормы национального права является ст. 197 ГК Республики Беларусь, где указано: «Общий срок исковой давности устанавливается в три года». Для всех участников граждан-

¹ Конвенция ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г. в 2008 г. была заменена Регламентом (ЕС) 593/2008 Европейского парламента и Совета о праве, применимом к договорным обязательствам от 17 июня 2008 г.

² Богуславский, М.М. Указ. соч. – С. 111; Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 195–196; Международное частное право: учебник / под ред. Г.К. Дмитриевой. – М., 2004. – С. 191.

³ Кудашкин, В.В. Актуальные вопросы международного частного права / В.В. Кудашкин. – М., 2004. – С. 32.

ско-правовых отношений Республики Беларусь этот срок императивен и стороны не могут его изменить. Срок будет действовать и в случае регулирования внешнеэкономической сделки белорусского юридического лица с зарубежным партнером, если они изберут для регулирования белорусское право или это будет вытекать из коллизионной привязки.

В отличие от императивных национальных норм «сверхимперативные» нормы подлежат применению к правоотношению независимо от выбора права сторонами, а также от коллизионных норм, указывающих на применимое право.

2. В Гражданском кодексе Республики Беларусь применение императивных норм регулируется, как уже было указано, ст. 1100, где в п. 1 говорится: «Правила настоящего раздела не затрагивают действия императивных норм права Республики Беларусь, регулирующих соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

Эта формулировка соответствует Модели гражданского кодекса для стран СНГ и не содержит никаких характеристик или условий применения императивных норм. В российском Гражданском кодексе в п. 1 ст. 1192 самым общим образом раскрыто значение императивных норм: «Правила настоящего раздела не затрагивают действия тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

В данном случае российский законодатель указывает на два условия применения императивных норм:

- 1) указание в самих императивных нормах на необходимость их применения;
- 2) их особое значение для обеспечения прав и интересов участников правоотношений.

Положение п. 2 ст. 1100 Гражданского кодекса Республики Беларусь дает возможность суду применить императивные нормы права другой страны, имеющие тесную связь с правоотношением. Но применение императивных норм другой страны рассматривается не как обязанность, а как право суда. В п. 2 ст. 1192 ГК Российской Федерации и п. 2 ст. 14 Закона Украины «О международном частном праве» содержатся аналогичные нормы.

3. Наибольшую сложность вызывает вопрос об определении круга «сверхимперативных» норм в белорусском законодательстве, поскольку они законодателем специально не выделены и их можно определить только доктринально.

В.П. Звекон дает следующую характеристику «сверхимперативных» норм: «1) источники норм – *lex fori*, *lex causae* или право третьей страны; 2) назначение норм – защита особо значимых публичных ин-

тересов; 3) правовая природа – «пограничье» частного и публичного права: нормы частного права, являющиеся продолжением публично-правовых начал; нормы публичного права, воздействующие на частноправовые отношения; 4) применение «сверхимперативной» нормы (нормы непосредственного применения) устраняет применение коллизионной нормы»¹.

К «сверхимперативным» нормам в белорусском праве, на наш взгляд, можно отнести следующие нормы ГК Республики Беларусь: п. 1 ст. 9 (о пределах осуществления гражданских прав); ст. 170 (о недействительности сделки, совершение которой запрещено законодательством); п. 1 ст. 391 (о свободе договора); п. 3 ст. 163 (о последствиях несоблюдения простой письменной формы внешнеэкономической сделки); п. 2 ст. 1116 (об обязательной письменной форме для внешнеэкономической сделки с участием юридических и физических лиц Республики Беларусь); ст. 209 (о требованиях, на которые исковая давность не распространяется).

Следует отметить, что если по применению оговорки о публичном порядке имеется уже значительный опыт в законодательстве различных стран, то применение позитивной оговорки, какую представляют императивные нормы, дело относительно новое. Г.К. Дмитриева связывает это с тем, что не только практические работники, но и ученые не всегда четко представляют себе эти институты². В связи с указанным следует согласиться с мнением: чем активнее суды и арбитражи будут использовать нормы «о публичном порядке», тем надежнее и эффективнее будут защищаться интересы общества и государства.

§ 8. Взаимность и реторсии

1. Институт взаимности в международном праве имеет давнюю историю. Он связан с сотрудничеством государств в правовой сфере. Взаимность можно определить как юридические действия в интересах другого государства или его физических и юридических лиц при условии точно таких же ответных действий другого государства. В международном частном праве возможны следующие виды взаимности:

- 1) при применении норм иностранного права;
- 2) при предоставлении прав иностранцам и юридическим лицам других государств;
- 3) при исполнении поручений и решений иностранных судов и арбитражей³.

Если обратиться к первому объекту взаимности – применению иностранного права, то вопрос получил специальное регулирование в ст. 1098 ГК Республики Беларусь «Взаимность», которая гласит:

¹ Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 201.

² Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2008. – С. 627–683.

³ Данный вид взаимности подробно рассмотрен в § 6, 7 гл. 16.

«1. Суд применяет иностранное право независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к аналогичным отношениям право Республики Беларусь, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законодательством Республики Беларусь.

2. Если применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, поскольку не доказано иное».

Как видно из содержания п. 1 ст. 1098 ГК Республики Беларусь, применение иностранного права уже не связывается с наличием взаимности, поскольку этот процесс в большинстве стран рассматривается как международный обычай. В п. 2 ст. 1098 ГК Республики Беларусь законодатель презумирует наличие взаимности, если с ней увязано применение иностранного права.

2. Предоставление прав иностранным гражданам и юридическим лицам других государств также в настоящее время не обуславливается взаимностью. В отношении иностранцев действует принцип международного права – уважения основных прав и свобод человека, а в предоставлении прав иностранным юридическим лицам других государств присутствует мотив экономических интересов государства.

В сфере прав иностранцев и юридических лиц других государств принято выделять материальную и формальную взаимность.

Материальная взаимность предполагает предоставление иностранцам таких же конкретных прав, которыми пользуются в данной стране собственные граждане и юридические лица. На условиях материальной взаимности может определяться стоимость виз, размер налогообложения, льготы иностранных инвесторов.

Формальная взаимность предполагает предоставление иностранным физическим и юридическим лицам равных прав и обязанностей с собственными физическими и юридическими лицами. При таком подходе иностранные граждане могут оказаться обладателями и таких прав, которые в их собственной стране отсутствуют. Такая ситуация возникла у представителей советского государства в 1920-е годы, когда они были посланы в западные страны в качестве дипломатических и консульских работников и оказались обладателями прав, которых в советском государстве не существовало.

При формальной взаимности иностранцы будут ограничены в определенных правах по сравнению с гражданами данного государства. Чаще всего такие ограничения касаются возможности иметь в собственности земельные участки.

В Республике Беларусь на практике иностранцам предоставляется формальная взаимность. В отдельных случаях в области авторского права, налогообложения возможно применение материальной взаимности.

3. С вопросом взаимности в соблюдении прав граждан и юридических лиц в других государствах увязывается возможность приме-

ния реторсий. В ст. 1102 Гражданского кодекса Республики Беларусь говорится: «Правительством Республики Беларусь могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав граждан и юридических лиц Республики Беларусь».

Аналогичные формулировки содержатся в ч. 4 ст. 242 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь и ч. 3 ст. 541 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь.

Относительно порядка применения реторсий установлены следующие правила: 1) они могут быть установлены правительством Республики Беларусь; 2) их установление может иметь только ответный характер на установление ограничений для белорусских физических и юридических лиц в отдельных странах. Установление реторсий не является самоцелью: они рассматриваются как средство отмены дискриминационных ограничений в отношении белорусских физических и юридических лиц. По достижении этой цели следует незамедлительная отмена реторсий.

§ 9. Обход закона в международном частном праве

1. Под обходом закона в международном частном праве понимают избрание сторонами «удобного» права вопреки требованиям коллизионных норм. Этот юридический институт известен еще с XIX в., но ему уделялось значительно меньше внимания, чем институту публичного порядка.

При обходе закона «обходится» не коллизионная норма, а внутренняя материальная норма, «неудобная» для сторон. Такое понимание обхода закона было сформулировано классиком немецкого частного права Л. Раппе, который считал: «При обходе закона в международном частном праве, прежде всего, переходят в сферу действия другого правопорядка, содержащего желательные материальные нормы, и затем приноравливаются к ним»¹.

В современном российском международном частном праве проблему обхода закона рассматривал А.И. Муранов². Вопрос об обходе закона обсуждался среди российских правоведов в связи с его включением в Модель части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации. В результате дискуссии возобладала точка зрения А.И. Муранова, что теория обхода закона появилась «в качестве второго (наряду с публичным порядком) исключения необходимости применять иностранный закон, на который указывает коллизионная норма»³. В итоге из третьей части ГК Российской Федерации статья, содержащая норму об обходе закона, была исключена.

¹ Раппе, Л. Международное частное право / Л. Раппе. – М., 1960. – С. 136.

² Муранов, А.И. К вопросу об обходе закона / А.И. Муранов // Московский журнал международного права. – 1997. – № 3. – С. 52–76.

³ Там же.

В нашем Гражданском кодексе эта норма была закреплена в ст. 1097 «Последствия обхода акта законодательства», которая сформулирована следующим образом: «Недействительны соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых гражданским законодательством, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право соответствующего государства, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом».

2. Для понимания необходимости и сущности этой нормы следует уяснить предмет регулирования нормы об обходе закона, ее отличие от оговорки о публичном порядке и случаев применения императивных норм.

В случае обхода закона объектом регулирования является соглашение о выборе права, которое объявляется недействительным. Далее, согласно норме, следует применить право соответствующего государства, подлежащее применению в соответствии с коллизионными нормами, а не право страны суда. Если соотносить действие нормы об обходе закона и оговорки о публичном порядке, то в последнем случае предметом является исключение иностранного права, если его применение противоречит публичному порядку страны суда. При этом в рамках оговорки о публичном порядке в стороне остается вопрос о правомерности выбора применимого права, поскольку он вообще не рассматривается.

Как уже было установлено, применение императивных норм, предусмотренное ст. 1100 Гражданского кодекса Республики Беларусь, является позитивной формой оговорки о публичном порядке, вследствие чего императивные нормы регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Применение императивных норм связано с особой значимостью для государства и общества регулируемых ими отношений. В случае применения императивных норм также не должны рассматриваться возможности применения иностранного права.

На практике вполне возможна ситуация, когда стороны избирают право, чтобы обойти императивные нормы. Признание указанных соглашений недействительными и является предметом обхода закона.

Недействительность соглашения становится причиной недействительности правоотношения, урегулированного таким соглашением. Последствием недействительности соглашения может быть непризнание правового результата соответствующего правоотношения (ничтожность сделки) либо признание его уязвимым (оспоримость сделки).

3. Один из аргументов противников теории обхода закона состоит в ее противоречии автономии воли сторон при заключении договоров. А.И. Муранов утверждает: «...эти два понятия несовместимы именно с точки зрения методологии»¹. Таковую же позицию занимает

¹ Муранов, А.И. Указ. соч. – С. 52.

В.Л. Толстых: «Концепция обхода закона противоречит принципу автономии воли в международном частном праве, в соответствии с которым стороны для регулирования отношений по договору могут выбрать право любого другого государства»¹.

В связи с этим требует разрешения проблема: является ли автономия воли (свобода договора) абсолютной и ничем не ограниченной. Российский юрист В.В. Кудашкин утверждает, что «...российская правовая система не содержит в своей основе принципа неограниченной автономии воли сторон. Вследствие этого не возникает никакого методологического противоречия между автономией воли и обходом закона. Принцип автономии воли действует до тех пределов, за которыми воля субъектов хозяйственной деятельности не самостоятельна и должна исходить из установленных на основании федеральных законов ограничений и запретов»². В доказательство этого положения он приводит норму ч. 2 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации, где определено, что гражданские права, в том числе право по своему усмотрению определять договорные условия, могут быть ограничены на основании федерального закона, а также ч. 3 этой же статьи, где установлено, что в соответствии с федеральным законом может быть ограничено перемещение товаров и услуг.

4. В белорусском законодательстве принцип автономии воли сторон установлен п. 1 ст. 1124, но уже в этом пункте содержится ограничение, выраженное в формулировке: «...если это не противоречит законодательству». В ч. 2 ст. 2 ГК Республики Беларусь, где перечислены принципы гражданского законодательства, содержатся п.п. 2, где указано: «направление и координация государственной и частной экономической деятельности обеспечивается государством в социальных целях» (принцип социальной направленности регулирования экономической деятельности), а в п.п. 3 ч. 2 ст. 2 говорится: «осуществление гражданских прав не должно противоречить общественной пользе и безопасности, наносить вред окружающей среде, историко-культурным ценностям, ущемлять права и защищаемые законом интересы других лиц» (принцип приоритета общественных интересов). Как видно из содержания этих двух принципов, белорусское законодательство также ограничивает автономию воли сторон.

5. В законодательстве ряда иностранных государств также имеются нормы об обходе закона. Так, Закон Украины о международном частном праве содержит ст. 10 «Последствия обхода закона» следующего содержания: «1. Сделки и прочие действия участников частно-

¹ 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. – С. 63.

² Кудашкин, В.В. Актуальные вопросы международного частного права / В.В. Кудашкин. – М., 2004. – С. 57.

правовых отношений, направленные на подчинение этих отношений праву иному, чем то, которое определяется в соответствии с этим законом, в обход его положений, являются ничтожными. В этом случае применяется право, которое подлежит применению соответственно нормам этого Закона». Таким образом, правовым последствием обхода закона в украинском праве определена ничтожность сделок и иных действий, произведенных в обход закона.

В п. 1 ст. 8 Указа Президиума Венгерской Народной Республики «О международном частном праве» 1979 г. установлено: «Не может применяться иностранный закон, который привязывает к иностранному элементу, созданному сторонами искусственно или путем симуляции, в целях обхода руководящей иначе нормы права (искусственная привязка)».

Пункт 2 Указа предусматривает: «В случае искусственной привязки применять закон, руководящий иначе, согласно настоящему Указу».

Венгерская норма об обходе закона рассматривает проблему с позиции создания искусственной коллизионной привязки, устанавливая запрет на подобные действия.

Таким образом, норма об обходе закона имеет право на существование. Ее назначение – не допускать обхода национального закона, права государства, которое должно применяться исходя из коллизионных норм. В этом плане она выполняет функцию охраны норм, что в итоге ведет к применению объективно необходимого материального права.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 1: Общая часть. – С. 168–248.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 73–119.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 141–216.
4. Кабатова, 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. 5–16.
5. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 661–674.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 226–236.
7. Кудашкин, В.В. Актуальные вопросы международного частного права / В.В. Кудашкин. – М., 2004.
8. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 30–44.

9. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 156–328.
10. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 109–129.
11. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 57–96.
12. Моностырский Ю.Э. Понятие «ordre public» в международном частном праве / Ю.Э. Моностырский // Российский ежегодник международного права 1996–1997. – СПб., 1998. – С. 161–174.
13. Муранов, А.И. К вопросу об обходе закона / А.И. Муранов // Московский журнал международного права. – 1997. – № 3.
14. 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.
15. 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.
16. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 43–64.
17. 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.
18. Фисенко, В.Н. Международное частное право: общая часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1992. – С. 30–69.

ГЛАВА 4 ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ

Сперва поговорим о лицах, недостаточно
ведь знать права, если игнорируются лица,
ради которых они установлены.

Дигесты Юстиниана

§ 1. Общие вопросы правового положения иностранцев

1. «Частное право есть отражение национальности и ее конкретного представителя – личности»¹ – так определял содержание международного частного права еще в конце XIX в. М.И. Брун. Время не изменило справедливости приведенной оценки и в наши дни: важнейшим смыслом существования международного частного права остается защита прав личности.

Принятие Всеобщей декларации прав человека в 1948 г., закрепление важнейших 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 в итоге к возникновению основного принципа международного права – принципа уважения прав человека и основных свобод. Отношения личности и государства в демократических странах в настоящее время строятся 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 действуют и в отношении иностранцев и лиц без гражданства.

Иностранцами гражданами в Республике Беларусь, согласно ст. 10 Закона «О гражданстве», признаются лица, не являющиеся гражданами Республики Беларусь и имеющие доказательства своей принадлежности к гражданству другого государства. Помимо иностранных граждан в государстве всегда имеется определенное количество лиц, не имеющих гражданства, или апатридов. Иностранцы граждане и лица без гражданства образуют понятие «иностранцы» в широком смысле этого слова.

Следует отметить характерную тенденцию нашего времени, проявляющуюся в постоянном увеличении присутствия иностранцев в большинстве государств мира, что видно и на примере нашей страны.

В Республике Беларусь на 1 января 2011 г. постоянно проживало 140 тыс. иностранных граждан и около 8 тыс. лиц без гражданства.

¹ Брун, М.И. Международное частное право // Словарь Брокгауза и Ефрона. Т. XVIII-а. – СПб., 1896. – С. 923.

Более 500 тыс. иностранцев в 2010 г. находились на территории нашего государства временно.

2. 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 их 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 составляют страны, где право иностранцев составляет подотрасль административного права (ФРГ, Швейцария, Австрия и др.). Третью группу составляют страны, где нормы, касающиеся иностранцев, рассредоточены по разным отраслям права: государственному, административному, гражданскому, трудовому, брачно-семейному, процессуальному. К этой группе относится Республика Беларусь и большинство стран СНГ.

3. 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 domicilii*). 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 законом физического лица считается закон места жительства (*lex domicilii*). При таком определении 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.

4. В ст. 11 Конституции Республики Беларусь содержится основополагающая норма, определяющая положение иностранцев в нашей стране: «Иностранные граждане и лица без гражданства на территории Беларуси пользуются правами и свободами и исполняют обязанности наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией, законами и международными договорами». Данная конституционная норма устанавливает для иностранных граждан и лиц без гражданства национальный режим, т.е. тождественный с режимом собственных граждан. Национальный режим установлен и ч. 2 п. 3 ст. 1 ГК Республики Беларусь, где указано: «Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных и международных юридических лиц (организаций, не являющихся юридическими лицами), иностранных государств, если иное не определено Конституцией Республики Беларусь и международными договорами Республики Беларусь».

Правовое положение иностранных граждан также регулируют Закон Республики Беларусь от 1 августа 2002 г. «О гражданстве Республики Беларусь» и Закон «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» от 4 января 2010 г.

Основные принципы, которыми руководствуется законодательство Республики Беларусь в отношении иностранных граждан:

1) предоставление иностранным гражданам таких же прав и свобод, как и гражданам Республики Беларусь, за исключением законодательно установленных ограничений;

2) недопущение какой-либо дискриминации иностранных граждан по признаку расы, национальности, религии, пола, языка, образования и других отличий;

3) соблюдение взаимности в вопросе предоставления прав и свобод иностранным гражданам;

4) установление ответных ограничений прав и свобод граждан тех стран, где устанавливаются какие-либо ограничения в правах и свободах граждан Республики Беларусь.

Вопросы правового положения иностранных граждан, а также граждан Республики Беларусь в зарубежных странах регулируются в различных договорах, заключенных Республикой Беларусь с другими государствами. К таким договорам относятся консульские конвенции, договоры о правовой помощи, договоры об избежании двойного налогообложения.

§ 2. Порядок выезда граждан Республики Беларусь за рубеж

1. Одной из наиболее реальных перемен, которая произошла с окончанием противостояния двух мировых систем, стала свобода передвижения людей из одной страны в другую. Только с окончанием «холодной войны» граждане Беларуси, как и других стран СНГ, смогли воспользоваться правом, которое было записано во Всеобщей декларации прав человека: «Каждый человек имеет право покинуть любую страну, включая свою собственную, и возвращаться в свою страну» (п. 2 ст. 13). В части 1 ст. 10 Конституции Республики Беларусь гарантируется защита и покровительство государства гражданам Республики Беларусь как на территории Беларуси, так и за ее пределами.

Белорусские граждане выезжают в другие страны в туристические поездки, на работу, учебу, лечение, отдых, служебные командировки, на временное и постоянное место жительства. Порядок выезда за границу определен Законом Республики Беларусь от 20 сентября 2009 г. «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь».

В соответствии со ст. 3 Закона, «каждый гражданин имеет право выезжать из Республики Беларусь и въезжать в Республику Беларусь. Гражданин не может быть лишен права на выезд из Республики Беларусь и права на въезд в Республику Беларусь». В то же время граждане Республики Беларусь могут быть временно ограничены в праве выезда из страны. Основания для временного ограничения выезда указаны в ст. 7 Закона. К ним отнесены:

- осведомленность гражданина о сведениях, составляющих государственную тайну, – до истечения срока, установленного в договоре о допуске к государственным секретам;
- нахождение под подозрением в совершении уголовного преступления или предъявление обвинения по уголовному делу, – на срок, установленный органом уголовного преследования, но не более чем до прекращения уголовного преследования либо до вступления приговора суда в законную силу;
- осуждение за совершение преступления, за исключением осуждения без назначения наказания или наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;
- установление превентивного надзора, – до прекращения превентивного надзора;
- неисполнение без уважительных причин имущественных, налоговых или иных обязательств перед Республикой Беларусь, ее административно-территориальными единицами, физическими и юридическими

лицами, установленными вступившими в законную силу судебными постановлениями или исполнительными документами, – на срок, установленный судом, но не более чем до окончания исполнения обязательств;

- предъявление гражданского иска в суде, – на срок, установленный судом, но не более чем до окончания производства по делу;

- наличие долговых обязательств по делу об экономической несостоятельности (банкротстве) или заинтересованным лицам в отношении должника – юридического лица, – с момента открытия конкурсного производства на срок, установленный судом, но не более чем до окончания производства по делу об экономической несостоятельности (банкротстве);

- уклонение от явки на военную службу, службу в резерве, – до явки на военную службу, службу в резерве (ст. 7).

В соответствии со ст. 9 Закона гражданину, право на выезд которого из Республики Беларусь временно ограничено, в определенных случаях (необходимость лечения, смерть близкого родственника) может быть разрешен выезд из Республики Беларусь на определенный срок.

В случае утраты за границей паспорта гражданину Республики Беларусь после установления его личности выдается свидетельство на возвращение в Республику Беларусь, по которому он может однократно въехать в страну.

2. В Законе «О порядке выезда и въезда» подробно регулируется выезд из Республики Беларусь несовершеннолетних граждан. Это связано с тем, что в связи с распространением смешанных браков участились случаи незаконного вывоза детей одним из бывших супругов в другую страну.

Для предотвращения незаконного вывоза несовершеннолетнего его законный представитель (обычно это один из родителей) имеет право обратиться с заявлением об установлении иного порядка выезда несовершеннолетнего из Республики Беларусь. Если суд принимает решение по заявлению, сведения о несовершеннолетнем и об установленном порядке его выезда из Республики Беларусь включаются в базы данных о гражданах, право на выезд которых из Республики Беларусь временно ограничено (ст. 12).

3. В Законе «О порядке выезда и въезда» 2009 г. существенные изменения произошли в регулировании оформления постоянного проживания граждан за пределами Республики Беларусь.

В соответствии с ч. 1 ст. 19 Закона «О выезде и въезде» постоянное проживание граждан за пределами Республики Беларусь оформляется путем выдачи паспорта для постоянного проживания за пределами Республики Беларусь и постановки на консульский учет в дипломатическом или консульском учреждении Республики Беларусь в стране проживания.

До оформления постоянного проживания за пределами Республики Беларусь граждане обязаны:

- исполнить налоговые обязательства;

- прекратить деятельность индивидуального предпринимателя, если осуществляется такая деятельность;
- получить согласие военного комиссариата на оформление постоянного проживания за пределами Республики Беларусь (для призывников);
- исполнить алиментные обязательства в отношении физических лиц либо урегулировать свои отношения с указанными лицами – для граждан, у которых имеются такие обязательства;
- возместить расходы, затраченные государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении, – для граждан, которые обязаны возмещать такие расходы (ст. 20).

Граждане, получившие паспорт гражданина Республики Беларусь, для постоянного проживания за пределами Республики Беларусь обязаны стать на консульский учет граждан, постоянно проживающих за пределами Республики Беларусь в дипломатическом или консульском учреждении в государстве постоянного проживания. Граждане, возвращающиеся в Республику Беларусь на постоянное место жительства, должны сняться с консульского учета граждан, постоянно проживающих за пределами Республики Беларусь (ст. 21).

Граждане, временно пребывающие за пределами Республики Беларусь, вправе обратиться в дипломатическое или консульское учреждение Республики Беларусь в стране пребывания с заявлением о постановке на консульский учет граждан, временно пребывающих за пределами Республики Беларусь (ст. 22).

В действующем Законе отсутствует указание на сроки рассмотрения заявления на оформление документов на выезд за границу на постоянное и временное место жительства.

Въезд граждан Республики Беларусь в иностранные государства осуществляется при наличии действительного паспорта, оформленного для выезда за границу, и визы соответствующего государства.

В соответствии с действующими международными договорами, граждане Республики Беларусь могут въезжать без визы на территории следующих государств: Республика Армения, Грузия, Республика Казахстан, Республика Кыргызстан, Республика Молдова, Российская Федерация, Республика Таджикистан, Республика Узбекистан, Украина, Китайская Народная Республика (при групповых туристических поездках), Корейская Народно-Демократическая Республика (служебные и туристические поездки), Республика Куба (до 30 дней), Македония (по паспортам и свидетельству о приглашении или телеграмме, либо туристическому документу), Малайзия (до 30 дней при наличии подтверждения обратных билетов и средств для пребывания в стране), Монголия (по паспортам и свидетельству о приглашении или телеграмме, либо туристическому документу), Сербия и Черногория (до 30 дней).

§ 3. Правовое положение белорусских граждан за рубежом

1. Каждый белорусский гражданин в чужой стране оказывается под двойной юрисдикцией: с одной стороны, в отношении его действует законодательство страны пребывания, с другой – он остается под юрисдикцией своего государства, сохраняя с ним правовую связь и находясь под его защитой.

Главная обязанность по защите прав и интересов граждан Республики Беларусь ложится на посольства и консульские учреждения нашего государства за рубежом.

В настоящее время Республика Беларусь поддерживает дипломатические отношения со 153 государствами. Дипломатическая и консульская инфраструктура Беларуси за рубежом представлены 51 учреждением в 45 странах мира; в том числе 42 посольствами, 2 постоянными представительствами при международных организациях (ООН и ЕС) и 6 генеральными консульствами и 1 консульством. За границей также действуют 11 отделений посольств Республики Беларусь в 10 регионах Российской Федерации (Екатеринбург, Калининград, Краснодар, Мурманск, Нижний Новгород, Новосибирск, Санкт-Петербург, Тюмень, Уфа, Хабаровск) и 1 отделение в Германии (Бонн). Защита интересов физических лиц – это обязанность консульских учреждений. Республика Беларусь имеет Генеральные консульства в Нью-Йорке, Рио-де-Жанейро, Шанхае, Гданьске, Белостоке, Даугавпилсе и консульство в Белой Подляске. Во всех посольствах Республики Беларусь работают консульские отделы, непосредственно занимающиеся консульской работой.

2. Согласно Консульскому уставу Республики Беларусь, утвержденному Указом Президента Республики Беларусь № 82 от 19.02.1996 г. (в ред. Указа Президента от 15.05.2008 г.), в обязанность консульских учреждений входит защита за границей прав и интересов Республики Беларусь, ее юридических лиц и граждан. Консул обязан принимать меры к тому, чтобы юридические лица и граждане Республики Беларусь пользовались в полном объеме всеми правами, предоставляемыми им законодательством государства пребывания, международными договорами Республики Беларусь и государства пребывания.

Консул Республики Беларусь обязан выполнять следующие действия в отношении граждан Республики Беларусь, находящихся в пределах его консульского округа:

– в случае утраты паспорта выдать гражданину Республики Беларусь после подтверждения его личности свидетельство на возвращение в Республику Беларусь;

– информировать по вопросам законодательства страны пребывания;

- в соответствии с законодательством страны пребывания представлять в учреждениях этой страны интересы граждан Республики Беларусь, если они отсутствуют и не получили ведение дела своему представителю или не в состоянии защищать свои интересы по другим причинам;
- принимать на рассмотрение ходатайства по вопросам гражданства и оставления на постоянное жительство за границей;
- выдать национальный паспорт гражданину Республики Беларусь, проживающему за границей и оформившему в установленном порядке выезд на постоянное место жительства;
- через органы внутренних дел Республики Беларусь, консульское управление Министерства иностранных дел информировать родственников граждан Республики Беларусь о несчастных случаях, задержании, аресте, смерти гражданина Республики Беларусь;
- посещать граждан Республики Беларусь, задержанных либо арестованных властями страны пребывания.

На консульские учреждения возложена обязанность производить регистрацию рождения, заключения брака, установления отцовства, смерти, расторжения брака по решению судов. По заявлениям граждан консул может принимать решения о перемене фамилии, собственного имени, отчества, изменять, исправлять, дополнять записи актов гражданского состояния, аннулировать и восстанавливать записи актов гражданского состояния на основании решения судов.

В отношении имущества граждан Республики Беларусь консул принимает меры по охране наследственного имущества, оставшегося после смерти гражданина Республики Беларусь; имеет право принимать наследственное имущество для передачи наследникам, находящимся в Республике Беларусь; может принимать на хранение деньги, ценности, ценные бумаги и документы, принадлежащие гражданам Республики Беларусь.

Должностные лица дипломатических представительств и консульских учреждений выполняют также нотариальные действия следующего характера:

- удостоверяют сделки (договоры, завещания, доверенности и др.);
- выдают свидетельства о праве на наследство;
- выдают свидетельства о праве собственности на долю имущества, нажитого супругами в период брака;
- свидетельствуют верность перевода документов с одного языка на другой и верность подписи на документах (консульская легализация);
- удостоверяют факт нахождения гражданина в живых и его нахождение в определенном месте.

Консулу дано право производить усыновление (удочерение) ребенка, имеющего гражданство Республики Беларусь и постоянно проживающего на территории консульского округа. Он принимает заявления граждан государства пребывания и другие документы об

усыновлении (удочерении) ребенка, являющегося гражданином Республики Беларусь, и направляет их на рассмотрение компетентным органам Республики Беларусь.

Согласно п.п. 4.4. п. 4 Консульского устава Республики Беларусь консул ведет учет граждан Республики Беларусь, которые постоянно или временно (не менее шести месяцев) проживают на территории консульского округа.

В соответствии с п.п. 4.3. п. 4 указания консула по вопросам, касающимся нахождения граждан Республики Беларусь за границей, имеют для них обязательную силу.

3. Правовое положение белорусских граждан в зарубежных странах в целом регулируется законодательством того государства, на территории которого они находятся. Правовые нормы, определяющие положение иностранцев, содержатся обычно в административно-правовых актах государства, в которых могут быть предусмотрены особые условия или ограничения в отношении прав, которыми могут пользоваться иностранные граждане.

Как показывает практика, граждане Республики Беларусь чаще всего выезжают в страны СНГ, что объясняется наличием родственников, отсутствием языкового барьера, безвизовым режимом пересечения границы. Правовое положение граждан СНГ, в том числе и в случае их нахождения в одном из государств Содружества, регламентируют Декларация о международных обязательствах в области прав человека и основных свобод 1993 г., Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека 1995 г., Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. и 2002 г.

Наиболее тесно в области соблюдения прав человека Беларусь взаимодействует с Российской Федерацией, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой, Республикой Таджикистан. Между указанными государствами 30 ноября 2000 г. было заключено Соглашение о взаимных безвизовых поездках граждан. Аналогичные соглашения Республика Беларусь заключила с Республикой Армения (2002 г.), Республикой Молдова (2004 г.), Республикой Куба (1997 г.).

28 декабря 2005 г. было подписано Соглашение с Российской Федерацией об обеспечении равных прав граждан Республики Беларусь и Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территории государств-участников Союзного государства.

Важное практическое значение имеет Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Российской Федерации о порядке оказания медицинской помощи гражданам Республики Беларусь в учреждениях здравоохранения Российской Федерации и гражданам Российской Федерации в учреждениях здравоохранения Республики Беларусь, подписанное 24 января 2006 г. В соответ-

ствии с Соглашением, постоянно проживающие граждане Республики Беларусь в Российской Федерации и, соответственно, граждане Российской Федерации в Республике Беларусь получили право на получение медицинской помощи, включая бесплатное лечение в учреждениях здравоохранения обоих государств. Временно пребывающие и временно проживающие граждане обоих государств получили право на получение скорой медицинской помощи и медицинской помощи в случае возникновения у них заболеваний, представляющих опасность для окружающих¹.

Одновременно с Соглашением был подписан Договор между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о сотрудничестве в области социального обеспечения, вступивший в силу 29 марта 2007 г.²

Договор регулирует получение гражданами Республики Беларусь на территории Российской Федерации и, соответственно, гражданами Российской Федерации на территории Республики Беларусь пенсий и пособий, пособий для семей с детьми, пособий по материнству, пособий в случае трудового увечья или профессионального заболевания. Для практической реализации Договора и разрешения отдельных вопросов было принято Соглашение от 15 марта 2011 года между Министерством здравоохранения и социального развития Российской Федерации и Министерством труда и социальной защиты Республики Беларусь, Министерством здравоохранения Республики Беларусь, Министерством финансов Республики Беларусь о применении Договора между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о сотрудничестве в области социального обеспечения от 24 января 2006 г.³

§ 4. Порядок въезда иностранных граждан в Республику Беларусь и получение ими права нахождения на ее территории

1. Въезд иностранных граждан и лиц без гражданства на территорию Республики Беларусь регулируют «Правила пребывания иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь», утвержденные постановлением Совета Министров Республики Беларусь 20 января 2006 г. № 73 (в ред. постановления Совета Министров от 9 июля 2010 г. № 630). Все иностранцы обязаны иметь при себе действительный паспорт или иной заменяющий его документ, предназна-

¹ Закон Республики Беларусь от 19 июля 2006 г. № 158-З «О ратификации Соглашения между Правительством Республики Беларусь и Правительством Российской Федерации о порядке оказания медицинской помощи гражданам Республики Беларусь в учреждениях здравоохранения Российской Федерации и гражданам Российской Федерации в учреждениях здравоохранения Республики Беларусь».

² Ратифицирован Законом Республики Беларусь от 15 июня 2006 г. № 126-З «О ратификации Договора между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о сотрудничестве в области социального обеспечения».

³ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 103. – 2/1223.

ченный для выезда за границу. Иностранцы въезжают в Республику Беларусь при наличии визы, если иное не определено международными договорами Республики Беларусь.

В определенных случаях иностранцу может быть отказано во въезде в Республику Беларусь. Органы, принявшие это решение (пограничные войска, органы внутренних дел, орган государственной безопасности), не обязаны информировать о причинах и основаниях принятия таких решений (п. 6 правил). Решение об отказе в выдаче визы или во въезде в Республику Беларусь влечет за собой включение иностранца в список лиц, которым отказано во въезде.

2. Иностранцы при въезде должны располагать определенными денежными средствами: не менее 50 базовых величин на каждый месяц пребывания, а при въезде на срок менее одного месяца не менее двух базовых величин на каждый день пребывания.

Иностранцы при въезде обязаны заполнить миграционную карту.

С июня 2006 г. Беларусь и Россия ввели единый образец миграционной карты. При временном пребывании (до 90 суток) на территории Беларуси российские граждане не заполняют миграционные карты. Соответственно, такой же льготой пользуются граждане Республики Беларусь в России. В течение пяти суток, за исключением выходных и праздничных дней, иностранцы должны зарегистрироваться в органе регистрации по месту фактического временного пребывания. Иностранцы обязаны проживать только по тому месту жительства, по которому они зарегистрированы. При смене места жительства необходимо пройти новую регистрацию в течение пяти суток, за исключением выходных и праздничных дней.

В соответствии с действующими международными соглашениями граждане Латвийской Республики, Литовской Республики, Российской Федерации и Украины могут находиться на территории Республики Беларусь в течение 30 дней со дня въезда без оформления регистрации.

В соответствии с Законом Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь», все иностранные граждане и лица без гражданства в зависимости от времени нахождения и цели делятся на три группы:

- 1) временно пребывающие в Республике Беларусь, имеющие право находиться на территории Республики Беларусь не более девяноста суток;
- 2) временно проживающие в Республике Беларусь, получившие разрешение на временное проживание сроком до одного года;
- 3) постоянно проживающие в Республике Беларусь, получившие в установленном законодательством порядке разрешение на постоянное проживание и вид на жительство.

Для получения разрешения на временное проживание иностранец должен представить в орган внутренних дел по месту предполагаемого проживания заявление-анкету, документ, подтверждающий на-

личие оснований для получения разрешения на временное проживание, миграционную карту со штампом регистрации, документ, подтверждающий возможность проживания по месту предполагаемого временного проживания, квитанцию об уплате государственной пошлины.

3. Срок временного пребывания в Республике Беларусь иностранцев определяется сроком действия выданных им виз и не может превышать девяносто суток в календарном году со дня первого въезда в Республику Беларусь, если иное не определено международными договорами. Такой же предельный срок установлен и для иностранцев, временно прибывших в Республику Беларусь в порядке, не требующем получения визы.

В соответствии с Соглашением между Правительством Республики Беларусь и Правительством Латвийской Республики о взаимных поездках граждан от 31 января 2008 г., гражданам Латвийской Республики, а также лицам, которые имеют статус негражданина Латвийской Республики, выдаются визы со сроком пребывания на территории Республики Беларусь до 180 дней в течение года (90 дней в течение полугода) с даты первого въезда. Такой же срок пребывания по межправительственным соглашениям предоставлен гражданам Литовской Республики и Республики Польша.

Граждане Украины имеют право въезжать и находиться на территории Республики Беларусь до 90 дней в течение 180 дней с даты первого въезда без виз (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Кабинетом Министров Украины о безвизовых поездках граждан от 12 июня 1999 г.).

Согласно Соглашению между Республикой Беларусь и Российской Федерацией об обеспечении равных прав граждан Республики Беларусь и Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территориях государств-участников Союзного государства от 24 января 2006 г., граждане России могут пребывать на территории Республики Беларусь и, соответственно, граждане Республики Беларусь на территории Российской Федерации без миграционной карты не более 90 суток в календарном году со дня первого въезда.

4. Основания для получения разрешения иностранными гражданами на временное проживание перечислены в ст. 48 Закона «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь»:

- для обучения в учреждениях образования Республики Беларусь;
- если они являются супругами, близкими родственниками граждан Республики Беларусь, иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь;

- если они прибыли в Республику Беларусь для занятия или занимаются трудовой, предпринимательской и (или) иной деятельностью на территории Республики Беларусь в порядке, установленном

законодательством Республики Беларусь;

– если в отношении их установлена опека (попечительство) гражданами Республики Беларусь или иностранцами, постоянно проживающими в Республике Беларусь;

– если они являются этническими белорусами или их кровными родственниками по прямой нисходящей линии: детьми, внуками, правнуками, родившимися за пределами современной территории Республики Беларусь;

– если они имеют основания для приобретения гражданства Республики Беларусь в порядке регистрации;

– если они ранее состояли в гражданстве Республики Беларусь;

– если у них имеется на праве собственности жилое помещение в Республике Беларусь;

– если они обратились с ходатайством о предоставлении статуса беженца или дополнительной защиты либо убежища в Республике Беларусь;

– если им предоставлен статус беженца в Республике Беларусь;

– если им предоставлена дополнительная защита в Республике Беларусь, – на срок предоставления дополнительной защиты, но не более одного года;

– если они не могут быть возвращены или высланы в государство, где их жизни или свободе угрожает опасность;

– если они получают медицинскую помощь в стационарных условиях в организациях здравоохранения Республики Беларусь;

– могут быть приняты во внимание и другие основания, предусмотренные законодательством или международными договорами Республики Беларусь.

Во всех указанных случаях срок разрешения на проживание не может превышать одного года.

5. Получение разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь позволяет иностранным гражданам и лицам без гражданства пользоваться социально-экономическими, трудовыми, имущественными правами наравне с белорусскими гражданами.

В соответствии со ст. 53 Закона разрешение на постоянное проживание иностранным гражданам и лицам без гражданства выдается, если они:

– являются супругами, близкими родственниками граждан Республики Беларусь;

– заключили брак с иностранцами, постоянно проживающими в Республике Беларусь;

– признаны беженцами или являются лицами, которым предоставлено убежище в Республике Беларусь;

– имеют право на воссоединение семьи;

– прожили на законных основаниях в Республике Беларусь последние семь и более лет;

- имеют основания для приобретения гражданства Республики Беларусь в порядке регистрации;
- состояли ранее в гражданстве Республики Беларусь;
- являются работниками и специалистами, в которых нуждаются организации Республики Беларусь;
- являются этническими белорусами или их кровными родственниками по прямой нисходящей линии;
- обладают исключительными способностями и талантом или имеют выдающиеся заслуги перед Республикой Беларусь, высокие достижения в области науки, техники, культуры и спорта;
- инвестировали не менее ста пятидесяти тысяч евро в экономику Республики Беларусь или в реализацию конкретных государственных программ.

§ 5. Гражданско-правовое положение иностранцев в Республике Беларусь

1. Гражданско-правовое положение иностранных граждан – это совокупность прав, предоставленных им в гражданских, семейных и трудовых правоотношениях в соответствии с законодательством Республики Беларусь¹.

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 для лиц без гражданства.

В ст. 2 Закона «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» дано уточнение гражд-

¹ Семейные и трудовые права иностранных граждан подробно будут рассмотрены в соответствующих главах.

данства 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.

Определенным 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*). В Гражданском кодексе Российской Федерации эта ситуация разрешена в п. 3 ст. 1195: «Если иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, его личным законом является российское право». Как отмечают российские специалисты, эта норма носит односторонний характер и применяется только по отношению к иностранным гражданам, проживающим в России, но не действует в отношении российских граждан, живущих за рубежом¹.

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, честь, достоинство, деловую репутацию) и др.

2. Правоспособность физического лица определяется его личным законом (п. 1 ст. 1104 ГК Республики Беларусь). В п. 2 этой же статьи дается уточнение правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства: они пользуются в Республике Беларусь гражданской правоспособностью наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией, законами и международными договорами Республики Беларусь. В Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь обращается внимание на определенную несогласованность нормы п. 2 ст. 1104 и п. 1 этой же статьи². Нам представляется, что несогласованности между указанными нормами нет.

В п. 1 ст. 1104 Гражданского кодекса Республики Беларусь устанавливается общая правоспособность физического лица, которая может распространяться на иностранных граждан, лиц без гражданства и граждан Республики Беларусь, находящихся за рубежом. В п. 2 ст. 1104 дается уточнение гражданской правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь путем предоставления им национального режима.

В российском Гражданском кодексе вопрос правоспособности разрешен аналогичным образом в ст. 1196, где указано: «Гражданская

¹ Богуславский, М.М. Указ. соч. – С. 128.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 677.

правоспособность физического лица определяется его личным законом. При этом иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных законом».

Предоставление национального режима имеет безусловный характер и не связано с требованием взаимности. В области гражданского права национальный режим действует в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства применительно ко всем отношениям, регулируемым гражданским законодательством, если иное не определено Конституцией Республики Беларусь и международными договорами. Иностранцы могут быть участниками гражданского оборота, обладать правом собственности и другими вещными правами, правами на результаты интеллектуальной деятельности, осуществлять предпринимательскую деятельность, быть участниками договорных и иных обязательств, а также других имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений. Имущественные ограничения иностранных граждан в Республике Беларусь связаны с земельной собственностью (подробнее об этом в § 3 гл. 7).

3. 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 г., ст. 26 Кишиневской конвенции 2002 г.).

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 своих должников и кредиторов о перемене его 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.

4. 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.

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 Респуб-

лике 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, Международным пактом о гражданских и политических правах и Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 1–37.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 120–143.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 219–264.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 675–683.
5. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 237–244.
6. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 48–80.
7. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 337–363.
8. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 167–182.
9. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 110–144.
10. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 60–76.
11. Тихиня, В.Г. Правовое положение иностранцев в Республике Беларусь / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 1998.
12. Фисенко, В.Н. Международное частное право: общая часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1993. – Кн. 1. – С. 6–21.

ГЛАВА 5

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Корпорация – это искусственное образование, независимое, неосязаемое и существующее только с точки зрения закона.

Д. Маршалл

§ 1. Общие понятия, применяемые в отношении юридических лиц

1. Категория «юридическое лицо» составляет одно из главных достижений римского частного права. Именно в этом праве возникла новая форма субъекта права и отсюда она была воспринята современным европейским правом. Первыми юридическими лицами в Римском государстве были самоуправляющиеся городские общины – «*municipium*». В начале существования Римской республики объединения граждан в форме корпораций, коллегий и т.д. создавались без ограничений, но во времена Августа (27 г. до н.э. – 14 г. н.э.) был издан закон, согласно которому для создания объединений требовалось разрешение Сената.

Основные положения, касающиеся юридических лиц в римском праве, были следующие:

- 1) корпорации в частном праве рассматривались как и лица физические;
- 2) имущество корпорации было отделено от имущества ее членов и принадлежало именно ей как особому субъекту;
- 3) корпорация и ее члены обладали отдельными правами и обязанностями и не отвечали по обязательствам друг друга;
- 4) корпорации вступали в правовые отношения с другими субъектами при посредстве физических лиц, уполномоченных на это определенным образом¹.

2. Как уже было установлено, одной из сфер международного частного права является регулирование правоотношений между юридическими лицами, представляющими разные государства.

Современное экономическое развитие характеризуется широким присутствием зарубежных юридических лиц в экономике других государств. Это совпадает с интересами государств, поскольку в условиях рыночной экономики привлечение иностранных инвесторов рассматривается как важнейшее средство развития национальной экономики. В связи с этим в практике государств возникает необходимость разделе-

¹ Харитонов, Е.О. Основы римского частного права / Е.О. Харитонов. – Ростов н/Д, 1999. – С. 141.

ния субъектов хозяйствования, действующих в экономике, на отечественных и иностранных. Необходимость такого разделения вызывается потребностью учитывать то обстоятельство, что в отношении иностранных юридических лиц действуют две правовые системы – национальное право, 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». Как отмечает российский автор Л.П. Ануфриева: «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 юридическом отношении не может рассматриваться как надлежащая для целей обращения к ней при характеристике юридических лиц».¹

3. 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 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 соглашения об избежании двойного налогообложения с Китаем, Латвией, Литвой, Молдовой, Польшей, Россией, Узбекистаном, Украиной, Швецией и другими государствами. Кроме этого Республика Беларусь выступает в качестве правопреемника соглашений бывшего СССР об избежании двойного налогообложения: с Австрией, Великобританией, Данией, Индией, Испанией, Италией, Канадой, Кипром, Малайзией, Нидерландами, США и другими государствами².

¹ Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2010. – С. 627–683.

² Сборник международных договоров об избежании двойного налогообложения. Международные соглашения Республики Беларусь / сост. Л.Е. Астанович [и др.]. – Минск, 1997. – С. 5.

§ 2. Основные доктрины определения личного статуса юридического лица в международном частном праве

1. В доктрине различают четыре основные теории определения национальности юридического лица: теорию инкорпорации или учреждения, теорию оседлости или места нахождения центра управления, теорию центра эксплуатации или места деятельности и теорию 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 критерия инкорпорации (включения) сводится к тому, что компания имеет национальность того государства, в соответствии с правом которого она учреждена. 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 это 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 юридического лица в Гражданском кодексе Республики Беларусь (ст. 1111) и Гражданском кодексе Российской Федерации (п. 1 ст. 1202). В частности, ст. 1111 ГК Республики Беларусь указывает: «Законом юридического лица считается право страны, где это юридическое лицо учреждено». В статье говорится о законе юридического лица, но, очевидно, под законом юридического лица следует понимать личный закон юридического лица, как это принято в большинстве постсоветских государств.

2. Теория оседлости основана на местонахождении центра управления юридического лица (совета директоров, правления, президента или исполнительного директора компании). Такой подход используется в ряде стран континентальной Европы: Австрии, Франции, ФРГ, Испании, Бельгии, Польши и других стран. Из постсоветских государств теория оседлости действует в Грузии. В Украине национальность юридического лица определяется по двум критериям: оседлости и учреждения. В ст. 25 Закона «О международном частном праве Украины» указано:

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

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

3. 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. В связи с чем он утверждает: «Привязка к фактическому месту нахождения является правилом в международном праве хозяйственных обществ и товариществ»¹.

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».

3. В основе теории центра эксплуатации лежит признак 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 и причисление их к «своим» юридическим лицам. В этой теории присутствует в определенной мере отзвук антиколониальной борьбы народов развивающихся государств, их стремление избежать экономической зависимости от бывших метрополий.

4. Теория контроля или реального владения юридическим лицом используется в период вооруженных конфликтов, поскольку с ними связан вопрос о так называемых «враждебных иностранцах» – лицах других государств, владеющих собственностью в данном государстве в условиях войны. По законам военного времени происходит ограничение прав всех лиц, принадлежащих государствам, с которыми ведутся военные действия. Исходным началом теории контроля в литературе считается дело компании «Даймлер», рассмотренное английским судом в 1915 г. В ходе процесса было установлено, что из 25 тыс. акций компании «Даймлер», занимавшейся продажей шин, только одна принадлежала британскому подданному, а все остальные принадлежали подданным Германии². Примером такого же рода являются законы, принятые в Швеции в 1916 и 1925 гг., направленные против приобретения земли и рудников компаниями, хотя и созданными в Швеции, но фактически контролируемые иностранцами³.

¹ Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право / Х. Шак. – М., 2001. – С. 117.

² Вольф, М. Международное частное право / М. Вольф. – М., 1948. – С. 336.

³ Там же. – С. 337.

Критерий контроля в международной практике применяется и с целью 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 НАТО¹.

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 ЕЭС 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 г. Однако эта Конвенция не вступила в силу. Брюссельская конвенция о юрисдикции и исполнении судебных решений от 27.09.1968 г. требует руководствоваться предписанием своего международного частного права относительно местонахождения юридического лица и соответственно его национальности (ч. 1 ст. 53).

§ 3. Содержание личного закона юридического лица

1. Определение национальности юридического лица необходимо для установления его статута или, как принято это называть в международном частном праве, личного закона юридического лица. Под личным законом юридического лица понимают совокупность норм, определяющих его «внутреннее» право. В ГК Республики Беларусь не раскрывается правовое содержание личного закона юридического лица. 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;

¹ Богуславский, М.М. Международное частное право. Практикум / М.М. Богуславский. – М., 2002. – С. 93–94.

8) способность юридического лица отвечать по своим обязательствам.

Весь перечень приведенных характеристик определяет правосубъектность юридического лица. Первая из характеристик – «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 не признается юридическим лицом в большинстве европейских стран, где оно рассматривается как соглашение между партнерами, сохраняющими свою правосубъектность. Объединение признается юридическим лицом, если оно выражает самостоятельную волю в гражданском обороте и обладает самостоятельной правосубъектностью.

2. Организационно-правовая форма юридического лица характеризует взаимоотношения между его участниками, структуру органов и их взаимодействие, степень обособленности имущества и особенности ответственности участников по общим обязательствам. Эти вопросы регулируются местом учреждения юридического лица, и, если в Беларуси неизвестна форма иностранного юридического лица, оно должно признаваться в качестве такового. Организационно-правовые формы охватывают и вопрос отношений участников, создавших юридическое лицо, как между собой, так и их взаимоотношений с юридическим лицом. Вопрос имеет особое 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.

3. Посредством наименования юридического лица происходит индивидуализация каждого юридического лица, его отграничение от других лиц и в то же время достигается его узнаваемость. 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). Использование в названии официального полного или сокращенного названия Республики Беларусь допускается в порядке, определенном Президентом Республики Беларусь (ст. 50 ГК).

Создание, реорганизация и ликвидация юридического лица также регулируются его личным законом, и, если таковым является иностранное право, оно и должно применяться в этих случаях. В практическом отношении для участников и кредиторов наиболее важны вопросы правопреемства ликвидированного или реорганизованного юридического лица, поскольку в этом случае решается судьба его активов и долговых обязательств, что также регулируется личным законом.

4. Содержание правоспособности юридического лица является важнейшей составляющей его правосубъектности. По сложившемуся в доктрине мнению юридические лица обладают общей правоспособностью, т.е. вправе приобретать любые права и должны нести любые обязанности, вытекающие из гражданского права. Ограничения правосубъектности юридических лиц возможны в двух случаях:

1) если законодательство предусматривает ограничения для конкретных видов юридических лиц или в отдельных областях хозяйственной деятельности;

2) если такие ограничения установлены самими учредителями и зафиксированы в уставе или договоре о создании юридического лица.

Согласно п. 1 ст. 1112 Гражданского кодекса Республики Беларусь гражданская правоспособность иностранного юридического лица определяется по праву страны, где оно учреждено. Таким же образом определяется правоспособность юридического лица в Минской и Кишиневской конвенциях о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам.

Содержание правоспособности юридического лица не совпадает в законодательстве разных государств. В итоге на практике юридические лица, в особенности иностранные, чаще всего обладают специальной правоспособностью.

5. Порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятие на себя гражданских обязанностей характеризуют дееспособность юридического лица. Дееспособность реализуется посредством деятельности физических лиц, входящих в руководящие органы юридических лиц. Ее можно определить как компетенцию органов юридического лица и его должностных лиц. Эта компетенция по общему правилу определяется личным законом юридического лица. Так, Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности стран СНГ, от 20 марта 1992 г. предусматривает, что гражданская правоспособность и дееспособность юридических лиц и предпринимателей определяются по законодательству государства-участника, на территории которого учреждено юридическое лицо, зарегистрирован предприниматель (п. «а» ст. 11). Единственное исключение из личного закона юридического лица представляет п. 2 ст. 1112 ГК Республики Беларусь, где указано: «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 данном случае речь идет о недействительности ограничения дееспособности органа или лица, неизвестное праву страны совершения сделки. Здесь просматривается прямая аналогия с нормой, которая регулирует заключе-

ние сделки иностранцем по праву места ее совершения, а не по его личному закону.

Последнее, что определяет личный закон, – способность юридического лица отвечать по своим обязательствам (п.п. 8 п. 2 ст. 1202 ГК РФ). Эта норма всегда присутствует в характеристике юридического лица и отражает следующие свойства: 1) является одним из элементов правосубъектности; 2) наиболее полно отражает дееспособность как деятельность органов по выполнению своих обязательств; 3) всегда используется при реорганизации и ликвидации юридического лица; 4) выражает важнейший признак юридического лица – самостоятельную правовую ответственность.

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 этих вопросов превращает категорию личного закона юридического лица в определенного рода формальность.

6. Помимо юридических лиц в гражданском праве действуют и организации, не являющиеся юридическими лицами. Гражданская правоспособность иностранных организаций, не являющихся юридическими лицами по иностранному праву, определяется по праву страны, где организация учреждена (ст. 1110 ГК).

К таким организациям относятся представительства иностранных организаций, которые открываются с разрешения Министерства иностранных дел или на основании международных договоров, заключенных Республикой Беларусь с иностранными государствами.

§ 4. Виды правовых режимов, предоставляемых иностранным юридическим и физическим лицам

1. 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 – они подчиняются праву страны, на территории которой ведут хозяйственную и иную деятельность. Личный закон определяет правосубъектность иностранного юридического лица, если оно будет признано 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.

В Республике Беларусь, как и в большинстве стран мира, возможно применение трех режимов в отношении иностранных юриди-

ческих и физических лиц: преференциального, национального и режима наибольшего благоприятствования.

2. 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 г. «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» и заменившим этот закон Инвестиционным кодексом Республики Беларусь до его редактирования Законами Республики Беларусь от 5 августа 2004 г., 1 ноября 2004 г. и 18 июля 2006 г. В настоящее время преференциальный режим для иностранных субъектов хозяйствования предусмотрен в свободных экономических зонах, Парке высоких технологий, Китайско-белорусском индустриальном парке, малых городах и сельской местности. Возможно также точечное предоставление привилегий иностранным инвесторам в инвестиционных договорах.

3. 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 отношении 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.

4. 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 они 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 Китайской Народной Республикой о поощрении и взаимной защите инвестиций от 11 января 1993 г. 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 является традиционной 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 в отношении их.

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 г. 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).

§ 5. Иностранное юридические лица в Республике Беларусь

1. Деятельность иностранных юридических лиц регулируется Инвестиционным кодексом Республики Беларусь, где предусмотрено создание двух видов юридических лиц с участием иностранных инвесторов: 1) коммерческие совместные организации (КСО), в уставном фонде которых иностранные инвестиции составляют не менее чем 20.000 долларов США; 2) коммерческие иностранные организации (КИО), в уставном фонде которых иностранные инвестиции составляют 100%. Общее название для указанных предприятий – коммерческие организации с иностранными инвестициями (КОИИ).

Создание коммерческих организаций с иностранными инвестициями возможно двумя способами:

- 1) путем их учреждения совместно с белорусскими участниками;
- 2) в результате приобретения иностранным инвестором доли участия (акций) в ранее учрежденном юридическом лице.

Коммерческие организации с иностранными инвестициями и коммерческие иностранные организации обязаны пройти государственную регистрацию.

В соответствии с Положением о государственной регистрации субъектов хозяйствования, утвержденном Декретом Президента Республики Беларусь от 16 января 2009 г. № 1, регистрацию коммерческих организаций с иностранными инвестициями производят облисполкомы и Минский горисполком. Регистрация осуществляется на основании заявительного принципа в день подачи документов, необходимых для ее проведения. Для регистрации коммерческих организаций с иностранными инвестициями в регистрирующий орган предъявляются:

- заявление о государственной регистрации;
- устав (учредительный договор – для коммерческой организации, действующей только на основании учредительного договора) в двух экземплярах без нотариального засвидетельствования, его электронная копия;
- легализованная выписка из торгового регистра страны учреждения или иное эквивалентное доказательство юридического статуса организации в соответствии с законодательством страны ее учреждения;
- копия документа, удостоверяющего личность, с переводом на белорусский или русский язык (подпись переводчика нотариально удостоверяется) – для учредителей, являющихся иностранными физическими лицами;
- оригинал либо копия платежного документа, подтверждающего уплату государственной пошлины.

Перечень приведенных документов является исчерпывающим и истребование иных документов для государственной регистрации запрещается.

Формирование объявленного в учредительных документах уставного фонда КОИИ (за исключением открытого акционерного общества) должно быть проведено не менее чем на 50% в течение первого года со дня государственной регистрации этой организации за счет внесения в него каждым из учредителей не менее 50% своей доли и завершено в полном объеме до истечения двух лет со дня регистрации.

Уставной фонд коммерческой организации с иностранными инвестициями должен быть объявлен в долларах США, а в случае создания акционерного общества или с использованием имущества Республики Беларусь также и в официальной денежной единице Республики Беларусь. Учредители (участники) коммерческой организации с иностранными инвестициями имеют право вносить вклады в уставной фонд в денежной и неденежной форме. Неденежный вклад иностранного инвестора должен быть ввезен из иностранного государства либо приобретен в Республике Беларусь. Такой вклад подлежит экспертизе достоверности его оценки, проводимой в установленном порядке.

Коммерческие организации с иностранными инвестициями осуществляют уплату налогов, сборов, пошлин и пользуются налого-

выми и таможенными льготами в соответствии с законодательством. Амортизационные отчисления производятся этими организациями по нормам и в порядке, установленном для юридических лиц Республики Беларусь. Внешнеторговая деятельность коммерческими организациями с иностранными инвестициями осуществляется в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

Трудовые отношения в коммерческих организациях с иностранными инвестициями регулируются коллективным договором (соглашением) и трудовыми договорами (контрактами), заключенными с каждым работником. Условия договоров не могут ухудшать положение работников этих организаций по сравнению с условиями, предусмотренными действующими законодательными актами Республики Беларусь. Вопросы оплаты труда и предоставления отпусков иностранным работникам должны решаться в трудовых договорах (контрактах) с каждым из них. Социальное страхование работников коммерческих организаций с иностранными инвестициями регулируется законодательными актами Республики Беларусь.

Ликвидация коммерческой организации с иностранными инвестициями осуществляется только по решению собственника имущества (учредителей, участников) или органа этой организации, уполномоченного на то ее уставом (учредительным договором), либо в судебном порядке.

2. Как уже отмечалось, в Республике Беларусь также действуют представительства иностранных организаций.

Согласно п. 1 ст. 51-1 Гражданского кодекса Республики Беларусь представительством иностранной организации является ее обособленное подразделение, расположенное на территории Республики Беларусь, осуществляющее защиту и представительство интересов иностранной организации и иные не противоречащие законодательству функции.

При этом не допускается создание представительств иностранных организаций, деятельность которых направлена на свержение либо насильственное изменение конституционного строя, нарушения целостности и безопасности государства, пропаганду войны, насилия, разжигания национальной, религиозной и расовой вражды, а также деятельность которых может причинить ущерб правам и законным интересам граждан.

В соответствии с п. 2 указанной статьи, представительство иностранной организации считается созданным на территории Республики Беларусь с момента получения разрешения на его открытие в установленном законодательством порядке. Оно должно иметь наименование, содержащее указание на иностранную организацию, его создавшую (п. 3 ст. 51-1).

Порядок их открытия и деятельности определяется Положением, утвержденным постановлением Совета Министров Республики

Беларусь от 22 июля 1997 г. № 929 в редакции дальнейших постановлений, последнее из которых от 12.05.2010 г. № 702.

Представительство организации является ее обособленным подразделением, которое осуществляет защиту и представительство интересов организации. Представительство не является юридическим лицом и работает по доверенности иностранной организации.

Для представительств коммерческих организаций целями деятельности являются:

- изучение товарных рынков Республики Беларусь;
- изучение возможностей для инвестиционной деятельности;
- создание иностранных и совместных предприятий;
- содействие развитию торгово-экономических связей между странами;
- представление и защита интересов коммерческой организации;
- продажа билетов и бронирование мест компаний авиационного, железнодорожного, автомобильного и морского транспорта и др.

Представительства некоммерческих организаций преследуют цели:

- социальной поддержки и защиты граждан, включая улучшение материального положения малообеспеченных семей, социальную реабилитацию безработных, инвалидов и иных лиц;
- подготовки населения к преодолению последствий стихийных бедствий, экологических, промышленных или иных катастроф, к предотвращению несчастных случаев;
- оказания помощи пострадавшим в результате стихийных бедствий, экологических, промышленных или иных катастроф, социальных, этнических, религиозных конфликтов;
- содействия укреплению мира, дружбы и согласия между народами, предотвращению социальных, этнических и религиозных конфликтов;
- охраны окружающей среды и защиты животных и др.

Для получения разрешения на открытие представительства организация представляет в Министерство иностранных дел заявление и другие необходимые документы. Представительство считается созданным с момента получения в Министерстве иностранных дел разрешения на его открытие, в котором указывается: наименование организации, цели открытия представительства, условия, на которых организации разрешается открыть представительство, срок, на который выдается разрешение, число иностранных граждан – сотрудников представительства, дата выдачи и номер.

3. Деятельность иностранных юридических лиц и иных организаций, зарегистрированных в установленном порядке в иностранном государстве, административно-территориальных единиц иностранных

государств возможна в Республике Беларусь без открытия представительств в следующих случаях:

- осуществление деятельности через организацию или физическое лицо, признаваемое постоянным представительством иностранной организации (п.п. 1.2 п. 1 ст. 139 Налогового кодекса Республики Беларусь);
- проведение на территории Республики Беларусь концертно-зрелищных мероприятий, в том числе концертов, аттракционов, зверинцев, цирковых программ.

§ 6. Правовое положение белорусских юридических лиц за рубежом

1. Сложившаяся в советские времена экономическая ситуация, когда наша республика являлась «сборочным цехом» советского государства, в условиях независимости трансформировалась в экспортную модель экономического развития всей промышленности, а в настоящее время уже и сельского хозяйства. Необходимость заставляет отечественные предприятия развивать внешнеэкономические связи с зарубежными партнерами. Белорусское законодательство позволяет предприятиям всех форм собственности вести внешнеэкономическую деятельность. Главным направлением этой деятельности, имеющей первостепенное значение для экономики нашего государства, является внешнеторговая деятельность. Основные принципы организации внешней торговли сформулированы в Законе Республики Беларусь от 25 ноября 2004 г. № 347 «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности»¹.

Среди таких принципов указаны:

- реализация внешнеторговой политики как составной части единой внешней политики Республики Беларусь;
- обеспечение национальной безопасности Республики Беларусь в экономической сфере;
- невмешательство в частные дела при осуществлении внешнеторговой деятельности;
- применение в отношении другого государства (группы государств) мер государственного регулирования внешнеторговой деятельности с учетом взаимности;
- гарантирование права на судебную защиту прав, свобод и законных интересов участников и др.

Отношения Республики Беларусь с иностранными государствами в области внешнеторговой деятельности строятся также с учетом общепризнанных принципов и норм международного права и, в первую очередь, принципов суверенного равенства государств, мирного

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 09.12.2004 г. – № 2/1096.

разрешения споров, невмешательства во внутренние дела друг друга, добросовестного выполнения международных обязательств, а также недискриминации и взаимности.

Правом на осуществление внешнеторговой деятельности обладают юридические и физические лица Республики Беларусь, юридические и физические лица других государств, а также Республика Беларусь, ее административно-территориальные единицы.

2. Правом осуществления внешнеторговой деятельности обладают все резиденты Республики Беларусь, если иное не предусмотрено актами законодательства Республики Беларусь, с момента их государственной регистрации в качестве юридического лица или предпринимателя, осуществляющего свою деятельность без образования юридического лица. Какой-либо специальной регистрации для внешнеторговой деятельности для субъектов хозяйственной деятельности не требуется.

Согласно п. 1 ст. 37 Закона Республики Беларусь «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности», участники внешнеторговой деятельности могут в соответствии с законодательством на добровольной основе образовывать на территории Республики Беларусь объединения по отраслевому, территориальному или иным признакам. Такими объединениями являются Белвнешпромсервис, Белагроинторг, Белорусинторг. Белорусские предприятия, производящие товары потребления, открывают в России свои торговые дома и фирменные магазины, а также оптово-розничные торговые центры. Это стало основным путем реализации товаров для таких предприятий, как «Горизонт», «Витязь», «Белвест», «Марко» и др. Крупнейшие автопредприятия «Минский автомобильный завод», «Белорусский автомобильный завод», «Минский тракторный завод» имеют за рубежом свои представительства и технические центры, посредством которых осуществляются продажа и техническое обслуживание большегрузных автомобилей и тракторов. В Лондоне в 2008 г. открыто представительство Белорусской нефтяной компании, через которое реализуется до 50% нефтепродуктов, производимых в Беларуси. В последние годы активно развивается такой вид торговли, как выездные ярмарки, организуемые в крупнейших городах России и, первую очередь, в Москве, на которых бывают представлены лучшие белорусские промышленные и сельскохозяйственные товары.

Получила значительное развитие и приграничная торговля, которая характеризуется предоставлением особого благоприятного режима во внешней торговле товарами, произведенными в пределах соответствующих приграничных территорий. Приграничная торговля активно развивается между белорусскими областями и пограничными областями России и Украины.

3. Помимо внешнеторговой деятельности юридические и физические лица Республики Беларусь имеют право осуществлять инвестиционную деятельность за пределами Республики Беларусь. Правовое регулирование инвестиций за пределами нашего государства регулируют раздел V Инвестиционного кодекса Республики Беларусь «Особенности направления инвестиций на территорию иностранных государств» и постановление Совета Министров Республики Беларусь от 29 мая 1992 г. № 324 «Об инвестиционной деятельности белорусских субъектов хозяйствования за границей» (в ред. последующих изменений и дополнений).

Инвестиционная деятельность юридических и физических лиц Республики Беларусь в зарубежных странах может осуществляться в следующих формах:

1) создание юридических лиц, в том числе банков и небанковских кредитно-финансовых организаций с участием инвестиций юридических и физических лиц Республики Беларусь, а также филиалов (представительств) банков;

2) приобретение имущества или имущественных прав в виде недвижимости, доли в уставном фонде юридических лиц иностранных государств, ценных бумаг;

3) в любых других формах, не противоречащих законодательству иностранных государств и соответствующих международным договорам Республики Беларусь.

В этих случаях также требуется получение разрешения Национального банка на проведение валютных операций и открытие счетов за пределами Республики Беларусь. Учет и контроль за инвестициями, направленными на территорию иностранных государств юридическими лицами Республики Беларусь и индивидуальными предпринимателями, осуществляется Национальным банком Республики Беларусь. Регистрация зарубежных предприятий, банковских структур, учрежденных за границей, производится в Республике Беларусь в месячный срок с даты их регистрации за границей. Следует отметить, что Республика Беларусь и ее физические и юридические лица не имеют широких возможностей для инвестирования капиталов за границу в силу отсутствия свободных средств.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 38–83.

2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 143–172.

3. Богуславский, М.М. Принцип контроля и определение подсудности инвестиционных споров / М.М. Богуславский // Международное частное право: современная практика: сб. статей / под ред.

- М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. – М., 2000. – С. 198–212.
4. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 204–226.
 5. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 686–693.
 6. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 244–246.
 7. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 81–105.
 8. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 364–393.
 9. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 183–220.
 10. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 136–156.
 11. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 85–94.
 12. Фисенко, В.Н. Международное частное право: общая часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1993. – Кн. 1. – С. 22–42.

ГЛАВА 6

ГОСУДАРСТВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ КАК УЧАСТНИКИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

Во всем мире наблюдается неминуемая
эрозия иммунитетов государства.

Х. Шак

§ 1. Государство как субъект гражданско-правовых отношений

1. Государство обладает властными полномочиями по организации и регулированию на своей территории хозяйственно-экономической деятельности всех субъектов частного права. В то же время государство в ряде случаев вынуждено вступать в различные гражданско-правовые отношения с зарубежными юридическими и физическими лицами.

История участия государства в гражданско-правовых отношениях берет свое начало еще в Древнем мире. В период Римской империи в гражданско-правовых отношениях от имени государства выступала государственная казна – *aerarium*. В дореволюционной российской правовой науке также утвердилось мнение, что казна представляет государство в частноправовых отношениях. Советские юристы отмечали специфическую гражданскую правосубъектность советского государства, которая заключалась в отсутствии при этом у государства свойства юридического лица.

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.

Участие Республики Беларусь в гражданско-правовых отношениях регулируется ст. 124–127 ГК Республики Беларусь. В п. 1 ст. 124 закреплён принцип равенства Республики Беларусь с иными субъектами – физическими и юридическими лицами. Государственные органы представляют Республику Беларусь в гражданско-правовых отношениях в рамках их компетенции (п. 1 ст. 125 ГК). Республика Беларусь не отвечает по обязательствам созданных ею юридических лиц, кроме случаев, предусмотренных законами (п. 2 ст. 126 ГК).

В VII разделе Гражданского кодекса имеется статья 1114, содержащая норму: «К гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом с участием государства правила настоящего раздела применяются на общих основаниях, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Беларусь». Употребление в приведенной статье обобщенного термина «государство» даёт основание предполагать, что в данном случае законодатель имеет в виду не только белорусское, но и иностранное госу-

дарство, в случае, если оно вступает в гражданско-правовые отношения с белорусскими юридическими и физическими лицами.

Следует выделить два вида правоотношений с участием государства в зависимости от места их возникновения: правоотношения на территории самого государства, где оно вступает в гражданско-правовые отношения с иностранными юридическими и физическими лицами и правоотношения, возникающие у государства за рубежом с юридическими и физическими лицами соответствующих государств.

2. Белорусское государство как участник гражданско-правовых отношений может:

- получать кредиты от иностранных юридических лиц (банков, страховых компаний);
- выпускать государственные ценные бумаги и размещать их за рубежом;
- выступать в качестве гаранта перед кредитором и отвечать за исполнение обязательств заемщика;
- заключать инвестиционные договоры с иностранными инвесторами;
- заключать концессионные договоры, договоры о разделе продукции, концессионные договоры об оказании услуг;
- приобретать или арендовать за границей земельные участки;
- заключать контракты на выполнение работ по строительству зданий для посольств, консульств, торговых представительств;
- заключать договоры купли-продажи товаров, оказания услуг и др.;
- быть наследником выморочного имущества, оставшегося после смерти белорусских граждан за границей по закону или по завещанию.

В связи с участием государства в гражданско-правовых отношениях возникает вопрос об ответственности государства по своим обязательствам. В ст. 127 ГК Республики Беларусь содержится норма: «Особенности ответственности Республики Беларусь и административно-территориальных единиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств определяются законодательными актами». В аналогичной по содержанию и нумерации статье российского Гражданского кодекса особенности ответственности Российской Федерации и ее субъектов в гражданско-правовых отношениях определяются законом об иммунитете государства и его собственности. Следует отметить, что ни в белорусском, ни в российском праве до сих пор нет законодательных актов, которые бы определяли ответственность государства, его субъектов и административно-территориальных единиц.

Проблемным является вопрос о правовом статусе государства в гражданско-правовых отношениях с иностранными физическими и юридическими лицами. В российской правовой доктрине закрепилось мнение об отсутствии у государства качества юридического лица в гражданско-правовых

отношениях. В связи с этим выдвигаются предложения считать государство юридическим лицом публичного права, особым лицом, специальным лицом и т.д. На наш взгляд, государство в гражданско-правовых отношениях является суверенным субъектом, что в наибольшей степени соответствует его природе. Именно суверенитет государства обуславливает такое специфическое его качество в гражданско-правовых отношениях с иностранными субъектами как иммунитет. При этом государство может распоряжаться иммунитетом и в собственных интересах отказываться от него.

§ 2. Понятие иммунитета государства и его виды

1. Термин «иммунитет» происходит от латинского слова *immunitas*, что означает освобождение от чего-либо. Слово имеет несколько значений применительно к юрисдикции иностранного государства. Различают дипломатические, консульские иммунитеты и иммунитет самого государства. Возникновение иммунитета государства связано с принципами государственного суверенитета и суверенного равенства государств, которые устанавливают неподчиненность, независимость одного государства от другого, что выражается в юридической максиме: *par in parem non habet imperium* (равный над равным власти не имеет).

В процессуальном праве иммунитет государства утверждает неподсудность государства и его органов судебной власти иностранного государства (*par in parem non habet jurisdictionem* – равный над равными юрисдикции не имеет). Изначально иммунитет государства возник в форме обычая, затем утвердился в судебной практике и национальном законодательстве государств, а также в международном праве.

Иммунитет государства – это широкое понятие, которое включает как юрисдикционные иммунитеты, так и иммунитеты собственности, принадлежащей государству в зарубежных странах, а также иммунитет морских и воздушных судов.

2. 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 госу-

дарственной 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 г. 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 волепроявление 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, другое государство получает право на освобождение от юрисдикции первого государства. Из этого следует, что иммунитетом государство может пользоваться только в случае гражданско-правовых отношений и связанной с ними юрисдикцией на территории другого государства. Это значит, что в пределах собственной территории в гражданско-правовых отношениях с иностранными юридическими и физическими лицами государство не вправе обращаться к иммунитету. Как уже отмечалось, это положение закреплено в ст. 1114 ГК Республики Беларусь.

На практике это значит, что иностранные юридические и физические лица могут обращаться в суды с предъявлением исковых требований к самому государству, которое в такой ситуации не может сослаться на юрисдикционный иммунитет, поскольку он действует только в отношении юрисдикции иностранного суда.

3. Несмотря на предметную 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. Первоначально эта норма появилась в Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г., где говорилось: «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 г., где указано: «На территории Договаривающегося государства не могут быть осуществлены принудительное исполнение судебного решения или охра-

нительная 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»¹.

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 имел абсолютный характер, т.е. никаких оговорок и исключений в отношении иммунитета иностранных государств и его представителей не допускалось.

4. В XX столетии государства активно занялись коммерческой деятельностью. Для привлечения финансовых средств они обратились к практике выпуска облигаций, которые размещались в зарубежных странах среди физических лиц. Началось привлечение иностранных капиталов из развитых стран в менее развитые. Однако условия правоотношений государства с физическими и юридическими лицами были неравноправными, поскольку государства были ограждены иммунитетом в случае возникновения споров.

Ситуация с иммунитетом государства усложнилась с возникновением советского государства, которое ввело государственную монополию на внешнеэкономическую деятельность. После Второй мировой войны появилась мировая система социализма, резервом которого были страны, освободившиеся от колониальной зависимости и избравшие путь социалистической ориентации. Для всех социалистических стран, а также ряда развивающихся государств важнейшим принципом в сфере экономики стала монополия государства на внешнеэкономическую деятельность. В результате и без того непростые отношения капиталистических и социалистических стран были осложнены в сфере экономики проблемой иммунитета государств, в котором оказались заинтересованы социалистические и развивающиеся страны. Это вызвало серьезную озабоченность остального мира и подтолкнуло их к поиску доктрины, которая могла бы ограничить иммунитет государства в сфере экономических отношений.

§ 3. Теория функционального иммунитета государства

1. 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 резуль-

¹ Европейская 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.

тате при публично-правовых действиях, когда государство осуществляет свои функции, основанные на суверенитете, оно сохраняет иммунитет и соответственно неподсудно иностранным судам, в отношении его невозможны меры по обеспечению иска и невозможно принудительное исполнение судебного решения иностранного суда. При действиях частного характера государство лишается иммунитета и выступает в отношениях со своими зарубежными контрагентами на равных.

Первая попытка сформулировать теорию функционального иммунитета государства была предпринята в 1891 г. в проекте регламента Института международного частного права, где допускалось предъявление исков к торговым или промышленным предприятиям, принадлежащим иностранному государству.

Следующим шагом стала Конвенция для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных судов от 10 апреля 1926 г., принятая в Брюсселе и дополненная Протоколом от 24 мая 1934 г., которая установила норму о функциональном иммунитете государства.

В мае 1952 г. Государственный департамент США официально объявил, что при выдаче заключений о наличии иммунитета у иностранного государства он будет руководствоваться теорией функционального иммунитета.

2. Первым международным актом, регулирующим иммунитет государства, явилась Европейская конвенция об иммунитете государства, подписанная 16 мая 1972 г. 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);

– если судебное разбирательство касается:

а) патента на изобретение, чертежа или промышленной модели, производственного или товарного знака, фирменного наименования или другого аналогичного права;

б) несоблюдения государством в государстве, где происходит судебное разбирательство, упомянутого права, которое в нем охраняется и принадлежит третьему лицу;

с) несоблюдение государством в государстве, где происходит судебное разбирательство, авторского права, которое в нем охраняется и принадлежит третьему лицу;

д) права использования названия фирмы в государстве, где происходит судебное разбирательство (ст. 8);

– если судебное разбирательство касается:

а) права государства на недвижимость, на владение или на пользование такой недвижимостью государством; или

б) возлагаемого на него обязательства либо как владельца права на недвижимость, либо как на владельца или пользователя этой недвижимости, и если недвижимость находится на территории государства, где происходит судебное разбирательство (ст. 9);

– если судебное разбирательство касается права на имущество, движимое или недвижимое, зависящее от права наследования или дарения, либо на бесхозное имущество (ст. 10);

– если судебное разбирательство касается возмещения за телесное повреждение или материальный ущерб, вызванные фактом, имевшим место на территории государства, где происходит судебное разбирательство, и если лицо, причинившее ущерб, находилось там в тот момент, когда этот факт имел место (ст. 11);

– если Договаривающееся государство согласилось в письменной форме вынести на арбитраж уже возникшие споры или те, которые могут возникнуть по гражданским или коммерческим вопросам (ст. 12).

Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г. была ратифицирована немногими государствами Совета Европы и вступила в силу лишь в 1990 г., хотя для этого требовались всего три ратификационные грамоты. Официально участниками Конвенции являются только восемь государств. Несмотря на это, теория функционального иммунитета государства в настоящее время действует в судебных системах ФРГ, Австрии, Франции, Бельгии, Греции, Швейцарии, Италии, Дании, Финляндии, Норвегии и других европейских стран.

3. Из национальных законов, оказавших заметное влияние на утверждение теории функционального иммунитета, особо выделяются законы, принятые в США и Великобритании.

Закон США «Об иммунитете иностранных государств» был принят в 1976 г. и законодательно оформил переход этой страны к теории функционального иммунитета государства, которая на практике, как уже отмечалось, применялась с 1952 г. В ст. 1604 Закона подтверждалось наличие иммунитета иностранных государств в судах США и судах отдельных штатов. Исключения из иммунитета от юрисдикции иностранного государства перечислены в ст. 1605 и 1607.

Согласно ст. 1605 иностранное государство не пользуется иммунитетом от юрисдикции в судах США в любом деле:

- 1) в котором оно отказалось от иммунитета;
- 2) в котором иск основан на коммерческой деятельности иностранного государства в США;
- 3) в котором предметом разбирательства являются нарушенные права собственности и эта собственность находится в США и используется иностранным государством в коммерческой деятельности;
- 4) в котором право собственности в США приобретено путем правопреемства или дарения или предметом разбирательства является право собственности на недвижимое имущество, находящееся в США;
- 5) в котором предъявлен иск о возмещении денежной компенсации за причинение телесного вреда или смерти, или имущественный вред или убытки, вызванные правонарушением иностранного государства или любого официального лица или работодателя этого государства, действующего в официальном качестве;
- 6) в котором предъявляется иск в адмиралтейство для признания права удержания судна или груза иностранного государства в связи с его коммерческой деятельностью.

Согласно ст. 1607 иностранное государство не пользуется иммунитетом от встречного иска.

Закон Великобритании «О государственном иммунитете» был принят 22 ноября 1978 г. На него оказал заметное влияние Закон

США. В Законе Великобритании также утверждается общая норма о действии иммунитета иностранного государства (ст. 1), а затем следует перечень исключений из этой нормы (ст. 2–11).

Наиболее важным исключением является изъятие из иммунитета коммерческих сделок и обязательств иностранных государств (ст. 3). Коммерческая сделка определяется как любой договор о поставке товаров или предоставлении услуг, любой заем или другая сделка на предоставление финансовых услуг, а также любая другая сделка или деятельность коммерческого, промышленного, финансового, профессионального или любого другого аналогичного характера, в которую государство вступает не в порядке осуществления своей суверенной власти.

В то же время ст. 16 Закона Великобритании подтверждает дипломатические и консульские иммунитеты, незыблемость прав государства в отношении вооруженных сил, ядерных установок, в вопросах уголовного процесса и налогообложения.

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 специальное законодательство об иммунитете иностранного государства отсутствует, но судебная практика исходит с позиции теории функционального иммунитета (Австрия, Бельгия, Дания, Греция, Италия, Норвегия, ФРГ, Франция, Финляндия, Швейцария и др.).

§ 4. Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности

1. Важность проблемы государственного иммунитета побудила Генеральную ассамблею ООН принять 19 декабря 1977 г. специальную резолюцию, которая рекомендовала Комиссии международного права ООН (КМП) включить в программу своей работы тему юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности. В течение длительного времени специальная рабочая группа комиссии вела работу по этой проблеме, обобщая опыт законодательной, судебной и международно-правовой практики в сфере иммунитетов государств. Работа комиссии проходила в сложных условиях, поскольку отчетливо выявилось два противоположных подхода к данной проблеме: представители социалистических и некоторых развивающихся государств отстаивали позицию абсолютного иммунитета государства, в то время как большинство членов комиссии высказались за функциональный иммунитет государства. Несмотря на разногласия, работа над проек-

том о юрисдикционных иммунитетах была завершена в декабре 1994 года. Генеральная ассамблея ООН своей резолюцией одобрила его. Однако проект статей не стал основой для заключения международного нормативного правового акта, содержащего обязательства государств по данному вопросу. В декабре 2000 г. резолюцией Генеральной ассамблеи ООН был учрежден Специальный комитет для продолжения работы над проектом.

На основе доклада Специального комитета по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности, представленного на 59-й сессии Генеральной ассамблеи ООН 2 декабря 2004 г., была принята резолюция, которая предложила государствам-членам стать участниками Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

2. Конвенция 2004 г. имеет явно выраженный компромиссный характер по отношению к сторонникам и противникам теории функционального иммунитета государств¹.

В соответствии со ст. 1 сферой применения Конвенции является иммунитет государства и его собственности от юрисдикции судов другого государства. Под судом понимается любой орган иностранного государства, независимо от названия, правомочный осуществлять функции правосудия. В Конвенции особо оговорены правила, применимые при определении того, является ли контракт или сделка коммерческой сделкой, что служит отправным моментом в теории функционального иммунитета. Конвенция исходит из положения, что при определении характера сделки «следует прежде всего исходить из природы этого контракта или сделки, однако следует учитывать их цель, если стороны контракта или сделки договорились об этом, или если, согласно практике государства суда, эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки» (п. 2 ст. 2).

Конвенция не затрагивает привилегий и иммунитетов дипломатических представительств, консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях, а также относящихся к ним лиц (п. 1 ст. 3).

В ст. 5 определен главный общий принцип Конвенции: «Государство пользуется иммунитетом, в отношении себя и своей собственности, от юрисдикции судов другого государства с учетом положений настоящей Конвенции». Государство должно обеспечивать иммунитет государств, предусмотренный ст. 5, воздерживаясь от осуществления юрисдикции при разбирательстве в своих судах дел, возбужденных против другого государства, и с этой целью обеспечивает, чтобы его суды по своей собственной инициативе выносили решение о соблюдении иммунитета другого государства (п. 1 ст. 6).

¹ Текст Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности: [http:// www.ur.org](http://www.ur.org)

Государство не может ссылаться на иммунитет, если оно явно выразило согласие на осуществление иностранным судом юрисдикции в силу:

- a) международного соглашения;
- b) письменного контракта;
- c) заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства (п. 1 ст. 7).

Государство также не может ссылаться на иммунитет, если оно:

- a) само возбудило разбирательство или
- b) приняло участие в разбирательстве существа дела или предприняло иные действия по существу дела (п. 1 ст. 8).

Государство не рассматривается как согласившееся на осуществление юрисдикции судом другого государства, если оно вступает в разбирательство с единственной целью:

- a) сослаться на иммунитет или
- b) привести доказательства своего права или интереса в отношении собственности, которой касается разбирательство (п. 2 ст. 8).

Явка представителя государства в суд другого государства для дачи свидетельских показаний, как и неучастие государства в разбирательстве, не должна рассматриваться как согласие на осуществление юрисдикции этим судом (п. 3, 4 ст. 8).

Государство, возбуждающее разбирательство в суде другого государства, не может ссылаться на иммунитет при предъявлении к нему встречного иска (п. 1 ст. 9).

3. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства, если:

1) государство заключает коммерческую сделку с иностранным физическим или юридическим лицом (п. 1 ст. 10);

2) разбирательство в суде другого государства касается трудового договора между этим государством и физическим лицом (п. 1 ст. 11);

3) дело касается денежного возмещения в случае смерти или причинения телесного повреждения лица, или нанесения ущерба имуществу, или его утраты в результате действия или бездействия, которое предположительно может быть присвоено государству (ст. 12);

4) разбирательство в суде другого государства имеет предметом любые права этого государства в отношении:

- a) недвижимого имущества;
- b) движимого или недвижимого имущества, в случае наследования, дара и возникновения бесхозяйного имущества или
- c) управления таким имуществом, как доверительная собственность, собственность банкрота или собственность компании в случае ее ликвидации (ст. 13).

5) суд рассматривает дела, касающиеся:

а) установления любого права этого государства в отношении патента, промышленного образца, торгового и фирменного наименования, товарного знака, авторского права или любой другой формы интеллектуальной или промышленной собственности или

б) предполагаемого нарушения этим государством на территории государства суда прав, указанных в вышеприведенном подпункте, принадлежащих третьему лицу и защищаемых в государстве суда (ст. 14);

б) разбирательство в суде касается участия государства в компании или другом объединении в качестве юридического лица (п. 1 ст. 15);

7) в суде рассматривается дело, касающееся эксплуатации принадлежащего государству судна, когда основанием иска стало использование этого судна в иных целях, чем государственные некоммерческие цели (п. 1 ст. 16);

8) рассматриваемое судом дело имеет предметом арбитражное соглашение между государством и иностранным физическим или юридическим лицом, касающееся:

а) действительности, толкования или применения арбитражного соглашения;

б) арбитражной процедуры;

с) подтверждения или отмены арбитражного решения, если в арбитражном соглашении не предусмотрено иное (ст. 17).

4. Государство обладает иммунитетом от принудительных мер по обеспечению иска до вынесения судебного решения, за исключением случаев, когда:

а) государство прямо согласилось на принятие таких мер, которые указаны в международном соглашении; в арбитражном соглашении или в письменном контракте; или в заявлении перед судом, или в письменном сообщении после возникновения спора между сторонами либо

б) государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом этого разбирательства (ст. 18).

Таким же образом решается вопрос о принудительных мерах по выполнению судебного решения в отношении государства (ст. 19). В отношении собственности государства, на которую может быть обращено исполнение, необходимо, чтобы было установлено, что собственность непосредственно используется или предназначается для использования государством для иных целей, чем государственные некоммерческие цели, и находится на территории государства суда (п. «с» ст. 19). В ст. 21 перечислены особые категории собственности государства, которые не рассматриваются как собственность, непосредственно используемая или предназначенная для использования государством в иных целях, чем государственные некоммерческие цели:

а) собственность, включая банковский счет, используемая при исполнении функций дипломатического представительства государ-

ства, консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях;

b) собственность военного характера или используемая или предназначенная для использования при исполнении военных функций;

c) собственность центрального банка или иного финансового органа государства;

d) собственность, составляющая часть культурного наследия государства или часть его архивов и не выставленная или не предназначенная для выставления на продажу;

e) собственность, составляющая часть экспозиции объектов, которые представляют научный, культурный или исторический интерес, и не выставленная на продажу.

5. Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности в настоящее время еще не вступила в силу, для чего требуется тридцать ратификационных грамот. Однако можно сделать вывод, что она значительно уступает Европейской конвенции об иммунитете государств 1972 г. в плане реализации теории функционального иммунитета государств. Главная особенность Конвенции 2004 г. состоит в сохранении иммунитета государств от принудительных мер по обеспечению иска до вынесения судебного решения и после его вынесения. 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. В целом Конвенция 2004 года занимает взвешенную позицию в вопросе иммунитетов иностранного государства в гражданско-правовых отношениях.

§ 5. Вопросы иммунитета государства в законодательстве Республики Беларусь

1. Позиция белорусского государства в отношении иммунитетов иностранного государства содержится в нормах Гражданского процессуального и Хозяйственного процессуального кодексов. В ст. 553 ГПК Республики Беларусь говорится: «Предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на имущество иностранного государства, находящееся в Республике Беларусь, могут быть допущены лишь с согласия компетентных органов данного государства (отказ от иммунитета)». Такая формулировка об условии привлечения иностранного государства к суду в Республике Беларусь полностью соответствует теории абсолютного иммунитета государства.

В Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь, принятом в ноябре 1999 года, в ст. 311 предусматривалось, что предъявление иска к иностранному государству, наложение ареста на его имущество, находящееся на территории Республики Беларусь,

обращение взыскания на это имущество в порядке принудительного исполнения решения хозяйственного суда допускается лишь с согласия компетентных органов иностранного государства, если иное не предусмотрено законодательством, в том числе международными договорами Республики Беларусь. Как видно из приведенного содержания статьи, она также была основана на теории абсолютного иммунитета, но в ней предусматривалась возможность иного регулирования. Новая редакция ХПК, вступившая в действие 7 марта 2005 года, в ст. 239 регулирует иммунитет государства несколько иначе: «Иностранное государство, выступающее в качестве суверена, обладает судебным иммунитетом от предъявленного к нему иска в хозяйственном суде, привлечения его к участию в деле в качестве третьего лица, наложения ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Республики Беларусь, и принятия по отношению к нему хозяйственных мер по обеспечению иска и имущественных интересов. Обращение взыскания на такое имущество в порядке принудительного исполнения судебного постановления допускается лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено законодательными актами или международными договорами Республики Беларусь».

Формулировка в первом предложении статьи – «иностранное государство, выступающее в качестве суверена», на первый взгляд, свидетельствует об изменении позиции белорусского законодателя в вопросе иммунитета государства, поскольку разделение деятельности государства на публично-правовую, где государство выступает в качестве суверена, и частноправовую составляет суть теории функционального иммунитета. Однако второе предложение абз. 1 ст. 239 ХПК Республики Беларусь свидетельствует, что в вопросе мер по обеспечению иска белорусский законодатель остается на позиции абсолютного иммунитета.

Ситуацию с появлением формулировки в ст. 239 ХПК соответствующей теории функционального иммунитета несколько проясняет то обстоятельство, что в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации, принятом в 2002 г., имеется ст. 251, аналогичная по названию и содержанию ст. 239 ХПК Республики Беларусь. Указанные статьи совпадают почти дословно, за исключением того, что в российском кодексе говорится об иностранном государстве, «выступающем в качестве носителя власти», а в белорусском – «выступающем в качестве суверена», что абсолютно тождественно. Поскольку российский АПК был принят раньше новой редакции белорусского ХПК, можно предположить, что новая формулировка стала результатом некритического заимствования нормы российского права, в котором происходит переход к теории функционального иммунитета.

2. Вопрос об иммунитете государства нашел отражение и в Инвестиционном кодексе Республики Беларусь, действующим с октября

2001 года. Следует отметить, что в ИК регулируется вопрос об иммунитете Республики Беларусь, если от имени государства заключается инвестиционный или концессионный договор с иностранным инвестором. В ч. 2 ст. 46 в качестве обязательного условия предусмотрен отдельным пунктом порядок и орган рассмотрения споров (включая международный арбитраж для иностранного инвестора), вытекающих из инвестиционного договора, а в ч. 3 указанной статьи говорится: «В инвестиционном договоре с иностранными инвесторами может быть предусмотрен отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения».

В ст. 67 Инвестиционного кодекса, где определены условия, включаемые в концессионный договор, также имеется пункт о порядке и органе разрешения споров, вытекающих из концессионных договоров, а в ст. 75 содержится возможность отказа от юрисдикционных иммунитетов государства при заключении концессионного договора с иностранным инвестором.

Отказ от иммунитетов государства в Инвестиционном кодексе продиктован прагматическими соображениями: снять опасения, которые могут возникнуть у потенциальных инвесторов и концессионеров, относительно договоров, где государство участвует в качестве стороны или гаранта белорусского юридического лица. Такой отказ не противоречит теории абсолютного иммунитета государства.

Таким образом, в процессуальном законодательстве Республики Беларусь возникло противоречие в вопросе об иммунитете иностранного государства между Гражданским процессуальным и Хозяйственным процессуальным кодексами. Такая ситуация не может считаться нормальной даже несмотря на отсутствие судебной практики. Проблему следует разрешить путем принятия специального закона об иммунитете государства, где следует определить, как иммунитеты иностранного государства, так и иммунитеты Республики Беларусь.

§ 6. Судебные прецеденты, связанные с иммунитетом государства

1. В период существования СССР неоднократно предъявлялись иски в иностранных судах к советскому государству со стороны частных лиц по поводу долговых обязательств, выданных российским правительством в до-революционное время. Последними из таких исков были иски, предъявленные в США в марте 1982 г. в федеральном суде г. Нью-Йорка¹.

¹ Белов, А.П. Иммунитет государства от иностранной юрисдикции / А.П. Белов // Право и экономика. – 1997. – № 3. – С. 17–22.

Иски предъявила фирма «Карл Марс энд Ко., инк» и два физических лица, проживавших в Нью-Йорке, к СССР на общую сумму 625 млн долларов США. Основанием двух предъявленных исков были займы правительства Российской империи, выпущенные в 1916 г. и размещенные в США через консорциум американских банков.

СССР не признал юрисдикцию американского суда и его представитель не участвовал в рассмотрении дела.

В марте 1986 г. суд Южного района г. Нью-Йорка вынес два решения в отсутствие ответчика, согласно которым СССР обязан был уплатить держателям облигаций по золотым займам 1916 г. сумму в размере 192,1 млн долларов.

На стадии обжалования судебного решения интересы СССР представлял адвокат, что не свидетельствовало о признании советским государством юрисдикции американского суда, поскольку вступление адвоката в дело было произведено в порядке «специального обращения в суд» с целью защиты юрисдикционного иммунитета СССР.

Адвокат, представлявший интересы советского государства, заявил суду следующее:

- 1) СССР пользуется иммунитетом от юрисдикции американского суда;
- 2) долговые обязательства, ставшие предметом исков, возникли в период действия в США доктрины абсолютного иммунитета государства;
- 3) Закон США «Об иммунитете иностранных государств», принятый в 1976 г., не может иметь обратной силы.

Суд, приняв во внимание аргументы представителя СССР, отменил свое прежнее решение в связи с отсутствием юрисдикции. Апелляционная жалоба истцов была отклонена Апелляционным судом США.

2. Еще больший общественный резонанс в новейшей российской истории получило дело швейцарской компании «Noga». Суть дел следующая: правительство Российской Федерации заключило со швейцарской корпорацией «NOGA» (Compagnie Noga d'Importation et d'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 «Нога» 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 расплачивалось 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.

В марте 2006 г. американский бизнесмен российского происхождения А. Коган выкупил российский долг у швейцарской фирмы и тут же перепродал его России.

3. С начала 90-х годов прошлого столетия американская религиозная секта хасидов добивается от России передачи ей «библиотеки Шнеерсона», включающей 12 тысяч книг и около 50 тысяч редких документов, которые были собраны хасидскими раввинами, основавшими в конце 18 века религиозное движение Хабад в белорусском местечке Любавичи (сейчас находится на территории Смоленской области).

В 1918 году «библиотека Шнеерсона» была национализирована декретом Советского правительства и передана в Румянцевскую библиотеку (ныне Российская государственная библиотека – РГБ).

В декабре 2006 года движение «Хабад Любавич» подало иск о возврате библиотеки в федеральный суд округа Колумбия. Россия через ад-

вокатов заявила о неподсудности дела юрисдикции американского суда, но судья отклонил это заявление. В начале августа 2010 года судья Р. Ламберт вынес решение 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, 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. Глава МИД России С. Лавров назвал решение американского суда «возмутительным, не имеющим ничего общего с правосудием».

4. Дело об иммунитете государства было рассмотрено и Международным Судом ООН, куда обратилась Германия в декабре 2008 года в связи с нарушением ее иммунитетов Италией. В заявлении Германия просила дать оценку действиям Италии, суды которой вынесли ряд решений, удовлетворявших иски итальянских граждан по компенсации ущерба в результате нарушения норм международного гуманитарного права германским Рейхом в годы Второй мировой войны. Также Германия заявила о нарушении Италией иммунитета ее собственности в результате наложения ареста на немецкий культурный центр, расположенный на вилле Вигони.

Решение по делу Германии против Италии было вынесено Международным Судом 3 февраля 2012 года. В решении суд пришел к выводу о нарушении итальянскими судами юрисдикционного иммунитета Германии, а также нарушении иммунитета ее собственности при наложении ограничений на немецкий культурный центр. Международный Суд ООН потребовал от Италии прекратить нарушение иммунитетов Германии, которым она обладает в соответствии с международным правом.

Своим решением Международный Суд, безусловно, укрепил позицию сторонников теории абсолютного иммунитета государства в гражданско-правовых отношениях. В последние годы стало очевидным, что слишком большая самостоятельность судебных органов в вопросе иммунитетов иностранных государств начинает негативно влиять на межгосударственные отношения.

§ 7. Особенности гражданско-правовой правосубъектности международных организаций

1. Международные организации – это вторичные субъекты международного права, создаваемые государствами для решения разнообразных задач, связанных с развитием сотрудничества и обеспечением мира и безопасности. Для выполнения своих функций они располагают необходимым административно-техническим аппаратом, штаб-

квартирой, размещенной в определенной стране, представительствами в государствах-участниках.

Наличие штаб-квартиры, представительств и офисов, штата сотрудников обуславливает необходимость участия международных организаций в гражданско-правовых отношениях. Это могут быть отношения, связанные с приобретением земельных участков для размещения посольских или консульских учреждений, заключением договоров на возведение и обслуживание зданий, заключением трудовых договоров по найму административно-технического и обслуживающего персонала, ответственность в случае причинения вреда и др.

В белорусской литературе выдвинуто предложение по установлению специальной коллизионной привязки – «личный закон международной межправительственной организации»¹. Применимым правом для такой привязки предлагается международное право. Не отвергая в принципе предлагаемой коллизионной привязки следует обратить внимание на широкий характер применимого в этом случае права, поскольку статут у международных организаций в частноправовых отношениях весьма различен. В каждом конкретном случае статут международной организации определяется ее учредительными документами. В некоторых случаях принимаются специальные межгосударственные соглашения по привилегиям и иммунитетам организаций. Примером может служить Конвенция о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций от 13 февраля 1946 г. В соответствии со ст. 1: «Объединенные Нации являются юридическим лицом и правомочны: а) заключать договоры; б) приобретать недвижимое и движимое имущество и распоряжаться им; с) возбуждать дела в суде». В ст. 2 Конвенции установлено, что Объединенные Нации, их имущество и актив, где бы и в чьем бы распоряжении они не находились, пользуются иммунитетом от судебных исков, за исключением случаев отказа Организации от иммунитета в каждом конкретном случае. При этом отказ от судебного иммунитета не распространяется на судебные исполнительные меры (имеются в виду иммунитеты от предварительного обеспечения иска и от исполнения решения суда).

Конвенция о привилегиях и иммунитетах Евразийского экономического сообщества от 31 мая 2001 г. также устанавливает иммунитеты в отношении имущества и активов сообщества. Кроме этого в ней подробно регламентируются иммунитеты сотрудников организации.

В соответствии со ст. 14 Конвенции, «сотрудники органов Сообщества не подлежат юрисдикции судебных и административных органов государства пребывания в отношении действий, совершенных

¹ См.: Кохненко, О. Проблема определения личного закона международной межправительственной организации / О. Кохненко // Журнал международного права и международных отношений. – 2009. – № 3. – С. 10–15.

при непосредственном выполнении ими служебных функций, кроме случаев предъявления:

а) исков от возможного ущерба в связи с дорожно-транспортным иском, вызванным транспортным средством, принадлежащим Сообществу или сотруднику, либо управлявшимся им;

б) исков в связи со смертью или телесным повреждением, вызванным со стороны сотрудника».

При этом право отказа от иммунитета должностного лица принадлежит как государству-члену направившего сотрудника, так и Межгосударственному совету (ст. 15).

Своеобразно регулируются трудовые отношения в учреждениях ЕврАзЭС: трудовые отношения Генерального секретаря, должностных лиц и сотрудников регулируются Сообществом, трудовые отношения технического и обслуживающего персонала регулируются национальным законодательством государства пребывания (ст. 46).

Договор между Республикой Беларусь и Экономическим Судом Содружеств Независимых Государств об условиях пребывания Экономического Суда Содружеств Независимых Государств на территории Республики Беларусь предоставляет Экономическому Суду статус юридического лица с правом заключения договоров, приобретения движимого и недвижимого имущества и распоряжения им, возбуждения дел в суде и участия в судебных разбирательствах, открытия и ведения банковских счетов в любой валюте, перевода своих денежных средств в пределах Республики Беларусь или из Республики Беларусь в иностранное государство и наоборот.

Имущество Экономического Суда пользуется иммунитетом от обыска, наложения ареста или форм судебного вмешательства, за исключением случаев, когда к Экономическому Суду или его должностному лицу предъявлен иск о возмещении ущерба в связи с дорожно-транспортным происшествием, если этот ущерб не возмещается за счет страховой выплаты, или к Экономическому Суду или его должностному лицу предъявлен гражданский иск о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина.

Таким образом, гражданско-правовая правосубъектность международных организаций определяется специальными договорами или договорами об условиях пребывания международной организации, а также ее представительств на территории государства. Общей закономерностью является предоставление международным организациям права юридического лица и иммунитетов от предъявления гражданских исков, за исключением исков в связи с дорожно-транспортными происшествиями и исков о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью лица.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 84–110.
2. Барышев, В.А. Законодательство Республики Беларусь по вопросу иммунитета государства в гражданско-правовых отношениях / В.А. Барышев // Право.by. – 2010. – № 2. – С.101–107.
3. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 174–190.
4. Богуславский, М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования / М.М. Богуславский // Международное частное право: современная практика / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. – М.: Юристъ, 2000. – № 4. – С. 213–238.
5. Жуков, В.А. Юрисдикционные иммунитеты иностранных государств – вызов времени / В.А. Жуков // Юридический мир. – 2001. – № 1.
6. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 295–307.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 676–683.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 244–246.
9. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие для учебных заведений по юрид. специальностям / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 106–114.
10. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 364–393.
11. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 221–243.
12. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 172–192.
13. Нешатаева, Т.Н. О судебных иммунитетах / Т.Н. Нешатаева // Вестник ВАС РФ. – 1999. – № 9.
14. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 95–110.
15. Фисенко, В.Н. Международное частное право: общая часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1993. – Кн. 1. – С. 43–60.
16. Хлестова, И.О. Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства (законодательство и практика) / И.О. Хлестова. – М., 2002.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ

ГЛАВА 7 ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Собственность сама по себе не имеет ничего абсолютного. Это – ни священное благо, которое надо защищать любой ценой и во всех ее проявлениях, ни зло, которое должно обличать и уничтожать.

Собственность – это относительный и безусловный принцип, который должен подчиняться принципу абсолютному – принципу нравственной личности.

Вл. Соловьев

§ 1. Общие вопросы права собственности

1. 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; и в виде юридического факта, в результате которого возникло, получило закрепление или прекратилось право собственности.

Отношения собственности являются главными в наследственных отношениях и интеллектуальной собственности, образуют важную составляющую в брачно-семейных, а также договорных 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 по отношению 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 на 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 разделение вещей на движимые (*res mobiles*) и недвижимые (*res immobiles*).

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 согласно 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 волеизъявление самого собственника. 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 место занимает коллизонная проблема: право какого государства должно быть применимо в том или ином случае. Господствующей привязкой в праве большинства государств в сфере имущественных отношений является закон места нахождения вещи – *lex rei sitae*. Названная коллизонная привязка берет свое начало из теории статутов, предложившей для каждой категории гражданских правоотношений наиболее соответствующий коллизонный 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.

3. Отношения по предмету собственности могут складываться только в обществе и всегда имеют общественный характер, оказывая влияние на социальный статус личности, но, конечно же, не определяют социальные и нравственные качества индивида. Наличие собственности дает индивиду определенную независимость от государства и других членов социума, особенно если собственность является его средством производства или постоянным источником дохода. Право собственности закреплено во Всеобщей декларации прав человека, где говорится, что каждый имеет право 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 нуждается в юридической защите от посягательств со стороны лиц, не являющихся собственниками. Массовое нарушение прав собственности, вызываемое революциями, приводит 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 в советский период. Были сложности и при переходе от социалистического способа ведения хозяйства к рыночной экономике. Сущность перехода заключалась в полномасштабном восстановлении института частной собственности, как в производственной, так и в общественной жизни. Развитие рыночной экономики в Республике Беларусь привело к появлению иностранных инвесторов, вкладывающих капиталы в разные сферы экономики нашей страны. Постоянно увеличивается и количество иностранных граждан, проживающих в Беларуси. Для гарантии произошедших позитивных перемен права собственности иностранных инвесторов, а также иностранных физических лиц должны получить надежную юридическую защиту, что является важнейшей задачей международного частного права.

§ 2. Коллизионное законодательство Республики Беларусь о праве собственности и иных вещных правах

1. Вопрос о праве собственности с наличием иностранного элемента регулируется в специальном 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 законодатель, очевидно, понимает содержание и осуществление этого права. Данная коллизионная норма является диспозитивной. Закрепленный в п. 1 ст. 1119 принцип применения к содержанию и осуществлению права собственности закона места нахождения вещи является преобладающим в праве большинства иностранных государств. Например, таким же образом регулируется право собственности в законах о международном частном праве Польши, Венгрии, Швейцарии.

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».

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.

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.

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 определяется по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, 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 диспозитивной, 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 коллизионном 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) добросовестное приобретение; 2) открытое владение; 3) непрерывное владение 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. Если стороны при определении условий поставки используют правила Инкотермс, то этот вопрос разрешается, поскольку каждый термин регламентирует права и обязанности сторон и соответственно определяет переход страховых рисков, что и будет моментом перехода права собственности.

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».

Приведенная статья была заимствована из части третьей Модели ГК для стран СНГ, где имеется дословно совпадающая с ней ст. 1223. 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 применение права страны суда при защите права собственности.

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

– 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 для 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.

§ 3. Право собственности и иные вещные права иностранных юридических и физических лиц в Республике Беларусь

1. Как уже было установлено, иностранные юридические и физические лица, а также лица без гражданства на территории Республики Беларусь пользуются национальным режимом, который распространяется и в отношении их прав собственности. Указанные лица могут приобретать и иметь в собственности имущество, осуществляя в отношении его право владения, пользования и распоряжения на равных условиях с белорусскими гражданами и юридическими лицами за исключением ограничений, установленных законодательством. Иностранные граждане и юридические лица могут иметь в собственности и производственные объекты, объекты социально-культурного назначения. При этом размер собственности иностранных юридических и физических лиц не имеет ограничений.

В ст. 6 Жилищного кодекса Республики Беларусь иностранные граждане и лица без гражданства признаются субъектами жилищных отношений. Национальный режим в области жилищных отношений предоставляется иностранным гражданам и лицам без гражданства,

постоянно проживающим на территории Республики Беларусь, если иное не предусмотрено законами и международными договорами Республики Беларусь. Иностранцы граждане и лица без гражданства могут быть владельцами жилых помещений, количество и размер которых не ограничены.

2. Как и в большинстве стран, в Республике Беларусь основные ограничения для иностранцев касаются права собственности на землю. Кодекс Республики Беларусь о земле от 4 января 1999 г. не предоставлял права частной собственности и права пожизненного наследуемого владения иностранным гражданам и лицам без гражданства. Для таких категорий лиц допускалось лишь постоянное или временное пользование землей, а также ее аренда.

Данный вопрос был рассмотрен Конституционным Судом Республики Беларусь в связи с рядом обращений в Суд российских граждан¹. В принятом решении Конституционный Суд отметил, что иностранные граждане и лица без гражданства независимо от места их проживания не вправе не только приобретать в собственность, но и наследовать земельные участки, расположенные на территории Республики Беларусь. Вместе с тем, Конституционный Суд отметил, что между Республикой Беларусь и Российской Федерацией 25 декабря 1998 г. заключен Договор о равных правах граждан, ратифицированный Законом Республики Беларусь от 17 февраля 1999 года. В указанном Договоре в ст. 3 установлены равные гражданские права и свободы для граждан Беларуси и России. В то же время Земельный кодекс Российской Федерации 2001 г. дает право иностранным гражданам приобретать в собственность и наследовать земельные участки на территории Российской Федерации (ст. 15, 25, 28), в результате чего граждане Республики Беларусь пользовались этим правом. Ситуация, когда граждане Беларуси могут приобретать и наследовать земельные участки в России, а российские граждане в Беларуси лишены таких прав, приводит к неравенству прав российских граждан в Беларуси. Договор 1998 г. предусматривал, что стороны приведут действующее законодательство в соответствие с Договором на протяжении 1999 г. (ст. 9). В решении по этому вопросу Конституционный Суд Республики Беларусь пришел к мнению о возможности предоставления гражданам Российской Федерации права наследовать земельные участки в собственность при получении в наследство жилых домов в Республике Беларусь, если наследодателями являются их родственники.

Решение Конституционного Суда Республики Беларусь было реализовано в результате принятия Закона Республики Беларусь от 6 ноября 2008 г. № 447-З «О внесении дополнений и изменений в Кодекс

¹ О правовом регулировании наследования земельных участков гражданами Российской Федерации: Решение Конституционного Суда Республики Беларусь от 09.01.2006 г. № П-176/2006 // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. – 2006. – № 1.

Республики Беларусь о земле»¹, в котором были установлены следующие права землепользования для иностранцев и лиц без гражданства:

– «Земельные участки могут находиться в частной собственности иностранных граждан, лиц без гражданства, являющихся родственниками наследодателя, в случае получения ими по наследству земельных участков, предоставленных наследодателю в частную собственность, если иное не установлено законодательными актами» (ч. 4 ст. 12);

– «Земельные участки могут предоставляться в пожизненное наследуемое владение иностранным гражданам и лицам без гражданства, являющимся родственниками наследодателя, для обслуживания переданных по наследству жилого дома, зарегистрированной организацией по государственной регистрации квартиры в блокированном жилом доме, дачи, садового домика, расположенных на земельных участках, предоставленных наследодателю в пожизненное наследуемое владение» (ч. 3 ст. 14).

Следует отметить, что в полной мере положения договора «О равных правах граждан» 1998 г., заключенного между Республикой Беларусь и Российской Федерацией, не были реализованы поскольку: во-первых, российские граждане не могут приобретать в собственность или пожизненное наследуемое владение земельные участки при покупке домов в Республике Беларусь; во-вторых, участки в собственность и пожизненное наследуемое владение передаются российским гражданам только если они являются родственниками белорусского наследодателя, а при отсутствии родственных связей они этим правом воспользоваться не могут.

Иностранные юридические лица и их представительства, международные организации, дипломатические и консульские представительства могут быть арендаторами земельных участков по договору аренды на срок не свыше 99 лет. Аренда земельных участков для сельскохозяйственного пользования не может быть менее десяти лет.

3. На инвестиционный климат государства оказывает значительное влияние передача собственности на земельные участки при приватизации объектов государственной собственности и осуществлении инвестиционных проектов. Этот вопрос в Республике Беларусь регулируется Положением о порядке передачи земельных участков в собственность юридических лиц (их собственников), утвержденным Указом Президента Республики Беларусь 22 февраля 2000 г. № 81 (в ред. Указа от 01.08.2011 г.). Положение предусматривает передачу в собственность земельных участков предприятиям с иностранными инвестициями. Решение о передаче земли в собственность юридическим лицам принимает Президент Республики Беларусь по представлению Совета Министров. Плата за земельный участок, передаваемый

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008. – № 275. – 2/1544.

в собственность юридического лица с иностранными инвестициями, производится в иностранной валюте не позднее месячного срока со дня вступления в силу решения Президента Республики Беларусь о передаче земельного участка в собственность. Право собственности на земельный участок у юридического лица возникает с момента получения государственного акта на земельный участок.

§ 4. Законодательство Республики Беларусь об иностранных инвестициях

1. Инвестирование капиталов в экономику зарубежных стран началось еще в конце XIX столетия. Развитие капитализма в Российской империи в конце XIX – начале XX в. происходило в основном за счет иностранных капиталов. Деятельность иностранных компаний в то время не подвергалась особому регулированию. С введением новой экономической политики в СССР в 1920-х годах вновь началось привлечение иностранных капиталов, в основном в форме заключения концессионных договоров. С отказом от нэпа в начале 1930-х годов были аннулированы и концессионные договоры. Прекращение существования СССР, переход к рыночной экономике вновь возродили политику привлечения иностранных инвестиций. В начале 1990-х годов иностранные инвестиции рассматривались в качестве главного источника рыночного преобразования экономики стран СНГ. Этим объясняется развитие специального законодательства по регулированию иностранных инвестиций, которое преследовало главную цель – привлечение иностранных инвесторов в страну. Необходимо заметить, что страны с развитой экономикой допускают иностранных инвесторов к экономической деятельности на общих началах конкуренции, ограничивая лишь их присутствие в отдельных территориях и отраслях.

2. В Республике Беларусь инвестиционное законодательство возникло в начале 90-х годов прошлого столетия в результате принятия Закона от 29 мая 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в Республике Беларусь»¹, Закона от 14 ноября 1991 г. «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь»², постановления Совета Министров Республики Беларусь от 29 мая 1992 № 324 «Об инвестиционной деятельности белорусских субъектов хозяйствования за границей».

С 10 октября 2001 г. действует Инвестиционный кодекс Республики Беларусь в редакции законов от 5 августа 2004 г. № 313-З, от 1 ноября 2004 г. № 325-З, от 18 июля 2006 г. № 159-З, от 9 ноября 2009 г. № 55-З.

В Кодексе дано следующее определение инвестиций: «Под инвестициями понимается любое имущество, включая денежные средст-

¹ Ведымастці Вярхоўнага Савета Беларускай ССР. – 1991. – № 22. – Ст. 300.

² Там же. – № 35. – Ст. 625.

ва, ценные бумаги, оборудование и результаты интеллектуальной деятельности, принадлежащие инвестору на праве собственности или ином вещном праве, и имущественные права, вкладываемые инвестором в объекты инвестиционной деятельности в целях получения прибыли (дохода) и (или) достижения иного значимого результата».

Инвесторы делятся на две категории: национальных либо иностранных. Иностранцами инвесторами признаются:

- иностранные государства и их административно-территориальные единицы в лице уполномоченных органов;
- международные организации;
- иностранные юридические лица;
- иностранные организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств;
- иностранные граждане;
- физические лица (граждане Республики Беларусь и лица без гражданства), постоянно проживающие за пределами Республики Беларусь.

Объектами инвестиций в Республике Беларусь могут быть:

- недвижимое имущество, в том числе предприятие как имущественный комплекс;
- ценные бумаги;
- интеллектуальная собственность.

Иностранные инвесторы вправе осуществлять на территории Республики Беларусь инвестиционную деятельность в любых формах, определенных в Инвестиционном кодексе. Это может быть:

- 1) создание юридического лица;
- 2) приобретение имущества или имущественных прав, а именно:
 - доли в уставном фонде юридического лица, включая случаи увеличения уставного фонда юридического лица;
 - ценных бумаг;
 - прав на объекты интеллектуальной собственности;
 - оборудования;
 - других основных средств.

Правовой режим иностранных инвестиций на территории Республики Беларусь, условия деятельности иностранных инвесторов не могут быть менее благоприятными, чем соответствующий режим для имущества и имущественных прав, а также условия для инвестиционной деятельности юридических и физических лиц Республики Беларусь, кроме случаев, определенных Инвестиционным кодексом. Следует отметить, что Закон Республики Беларусь от 18 июля 2006 г., который внес изменения в Инвестиционный кодекс, отменил норму о недопустимости в отношении иностранных инвесторов ухудшения условий деятельности в течение пяти лет (так называемая «дедушкина оговорка»). Еще ранее Законом Республики Беларусь от 5 августа 2004 г. были отме-

нены налоговые льготы в отношении коммерческих иностранных организаций и коммерческих организаций с иностранными инвестициями.

3. Существенные изменения в правовое положение иностранных инвесторов внесли декреты Президента Республики Беларусь. Декрет Президента Республики Беларусь от 16 января 2009 года № 1 «О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования» ввел заявительный принцип государственной регистрации субъектов хозяйствования. Декретом также были утверждены Положение о государственной регистрации субъектов хозяйствования и Положение о ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования.

В соответствии с Декретом процедура регистрации КОИИ упрощена до предела и предусматривает представление в регистрирующий орган следующих документов:

- заявления о государственной регистрации;
- устава или учредительного договора для коммерческой организации, действующей только на основании учредительного договора, в двух экземплярах без нотариального засвидетельствования;
- легализованной выписки из торгового регистра страны учреждения или иного эквивалентного доказательства юридического статуса организации;
- копии документа, удостоверяющего личность, с переводом на белорусский или русский язык – для иностранных физических лиц;
- оригинала либо копии платежного документа, подтверждающего уплату государственной пошлины.

Срок регистрации субъектов хозяйствования установлен в пять дней, что является одним из самых коротких сроков регистрации предприятий в мире.

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 года № 7) внес следующие изменения в инвестиционное законодательство:

Во-первых, существенно изменен порядок заключения инвестиционных договоров между инвестором и Республикой Беларусь. В Декрете приведен перечень органов, которым предоставлено право заключать инвестиционные договоры от имени Республики Беларусь. Наряду с республиканскими органами государственного управления, государственными организациями, подчиненными Правительству Республики Беларусь, Управлению делами Президента Республики Беларусь право заключения инвестиционных договоров получили областные и Минский городской исполнительные комитеты, если такие договоры не предусматривают предоставление инвестору или органи-

зации, созданной в Республике Беларусь с участием этого инвестора дополнительных льгот и преференций, кроме уже установленных в законодательстве Республики Беларусь.

Во-вторых, при заключении инвестиционного договора, не предусматривающего дополнительных льгот и преференций по сравнению с уже действующими, не требуется бизнес-план инвестиционного проекта и проведение государственной комплексной экспертизы этого проекта.

В-третьих, в Декрете содержатся следующие дополнительные обязательные требования, предъявляемые к содержанию договора:

- возмещение ущерба причиненного инвестору в результате незаконных действий (бездействий) должностных лиц государственных органов и (или) исполнительных комитетов, а также право на односторонний отказ Республики Беларусь от выполнения своих обязательств согласно инвестиционному договору при несоблюдении или ненадлежащем соблюдении инвестором его обязательств;

- требования о конфиденциальности информации относительно заключенного инвестиционного договора;

- в качестве рассматривающего спор органа может быть определен суд иностранного государства, арбитражный (третейский) суд, созданный на территории иностранного государства, если инвестором является физическое или юридическое лицо иностранного государства и международным договором, заключенным Республикой Беларусь, такой суд определяется как компетентный орган по рассмотрению спора.

В-четвертых, с целью ускорения реализации инвестиционных проектов Декрет предусматривает:

- право на строительство инвестиционных объектов параллельно с разработкой, экспертизой и утверждением в установленном порядке необходимой проектно-сметной документации на каждый из этапов строительства с одновременным проектированием последующих этапов строительства. Возможность применения проектной документации, разработанной в соответствии с зарубежными нормами проектирования и стандартами в области строительства;

- предоставление в аренду земельного участка требуемого размера без проведения аукциона на право заключения договора аренды в намеченном месте строительства, с оформлением необходимых документов по отводу земельного участка одновременно с выполнением работ по строительству;

- в ходе строительства предоставляется право удаления объектов растительного мира без компенсационных выплат.

- В-пятых, инвесторам установлены следующие льготы и преференции:

- вычет в полном объеме сумм налога на добавленную стоимость (за исключением не подлежащих вычету в соответствии с зако-

нодательством), уплаченных при приобретении (ввозе на территорию Республики Беларусь) товаров, имущественных прав, использованных для проектирования, строительства (реконструкции), оснащению объектов, предусмотренных инвестиционным проектом;

- освобождение от внесения платы за право заключенного договора земельного участка;

- не требуется возмещение потери сельскохозяйственного и лесохозяйственного производства, вызванные изъятием земельного участка;

- не производятся отчисления в инвестиционные фонды на срок действия инвестиционного договора;

- не уплачиваются ввозные таможенные пошлины и налог на добавленную стоимость, взимаемые таможенными органами при ввозе на территорию Республики Беларусь технологического оборудования, включая комплектующие и запасные части к нему, для использования его на территории Республики Беларусь в рамках реализации инвестиционного проекта;

- не взимается государственная пошлина за выдачу разрешений на привлечение в Республику Беларусь рабочей силы, специальных разрешений на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь;

- не уплачивается налог на добавленную стоимость и налог на прибыль, обязанность по уплате которых возникает в связи с безвозмездной передачей капитальных строений, изолированных помещений, объектов незавершенного капитального строительства и иных объектов основных средств, передаваемых для реализации инвестиционных проектов.

Одновременно с Декретом № 10 был принят 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 дал право Совету Министров Республики Беларусь предоставлять физическим или юридическим лицам полномочия на представление интересов Республики Беларусь по вопросам привлечения инвестиций в Республику Беларусь. Указанные лица получили статус инвестиционных агентов. С ними должен заключаться на безвозмездной основе договор о представлении интересов Республики Беларусь по вопросам привлечения инвестиций в страну. В обязанности инвестиционных агентов входит:

- привлечение инвесторов в Республику Беларусь;

- сопровождение инвестиционных проектов, включая предоставление инвесторов консалтинговых, юридических и маркетинговых услуг, а также услуг по разработке необходимых документов.

Успешному ведению государственной инвестиционной политики должен способствовать новый орган, создание которого предусмотрено Указом Президента Республики Беларусь от 25 мая 2010 г. № 273 «О создании государственного учреждения «Национальное агентство инвестиций и приватизации».

В качестве основных задач Агентства определены:

– реализация государственной политики в сфере инвестиций и приватизации;

– осуществление мониторинга реализации инвестиционных проектов и приватизации государственного имущества, выработка предложений по совершенствованию данной работы и внесение их на рассмотрение Правительства и иных государственных органов;

– разработка и реализация мероприятий по формированию инвестиционного имиджа Республики Беларусь;

– создание и внедрение единой информационной базы по вопросам инвестиционной деятельности, включая единый реестр инвестиционных проектов для привлечения иностранных инвестиций;

– организация взаимодействия республиканских органов государственного управления, местных исполнительных и распорядительных органов и инвесторов по вопросам привлечения инвестиций.

Декретом Президента Республики Беларусь от 7 мая 2012 г. № 6 «О стимулировании предпринимательской деятельности на территории средних, малых городских поселений, сельской местности» для коммерческих организаций Республики Беларусь, индивидуальных предпринимателей, зарегистрированных в Республике Беларусь с местом нахождения (жительства) на территории средних, малых городских поселений, сельской местности, занимающихся производством товаров (выполнением работ, оказанием услуг), в течение семи календарных лет со дня их государственной регистрации установлен ряд налоговых и иных льгот. В частности, они освобождены от:

1) уплаты налога на прибыль (коммерческие организации) и подоходного налога с физических лиц (индивидуальные предприниматели);

2) уплаты государственной пошлины за выдачу специального разрешения (лицензии) на осуществление отдельных видов деятельности;

3) уплаты иных налогов и сборов (за исключением налога на добавленную стоимость, акцизов, гербового и оффшорного сборов, государственной пошлины, патентной пошлины, таможенных пошлин и сборов, земельного и экономического налогов, налога за добычу полезных ресурсов), отчислений в инновационные фонды;

4) обязательной продажи иностранной валюты.

Фактически Декретом № 6 создается обширная особая экономическая зона, привлекательная для всех инвесторов, включая иностран-

ных. Цель Декрета – перенаправить инвестиционные потоки в средние и малые города, сельскую местность, поскольку до выхода Декрета № 6 основные иностранные инвестиции поступали в г. Минск и областные центры. В Декрете № 6 отдельно не указаны предприятия с иностранными инвестициями, но поскольку они являются юридическими лицами Республики Беларусь, на них также распространяются льготы, предусмотренные Декретом.

§ 5. 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 г. «О свободных экономических зонах», Указом Президента Республики Беларусь от 9 июня 2005 г. № 262 «О некоторых вопросах деятельности свободных экономических зон на территории Республики Беларусь» 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 после 1 апреля 2008 г., должен составлять сумму, эквивалентную не менее 1 млн евро.

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 кандидатов на допуск к работе в СЭЗ – это прогрессивность используемых технологий и производство 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 СЭЗ предоставлены следующие льготы:

- налог на прибыль начисляется по ставке, уменьшенной на 50%, от ставки установленной законодательством (п.п. 1 п. 1);

- прибыль от реализации товаров (работ, услуг) собственного производства, освобождение от налогообложения в течение пяти лет с даты объявления ими прибыли (п. 3);

- установлены пониженные ставки налога на добавленную стоимость (п. 5). Имеются также и другие льготы.

В настоящее время в СЭЗах Беларуси занято 1,7% всей численности работающих в республике, ими производится 5,2% 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.

При создании Таможенного союза Беларуси, России и Казахстана на правительства трех государств договорились сохранить действующий преференциальный режим для СЭЗ до 2017 года. Пользоваться преимуществами ведения дела в СЭЗ могут все резиденты, которые зарегистрировали свой бизнес в СЭЗ до начала 2012 года.

2. Декретом Президента Республики Беларусь от 22 сентября 2005 г. № 12 «О парке высоких технологий»¹ 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%.

На 1 января 2012 г. ПВТ зарегистрированы и действуют 106 резидентов, 52 из которых созданы белорусскими инвесторами, 31 – со 100% иностранного капитала, 54 – совместные компании с белорусским и иностранным капиталом.

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2005. – № 154. – 1/6811.

Объем экспорта программного обеспечения в 2011 г. составил 1215 млн долларов США, что в общем объеме деятельности – 87%.

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

В соответствии со ст. 1 Соглашения белорусская и китайская Стороны поддерживают совместное создание на территории Смоленского района создание Парка.

В качестве принципов создания Парка определены: направляющая роль правительства; основной субъект-предприятие; рыночное функционирование; научное планирование; поэтапная 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 взяла обязательства: наделять 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 Белорусско-Китайского индустриального парка будет использована 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; компании по развитию Парка.

Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством КНР было ратифицировано Законом Республики Беларусь от 7 января 2012 г. № 348-З.

В целях практической реализации Соглашения о создании Китайско-Белорусского индустриального Парка, 5 июня 2012 г. Президентом Республики Беларусь был издан Указ № 253 «О Китайско-Белорусском индустриальном парке».

Указ предусматривает создание особой экономической зоны – Китайско-Белорусского индустриального парка в границах общей площадью 8048 га со специальным правовым режимом особой экономической зоны, для которой установлен особый порядок налогового регулирования сроком на 50 лет (п. 1). Согласно Указу высшим органом управления Китайско-Белорусского индустриального парка является межправительственный координационный совет, а непосредственное управление деятельностью Парка осуществляет администрация, являющаяся государственным учреждением, подчиненным Совету Министров Республики Беларусь.

Указ предусматривает, что для обеспечения развития Парка создается совместная белорусско-китайская компания, где доля белорусской стороны составляет 40% в уставном фонде, а китайской – 60% (п.п. 2.4).

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 г., а резиденты Парка со дня их регистрации в качестве резидентов и в течение следующих 10 календарных лет освобождены от: 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, зе-

мельный налог, налог на недвижимость по ставкам, уменьшенным на 50% (ч. 1 п. 4).

В Указе Президента Республики Беларусь от 5 июня 2012 г. № 253 предусмотрены и ряд иных льгот и преференций для совместной компании и резидентов Китайско-Белорусского индустриального парка.

Очевидно, что создание Китайско-Белорусского индустриально-го парка станет крупнейшим совместным инвестиционным проектом двух государств и послужит мощным стимулом в развитии инвестиционного сотрудничества Китая и Беларуси.

§ 6. Международные договоры об иностранных инвестициях

1. Регулирование иностранных инвестиций осуществляется и на межгосударственном уровне. Республика Беларусь заключила договоры о содействии и взаимной защите (охране) инвестиций с рядом государств: Великобританией (1994 г.), Китаем (1994 г.), Вьетнамом (1994 г.), Финляндией (1994 г.), Болгарией (1996 г.), Италией (1996 г.), Нидерландами (1996 г.), Украиной (1996 г.), Турцией (1996 г.), Румынией (1996 г.), Швецией (1996 г.), Францией (1996 г.) и другими государствами. В договорах стороны берут обязательства по содействию инвестициям, определяют предоставляемый режим, который может быть национальным либо не менее благоприятным, чем для инвесторов третьих государств, т.е. режимом наибольшего благоприятствования. В обязательном порядке оговариваются условия национализации и экспроприации, которые допускаются в исключительных случаях при своевременной, адекватной и эффективной компенсации. Во всех договорах содержатся нормы о порядке урегулирования споров между инвестором и принимающей стороной. В большинстве договоров в случае возникновения споров между инвестором и принимающей стороной предусмотрено обращение в следующие органы:

- Международный центр по урегулированию инвестиционных споров;
- арбитражный суд *ad hoc*, создаваемый в соответствии с арбитражным Регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ);
- международные коммерческие арбитражные суды;
- компетентный суд страны спора.

Споры между сторонами договоров должны разрешаться по дипломатическим каналам либо специально созданным арбитражным судом из трех членов.

Сроки действия договоров о содействии и взаимной защите инвестиций – от пяти до двадцати лет с возможностью их продления в отношении вложенных инвестиций еще на десять лет.

2. В рамках Содружества Независимых Государств 24 декабря 1993 г. в Ашгабате было заключено Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности, которое подписали все государства-участники.

Сфера действия Соглашения распространяется не только на хозяйствующих субъектов государств-участников, но и субъектов государств, не являющихся участниками Соглашения и международных организаций с целью обеспечения защиты интересов сторон в этой области. В роли инвесторов Стороны в других государствах могут выступать: юридические и физические лица, а также государства-участники Соглашения и их государственные и административно-территориальные образования в лице уполномоченных ими юридических и физических лиц в соответствии с законодательством Сторон. В качестве инвестиций определены все виды имущественных, финансовых, интеллектуальных ценностей, вкладываемых инвесторами в объекты предпринимательской и других видов деятельности. Отношения, связанные с инвестициями, регулируются национальным законодательством государства по месту инвестирования, названным Соглашением и другими соглашениями между участниками, а также международными соглашениями, в которых участвуют Стороны. Соглашение установило «стабилизационную оговорку» на случай ухудшения условий деятельности ранее созданных предприятий на территории государства-участника в результате изменения законодательства. В таком случае в течение 5 лет применяются нормы, действовавшие на момент регистрации предприятия.

В развитии Соглашения о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности в рамках СНГ 28 марта 1997 г. была принята Конвенция о защите прав инвестора, участниками которой являются Беларусь, Казахстан, Армения, Таджикистан, Кыргызстан.

В целом конвенция повторяет основные положения Соглашения 1993 года, но имеются и некоторые отличия. Иначе регулируется в Конвенции подход в отношении гарантий от изменений законодательства: пятилетняя стабилизационная оговорка, установленная в Соглашении 1993 г. в отношении всех инвестиций, не действует при изменении законодательства, касающегося обороны, национальной безопасности, охраны общественного порядка, природной среды, нравственности и здоровья населения, налогообложения.

Вопрос о нарушении законодательства, касающегося инвестиций, заинтересованной стороной может быть внесен на рассмотрение Экономического суда Содружества Независимых Государств или иных международных судов или международных арбитражных судов.

Государства могут установить перечень изъятий, с указанием отрасли, отдельных предприятий и организаций, которые не подлежат приватизации, акционированию или иным формам разгосударствле-

ния собственности. В то же время может быть предусмотрен перечень приоритетов путем установления отраслей, предприятий, организаций, видов деятельности и регионов, для которых вводятся льготные условия привлечения инвестиций.

Конвенция предоставляет инвестициям безусловную правовую защиту от национализации и реквизиции, кроме исключительных случаев, к которым отнесены стихийные бедствия, аварии, эпидемии, эпизоотии и иные обстоятельства чрезвычайного характера.

Приобретение инвестором акций, ценных бумаг, вещных прав на землю и иные природные ресурсы осуществляется в соответствии с законодательством страны-резидента.

Многосторонним договором по вопросам инвестиций является Соглашение о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах-членах Евразийского экономического сообщества от 12 декабря 2008 года.

В соответствии с Соглашением каждая Сторона обязуется создать благоприятные условия для осуществления инвестиций инвесторами других Договаривающихся государств. Режим инвестиций должен быть не менее благоприятный, чем для национальных инвесторов или инвесторов любого другого государства, в том числе не являющихся участниками Соглашения. Он должен предоставляться по выбору инвестора в зависимости от того, какой из указанных режимов, по его мнению, является наиболее благоприятным. Однако каждая Сторона в соответствии с законодательством своего государства оставляет за собой право ограничивать деятельность иностранных инвесторов, а также применять и вводить иные изъятия из национального режима.

В соответствии с п. 5 ст. 4 Сторона Соглашения вправе не предоставлять инвестициям других государств режим более благоприятный, чем тот, который она предоставляет в соответствии с обязательствами, принятыми по Соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г., а также в соответствии с любой многосторонней договоренностью, которая может быть достигнута с участием Сторон и которая будет касаться режима инвестиций. В настоящее время из государств-участников Соглашения в состав ВТО входят Россия и Кыргызстан.

Разрешение споров между Стороной Соглашения и инвестором производится по возможности путем переговоров (п. 1 ст. 9). Если спор в течение шести месяцев не может быть разрешен путем переговоров, то он может быть передан по выбору инвестора на рассмотрение:

- а) компетентного суда государства-реципиента;
- б) международного компетентного арбитража при торговой палате любого государства, избранного сторонами спора;
- в) специально созданного в соответствии с арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ арбитражного суда «ad hoc»;

г) Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (п. 2 ст. 9).

Споры между государствами-участниками также разрешаются, по возможности, путем переговоров и консультаций. Если подобным образом не удастся урегулировать спор в течение шести месяцев, любая из Сторон может обратиться в Суд Евразийского экономического сообщества (п. 2 ст. 10), который начал действовать с 1 января 2012 г.

3. Для урегулирования споров по вопросам инвестиций особое значение имеет Вашингтонская конвенция «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами» от 18 марта 1965 г.

В преамбуле Конвенции указано:

существует потребность в международном сотрудничестве для экономического развития и важное значение в этом принадлежит прямым иностранным инвестициям;

возможно возникновение споров в связи с прямыми иностранными инвестициями между Договаривающимися государствами и лицами других Договаривающихся государств, выступающими в качестве инвесторов, как правило, будут подчинены национальной процедуре разрешения, но в определенных случаях могли бы быть применимы международно-правовые средства;

среди доступных международных средств особое значение придается примирению и арбитражу под эгидой Международного банка реконструкции и развития, к которым стороны при желании могли бы прибегнуть;

взаимное согласие сторон подчинить такие споры процедуре примирения или арбитража достигается соглашением, обязывающим стороны в дальнейшем принять рекомендации, данные посредниками, или решения, вынесенные арбитрами;

ни одно Договаривающееся государство, ставшее участником Конвенции, без его согласия не будет обязано подчинить какой-либо конкретный спор с иностранным инвестором примирительной процедуре или арбитражу.

Для разрешения споров учреждается 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 обладающие необходимой квалификацией и выразившие желание исполнять возла-

гаемые 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 сторон. Итогом работы комиссии является доклад с записью о результате работы.

При избрании арбитражной процедуры создается арбитраж в составе одного или нечетного количества арбитров, по соглашению сторон. Арбитраж сам 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.

Республика Беларусь присоединилась к Вашингтонской конвенции в соответствии с постановлением Верховного Совета Республики Беларусь от 24.04.1992 г. № 1649-XII. В ряде двусторонних договоров о поощрении и взаимной защите инвестиций, заключенных Республикой Беларусь, предусмотрено обращение в Международный Центр по урегулированию инвестиционных споров в случае их возникновения.

4. Задачу снижения риска некоммерческого характера при вложении инвестиций в других государствах выполняет Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (МАГИ), учрежденное в 1988 г. на основе Сеульской конвенции 1985 г. 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, МАГИ вместе с вышеперечисленными международными финансовыми организациями составляют группу Всемирного банка. По характеру деятельности МАГИ – 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 покрываемым рискам Сеульская конвенция относит:

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

2) экспроприацию или аналогичные меры, 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 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.

К инвестициям, подпадающим под гарантии в Конвенции, отнесены:

1) инвестиции в акционерной форме, включая среднесрочные и долгосрочные займы, предоставленные владельцами акций заинтересованному предприятию или гарантированные ими, а также формы прямых инвестиций, которые могут быть определены Советом директоров;

2) займы, если они были произведены для финансирования или иным образом относятся к особым инвестициям или проекту;

3) любые другие среднесрочные или долгосрочные инвестиции, которым квалифицированным большинством Совета директоров предоставлены гарантии (ст. 12).

К подпадающим под условия гарантии Агентства инвесторам относится любое физическое или юридическое лицо, отвечающее следующим требованиям:

1) физическое лицо является гражданином страны-члена, не являющейся принимающей инвестиции страны;

2) юридическое лицо сформировано и его основные учреждения расположены на территории страны-члена или большая часть его капитала принадлежит стране-члену, не являющемуся принимающей страной;

3) юридическое лицо, независимо от того, находится ли оно в частном владении или нет, действует на коммерческой основе.

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 договорах 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. Условия такой ценой обязательно предусматриваются в договоре о гарантии и признаются всеми государствами-членами Конвенции.

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

МАГИ занимается не только гарантированием инвестиций, но и консультирует правительственные органы развивающихся стран относительно политики и программ инвестирования, проводит исследования, осуществляет деятельность по содействию капиталовложениям путем распространения информации о возможностях инвестирования в развивающиеся страны.

Беларусь входит в МАГИ с 1992 г., но за весь период членства была застрахована только одна сделка в 2005 г.

В настоящее время Республика Беларусь предпринимает усилия по налаживанию активного сотрудничества с МАГИ.

15 июля 2011 г. 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 г., они предусматривают расширение возможностей МАГИ 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 МАГИ позволит Республике Беларусь обеспечить выполнение своих обязательств в соответствии с Сеульской конвенцией, а также будет способствовать при-

влечению 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.

§ 7. Проблема национализации собственности в международном частном праве

1. 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 понимается 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, проявляющаяся в изъятии собственности. В ст. 11 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь указывается, что «инвестиции не могут быть безвозмездно национализированы, реквизированы, к ним также не могут быть применены меры, равные указанным по последствиям. Национализация или реквизиция возможны лишь со своевременной и полной компенсацией стоимости национализированного или реквизированного инвестиционного имущества и других убытков, причиняемых национализацией и реквизицией».

Согласно ст. 12 Кодекса компенсация стоимости национализированного или реквизированного инвестиционного имущества должна быть равной реальной стоимости на момент, предшествовавший национализации или реквизиции либо их публичному объявлению. Эта норма должна защитить иностранного инвестора от резкого падения стоимости его имущества, которое всегда происходит в подобных ситуациях.

Международное право признает за государствами право на проведение национализации. Это право было сформулировано в ст. 2 Хартии экономических прав и обязанностей государств от 12 декабря 1974 г., 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.

2. Национализация как социально-экономическое и политическое явление получила широкое распространение в XX столетии. Пример продемонстрировала 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 следующим 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 г. продал партию фанеры английской фирме «Сегюр». Проданная фанера была национализирована Советским государством у французского акционерного общества «Лютер» в Новгороде. Бывшие соб-

ственники 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, которыми право собственности на спорные товары было изъято от истцов и перенесено на ответчиков»¹. 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 г. по иску Государственного французского банка к двум американским банкам, депонировавшим советское золото. СССР был в этом деле третьей стороной, поскольку французский банк подал иск о возврате золота, прибывшего из СССР в США в счет оплаты оборудования, поставляемого американскими компаниями на советские новостройки первых пятилеток. По утверждению французской стороны, это было золото, предоставленное в 1916 г. Францией в виде займа России для поддержания ее финансовой системы. Иск был отклонен на том основании, что правительство Советской России, проведя национализацию банков, осуществило суверенные действия, законность которых не может рассматриваться в иностранном суде в силу иммунитета суверена. Этим судебным решением было подтверждено экстерриториальное действие советских законов о национализации частной собственности, что имело важное значение для последующих решений в силу прецедентного характера американской судебной системы.

В июне 1993 г. 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 им. А.С. Пушкина. Основанием отказа было признание акта национализации коллекции С.И. Щукина актом государственной власти, в отношении которого 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 част-

¹ Сборник решений буржуазных судов по советским имущественным спорам / М.А. Плоткин, В.Г. Блюменфельд. – М.: Государственное внешнеторговое изд-во, 1932. – 110 с.

ном праве доктрина акта государства в отношении национализированной собственности получила всеобщее признание.

3. 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 вызывало сильного 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 г., заключенный между РСФСР и Германией, Советско-американское соглашение 1933 г., Соглашение между Россией и Францией об окончательном урегулировании взаимных финансовых и имущественных требований, возникших до мая 1945 г., подписанное 27 мая 1997 г.

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 облигациям, 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 гг., 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 в.

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 ак-

та государства, осуществляемого в общественных интересах и при условии полной и эффективной денежной компенсации прежним собственником стоимости национализированного имущества.

Литература:

1. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 191–226.
2. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 308–353.
3. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 115–178.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 688–691.
5. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 116–131.
6. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 416–441.
7. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск, 2007. – С. 111–124.
8. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 244–272.
9. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 193–225.
10. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1993. – Кн. 1. – С. 61–117.
11. Вознесенская, Н.Н. Иностраные инвестиции: Россия и мировой опыт / Н.Н. Вознесенская. – М., 2001.
12. Международные договоры Республики Беларусь, применяемые в хозяйственной (предпринимательской) деятельности / под общ. ред. В.С. Каменкова. – Минск, 2002.
13. Сборник международных договоров об избежании двойного налогообложения. Международные соглашения Республики Беларусь / сост. Л.Е. Астапович [и др.]. – Минск, 1997.

ГЛАВА 8

СДЕЛКИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ. ИСКОВАЯ ДАВНОСТЬ

Сущность обязательства не в том, чтобы сделать что-либо нашим, но и чтобы связать другого обязанностью что-то дать нам или сделать либо передать.

Дигесты Юстиниана

Обязательство исполняется преимущественно платежом должника.

«Институция» Гая

§ 1. Общие вопросы регулирования обязательств в международном частном праве

1. Современная глобальная экономика строится на межгосударственных договорах, которые регулируют международные экономические связи государств. Непосредственно реализуют государственную экономическую политику юридические и физические лица государств, вступая в деловые отношения со своими зарубежными партнерами. Этот круг правоотношений, получивший еще в XIX веке название международного делового оборота, относится непосредственно к сфере правового регулирования международного частного права. Значение международного коммерческого оборота между странами трудно переоценить в современном мире, поскольку он определяет успех экономического развития отдельных стран и развитие мировой экономики в целом. Одно из главных назначений международного частного права и, в данном случае, отрасли договорных обязательств – быть правовым регулятором деловых отношений юридических и физических лиц различных стран. Чтобы выполнить эту функцию, международное частное право должно предоставить в распоряжение участников международного делового оборота набор необходимых принципов и норм регулирования их отношений.

2. В договорных обязательствах действует одно из основных начал международного частного права – свобода воли сторон в договорном обязательстве (*lex voluntatis*). Как уже было установлено, эта свобода не является абсолютной и имеет определенные ограничения, устанавливаемые государством (см. гл. 3), но при всех оговорках стороны имеют право действовать на основе договорной свободы, собственной воли и в своем экономическом интересе. Свобода воли сторон – это первое, о чем должны помнить и к чему должны обращаться участники гражданско-правовых отношений, принадлежащие к разным государствам.

3. 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 в этом направлении стали Конвенция о сроках исковой давности в договорах международной купли–продажи товаров 1974 г., Конвенция о договорах международной купли–продажи товаров 1980 г., Конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г., Конвенция о международном факторинге 1988 г.

Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств-участников СНГ 1992 г. – пример региональной унификации материального права. 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 г., Конвенция о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле–продаже товаров 1958 г. (не вступила в силу), Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли–продажи товаров 1986 г. (не вступила в силу). Примерами региональных соглашений в этой сфере может быть Регламент (ЕС) о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I») от 17 июня 2008 г., заменившим Конвенцию стран ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г.

Помимо названных возможностей регулирования международного коммерческого оборота в каждом государстве существует и национальная система материальных и коллизионных норм, имеющих

специальное назначение – регулирование договорных обязательств с участием иностранных юридических и физических лиц.

§ 2. Понятие и виды внешнеэкономических сделок

1. В ГК Республики Беларусь под сделками понимаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Определение внешнеэкономической сделки в ГК Республики Беларусь отсутствует, в связи с чем ее можно определить только доктринально.

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

Внеэкономическая сделка охватывает и более узкое понятие экономического взаимодействия субъектов разных государств – внешнеторговый договор.

В Указе Президента Республики Беларусь № 178 от 27 марта 2008 г. «О порядке проведения и контроля внешнеторговых операций» дано следующее определение внешнеторгового договора: «договор между резидентом и нерезидентом, предусматривающий возмездную передачу товаров, охраняемой информации, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, выполнение работ, оказание услуг».

2. Виды внешнеэкономических сделок разнообразны, но на первом месте, безусловно, находятся договоры купли–продажи, разновидностью которых выступают договоры поставки, которые отличаются периодичностью и непрерывностью. К внешнеэкономическим сделкам также относятся следующие договоры: перевозки, подряда, аренды, страхования, займа, банковского вклада, хранения, ссуды, лизинга, факторинга, экспедиции, поручения, коммерческой концессии, залога, дарения, поручительства, лицензии и т.д.

Государство выступает не только в качестве субъекта внешнеэкономических сделок, но и главного регулятора внешнеэкономической деятельности всех 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 юридическими и физическими лицами в иностранных банках, а также порядок осуществления расчетов по внешнеэкономическим сделкам.

Государство регулирует внешнеэкономическую деятельность, в основном, с помощью экономических методов, но в Законе Республики Беларусь «Об основах регулирования внешнеторговой деятельности» от 24 ноября 2004 г. приведен замкнутый перечень методов не-

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

§ 3. Коллизионные вопросы сделок в законодательстве Республики Беларусь

1. Согласно белорусскому законодательству сделки совершаются устно или в письменной форме (простой или нотариальной) (п. 1 ст. 159 ГК). В отношении внешнеэкономической сделки предусмотрена простая письменная форма, несоблюдение которой влечет недействительность сделки (п. 3 ст. 163 ГК). Согласно п. 3 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, телеграфной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

В связи с развитием новых средств коммуникации вопрос о заключении договоров с помощью электронных средств связи приобрел особое значение. Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) разработала и предложила государствам в качестве рекомендаций для принятия соответствующих законов Типовой закон об электронной торговле (1996 г.) и Типовой закон об электронных подписях (2001 г.).

К форме гражданско-правового договора в белорусском законодательстве применимы правила, определяющие форму сделки, поскольку, как уже было установлено, договоры – это наиболее распространенный вид сделки. Форма сделки регулируется в ГК Республики Беларусь статьей 1116, состоящей из трех пунктов. В п. 1 дана генеральная привязка при определении формы сделки – это место ее совершения. В качестве субсидиарной нормы здесь же приведена норма: «Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права Республики Беларусь». Аналогичное содержание имеет и ст. 1117, где регулируется вопрос о сроке действия доверенности. Следует напомнить, что выдача доверенности относится к односторонней сделке.

Специальные коллизионные нормы, регулирующие отдельные виды сделок, содержатся в п. 2 и 3 ст. 1116. В соответствии с п. 2 внешнеэкономическая сделка, одним из участников которой является юридическое лицо или гражданин Республики Беларусь, совершается независимо от места заключения в письменной форме. Как уже отмечалось (гл. 3 § 7), данная норма относится к свехимперативным нормам в белорусском законодательстве.

Обязательность соблюдения норм о письменной форме сделки в российской доктрине обосновывалась тем обстоятельством, «что их

предписания относятся не к договорному, а к личному статусу отечественных организаций и соответственно имеют экстерриториальное действие, т.е. должны применяться и иностранными судами»¹. Следует заметить, что белорусский законодатель несколько сузил действие нормы п. 2 ст. 1116, указав только граждан и юридических лиц Республики Беларусь в качестве одной из сторон внешнеэкономической сделки. В аналогичной российской норме (п. 2 ст. 1209 ГК РФ) правило письменной формы распространяется на осуществляющих предпринимательскую деятельность физических лиц, личным законом которых является российское право. В этом случае в число таких лиц включаются также иностранные граждане, имеющие место жительства в России, лица без гражданства и беженцы.

Специальное правило п. 3 ст. 1116 регулирует форму сделок в отношении недвижимого имущества. Такие сделки заключаются в форме, определяемой правом страны, где находится имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое зарегистрировано в Республике Беларусь, применяется белорусское право.

§ 4. Принцип автономии воли сторон (*lex voluntatis*) в договорных обязательствах

1. В конце XIX в. происходила выработка единого подхода в регулировании обязательственных правоотношений. Как указывает М.И. Брун: «Мнения писателей расходятся по вопросу о главном принципе, который должен действовать в сфере обязательств из договора»². Итальянско-французская правовая школа выступала за применение закона места заключения договора (*lex loci contractus*), поскольку его легко установить сторонам, он удобен при заключении сделок на ярмарках. К. Савиньи предложил применить право места исполнения договора (*lex loci executionis*), что получило довольно широкое признание в Германии. Было предложение применять к договорным обязательствам личный статус должника (*lex personalis*), понимая под ним в первую очередь закон места его жительства (*lex domicilii*). Это решение обосновывалось тем, что в интересах должника устанавливались нормы обязательственного права: по его месту жительства чаще всего подавался иск, там же происходило исполнение договора. Еще одно мнение (Штобле, Бартон) состояло в том, что в сфере обязательственного права вообще не может быть определенного принципа³.

¹ Розенберг, М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда / М.Г. Розенберг – М., 2000. – С. 24.

² Брун, М.И. Указ. соч. – С. 927.

³ Там же.

2. Во второй половине XX столетия проблема обязательственного статута договора была в целом разрешена установлением основного коллизионного начала «автономии воли сторон». Это означает, что стороны могут избрать применимое право для регулирования своих правоотношений применительно к определенному договору. Первоначально такой подход закрепился в международных конвенциях: Кодексе Бустаманте, Конвенции о праве, применимом к международной купле–продаже товаров, 1955 г., Конвенции стран ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли–продажи товаров, 1986 г.

Последняя из названных конвенций следующим образом определяет применимое право:

«1. Договор купли–продажи регулируется правом, выбираемым сторонами. Соглашение сторон о таком выборе должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в своей совокупности. Такой выбор может ограничиваться частью договора.

2. Стороны могут в любое время договориться о подчинении договора в целом или его части какому-либо иному праву, помимо права, которым он регулировался ранее, независимо от того, что право, ранее регулировавшее договор, было выбрано сторонами. Любое изменение сторонами применимого права заключения договора не наносит ущерба формальной действительности договора».¹

Своеобразно решают задачу выбора права Киевское соглашение 1992 г., а также Минская и Кишиневская конвенции, принятые в рамках СНГ. В этих актах предусмотрено, что права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

Российский автор Г.К. Дмитриева в связи с такой формулировкой считает, что «...главный смысловой акцент лежит на второй части коллизионной привязки: «если иное не установлено соглашением сторон». Именно это правило является генеральной привязкой, имеющей приоритетное, преимущественное применение».²

Такого же мнения придерживается В.П. Звеков: «Привязка обязательства по сделке к закону места ее совершения, заимствованная из Основ 1961 г., воспринимается сегодня как устаревшая».³ В силу приоритета применения норм международного договора национальные нормы права, основанные на свободе воли сторон, будут уступать место нормам, предусмотренным международными договорами.

¹ Конвенция о праве, применимом к договору международной купли–продажи товаров от 27 сентября 1986 г. // Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – М., 2006. – С. 179.

² Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М., 2004. – С. 379.

³ Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 381.

Учитывая это, следует согласиться с мнением, что нормы международных договоров в рамках СНГ по вопросу применимого права к договорным обязательствам должны быть пересмотрены в соответствии с коллизионными нормами, принятыми в Модели ГК для стран СНГ и Конвенции о праве, применимом к договорам купли–продажи товаров, 1986 г.

3. В действующем законодательстве большинства стран также содержатся нормы о свободе выбора права в договорных обязательствах. Такое право предусмотрено в законодательстве Австрии, ФРГ, Венгрии, Польши, Турции, Швейцарии, КНР, а также законах о международном частном праве Азербайджана, Грузии, Украины и гражданских кодексах ряда других стран.

Однако при применении автономии воли сторон могут действовать три вида ограничений: пространственные, временные и ограничения, связанные с содержанием договора. Пространственные ограничения касаются ограничений в применении к договору права государств, не имеющих отношения к договору. Такие ограничения содержатся в законодательстве отдельных стран. Так, в Законе о международном частном праве Польши, принятом в 1965 г., в ст. 25 говорится: «§ 1. Стороны могут подчинить правоотношения по договорным обязательствам избранному ими закону, если этот закон взаимосвязан с обязательством».¹ Но в законодательстве большинства стран и международных договорах не содержится пространственного ограничения относительно выбора применимого права.

Временные пределы определяют время, когда стороны могут избрать применимое право. По общему правилу стороны могут избрать право в момент заключения договора или в последующем, но при этом такой выбор не должен наносить ущерба третьим лицам.

Ограничения автономии воли сторон, связанные с содержанием договорных обязательств, включают обязательность исполнения императивных норм и недопустимость обхода закона. Например, стороны не могут своим соглашением определять исковую давность, поскольку, как уже отмечалось, она определяется избранным сторонами правом.

4. В VII разделе ГК Республики Беларусь вопрос о свободе выбора применимого права регулируется ст. 1124, которая сформулирована следующим образом:

«1. Стороны договора могут при заключении или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по договору, если это не противоречит законодательству.

2. Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть явно выражено или должно вытекать из условий до-

¹ Международное частное право. Сборник нормативных актов. – С. 106.

говора и обстоятельства дела, рассматриваемых в совокупности.

3. Выбор сторонами по договору подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным с момента его заключения без ущерба для прав третьих лиц.

4. Стороны договора могут избрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей».

Как видно из содержания п. 1 ст. 1124, законодатель не локализирует договор и не ограничивает стороны в выборе применимого права. Единственная оговорка состоит в том, что этот выбор не должен противоречить законодательству. Соглашение сторон о применимом праве может быть указано в договоре либо отдельном документе. Формулировка «стороны договора могут избрать» свидетельствует, что обязанности избрания применимого права в данном случае нет.

Пункт 2 ст. 1118 дословно повторяет п. 2 ст. 1093 ГК и требует, чтобы соглашение о выборе права было явно выражено или прямо вытекало из условий договора и обстоятельств дела, рассматриваемых в их совокупности. Еще в советское время сложилась арбитражная практика, которая различала прямо выраженную волю и ее выражение молчанием. Доказательством молчаливо выраженной воли могут быть ссылки на определенные нормативные акты и отдельные нормы. Применительно к договорным обязательствам это могут быть нормы международных соглашений, нормы законодательства отдельных стран, право международных коммерческих договоров (*lex mercatoria*).

В пункте 3 говорится об обратной силе действия нормы о выборе права, совершенном после заключения договора, при котором не должно наноситься ущерба правам третьих лиц. Ущерб может возникнуть в результате уже начатого выполнения договора и последующих неблагоприятных последствий для третьих лиц как следствия произведенного выбора права.

В п. 4 ст. 1124 предусмотрена возможность избрания применимого права как для договора в целом, так и для его отдельных частей. В связи с содержанием этой нормы возникает вопрос, могут ли стороны подчинять отдельные правоотношения в договоре праву разных государств. Очевидно, что каких-либо ограничений по количеству применимых правовых систем к договору не существует, но при этом следует принимать во внимание сложность регулирования правоотношений в случае, если потребуется устанавливать содержание правовых норм нескольких государств.

5. Ограничением принципа автономии воли сторон является противоречие избранного права публичному порядку государства. Об этом ограничении следует помнить всегда, поскольку избранное сторонами иностранное право не применяется в случаях, когда его при-

менение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Республики Беларусь (ст. 1099 ГК).

В аналогичной по предмету регулирования статье Гражданского кодекса Российской Федерации (ст. 1210) содержится п. 5, который гласит: «Если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора подлежащего применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан». Несмотря на отсутствие такой нормы в белорусском праве, действие императивных норм также ограничивает возможность избрания применимого права согласно ст. 1100 (Применение императивных норм) и ст. 1097 (Последствия обхода акта законодательства) ГК Республики Беларусь.

§ 5. Регулирование договорных обязательств при отсутствии выбора права

1. Избрание применимого права в договорных отношениях не отнесено законодателем к обязанностям сторон и не является существенным условием договора. В связи с этим в ряде случаев стороны не указывают в контрактах на применимое право. В таких ситуациях при возникновении спора между сторонами и их обращении в хозяйственный суд или коммерческий арбитраж обязанность установления применимого права ложится на судей или арбитров. Законодатель со своей стороны для облегчения этой работы устанавливает коллизионные нормы, позволяющие определить применимое право. В Гражданском кодексе БССР 1964 г. в ч. 1 ст. 561 содержалась следующая коллизионная норма: «Права и обязанности сторон по внешнеторговой сделке определяются по законам места ее совершения, если иное не установлено соглашением сторон». Развитие международного частного права привело к изменению подходов в определении применимого права, что было связано в первую очередь с появлением коллизионной привязки наиболее тесной связи правоотношения (*proper Law of the Contract*). Впервые эта привязка появилась в праве Великобритании, а затем она была воспринята в других европейских странах¹. Как уже отмечалось, в настоящее время привязка наиболее тесной связи правоотношения рассматривается отдельными российскими авторами как общий принцип для определения применимого права в ситуациях, когда стороны не указывают на него в договоре.

2. Белорусский законодатель также указывает в п. 3 ст. 1093 на этот общий подход в определении применимого права: «Если в соответствии с

¹ Чешир, Дж. Международное частное право / Дж. Чешир, П. Норт. – М., 1982. – С. 259–260.

пунктом 1 настоящей статьи невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право, наиболее тесно связанное с гражданско-правовыми отношениями, осложненными иностранным элементом».

Непосредственно определение права, применимого к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права, регулируют ст. 1125 и 1126 ГК. Статья 1125 наиболее объемная и сложная для восприятия в VII разделе Гражданского кодекса, к тому же, на наш взгляд, весьма неудачно сформулированная.

В п. 1 этой статьи предусмотрено применение к договору права страны, где имеет основное место деятельности сторона, являющаяся: 1) продавцом – в договоре купли–продажи; 2) дарителем – в договоре дарения; 3) арендодателем (наймодателем в договоре аренды или имущественного найма); 4) ссудодателем – в договоре безвозмездного пользования имуществом; 5) подрядчиком – в договоре подряда; 6) перевозчиком – в договоре перевозки; 7) экспедитором – в договоре транспортной экспедиции; 8) займодавцем (кредитодателем) – в договоре займа (кредитном договоре); 9) поверенным – в договоре поручения; 10) комиссионером – в договоре комиссии; 11) хранителем – в договоре хранения; 12) страховщиком – в договоре страхования; 13) поручителем – в договоре поручительства; 14) залогодателем – в договоре залога; 15) лицензиаром – в лицензионном договоре о пользовании исключительными правами. При невозможности определить основное место деятельности стороны применяется право страны, где она учреждена, имеет место постоянного жительства (ч. 2 п. 1).

Из смысла п. 1 ст. 1125 белорусского кодекса следует, что в договоре купли–продажи, если стороны не выберут право, будет применено право продавца той страны, где он имеет основное место деятельности. Как замечает Я.И. Функ: «Использование принципа «права страны, где имеет основное место деятельности сторона» приводит к достаточно сложному для субъектов Республики Беларусь выяснению обстоятельств, где же действительно находится основное место деятельности лица в случае, когда оно имеет свои коммерческие предприятия в различных государствах мира»¹.

В п. 2 ст. 1125 определено право, применимое к правам и обязанностям по договору, предметом которого является недвижимость, а также доверительное управление имуществом. В таких случаях применяется право страны, где это имущество находится, а в отношении имущества, зарегистрированного в Республике Беларусь, применяется законодательство Беларуси.

В п.п. 1 п. 3 ст. 1125 регулируется применимое право к договорам о совместной деятельности и договорам о выполнении строитель-

¹ Функ, Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь / Я.И. Функ. – Минск, 2005. – С. 76.

ных, монтажных и других работ по капитальному строительству. В таких случаях действует право страны, где такая деятельность осуществляется или создаются предусмотренные договором результаты.

Согласно п. 2 п. 3 ст. 1125 к договору, заключенному на аукционе, на конкурсе или на бирже будет применимо право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа.

В п. 4 ст. 1125 рассмотрены случаи определения права в отношении договоров, не перечисленных в п. 1–3 рассматриваемой статьи. В качестве основной презумпции определения применимого права избрано основное место деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора. Как видно из этой нормы, законодатель по сравнению с п. 1 расширил формулу определения применимого права, прибавив к критерию места деятельности стороны критерий осуществления исполнения, имеющего решающее значение для содержания договора. При невозможности определить основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право страны, где данная сторона учреждена, имеет место постоянного жительства. Очевидно, что норма о праве страны, где сторона учреждена, имеет место постоянного жительства, является субсидиарной и должна применяться, если невозможно применить главную привязку – основное место деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Заканчивается п. 4 еще одной нормой: «При невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан». При этом отсутствует какое-либо указание, что предполагает законодатель под презумпцией право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Еще одним примером неудачной формулировки в ст. 1125 является п. 5, где говорится: «В отношении приемки исполнения по договору принимается во внимание право места проведения такой приемки, поскольку сторонами не согласовано иное». В связи с содержанием данного пункта необходимо указать на следующие моменты:

во-первых, в статье, имеющей название «Право, применимое к договору при отсутствии соглашения сторон», содержится коллизийная норма, допускающая избрание применимого права;

во-вторых, следует ли отдельно определять право для приемки исполнения по договору, если указанную приемку логичнее регулировать по основному договору.

Заключительный пункт (б) регулирует применение торговых терминов, принятых в международном обороте. При отсутствии иных указаний презимируется согласование их применения в обычном значении соответствующих терминов.

Вопросы определения применимого права при отсутствии его выбора сторонами получили регулирование и в международных конвенциях. В соответствии со ст. 4 Регламента (ЕС) № 593/2008 («Рим I») при отсутствии выбора права сторонами, подлежащее применению право к отдельным договорам определяется следующим образом:

а) договор купли–продажи товаров регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства продавец;

б) договор оказания услуг регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства поставщик услуг;

с) договор, регулирующий вещное право на недвижимое имущество или его аренду, регулируется правом страны, где находится недвижимое имущество;

д) договор аренды недвижимого имущества, заключенный с целью временного личного пользования на срок не более шести последовательных месяцев, регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства собственник, если арендатором является физическое лицо, проживающее в той же стране;

е) договор коммерческой концессии регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства правообладатель;

ф) договор о сбыте продукции регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства сторона, осуществляющая сбыт;

г) договор купли–продажи на аукционе регулируется правом страны, где имеет место купля–продажа на аукционе, если это место может быть определено.

При отсутствии выбора права к договору перевозки груза применяется право страны, где имеет свое обычное место жительства перевозчик, при условии, что место погрузки, место доставки или обычное место жительства отправителя также находится в этой стране (ст. 5 Регламента).

§ 6. Негосударственное регулирование договорных отношений

1. При избрании применимого права 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 г. Широкое признание и применение Принципов УНИДРУА 1994 г. стимулировали продолжение работы над Принципами в на-

правления их расширения и дополнения. Вторая редакция Принципов международных коммерческих договоров была опубликована в апреле 2004 г. Последняя редакция Принципов относится к 2010 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 соглашению 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. Их действие имеет диспозитивный характер, 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 г. «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 г. были опубликованы Принципы европейского коммерческого права, которые основаны на Принципах УНИДРУА 1994 г. и в главных положениях повторяют их.

2. 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) применение типовых договоров 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.).

Lex mercatoria находится в стадии становления, окончательно его место и роль определятся в будущем, но уже сегодня оно получило широкое распространение в международном коммерческом обороте. При этом следует учитывать, что применение *lex mercatoria* возможно только при условии, если национальное право это допускает. Даже в случае использования *lex mercatoria* применяются нормы публичного права государств, с которыми связан договор и которые регулируют порядок ввоза и вывоза товаров, меры государства по защите своего рынка и т.д.

§ 7. Исковая давность в договорных обязательствах

1. Исковая давность определяется в соответствии со ст. 191 ГК Республики Беларусь как срок для защиты права по иску лица, право которого нарушено. Истечение срока исковой давности влечет утрату юридической возможности восстановления нарушенных прав. Существование института исковой давности аргументируется необходимостью освобождения судов и арбитражей от дел по давно минувшим правоотношениям.

Исковая давность имеет непосредственное отношение к договорным обязательствам, поскольку ненадлежащее исполнение договоров ведет к искам, предъявление которых производится с учетом срока исковой давности.

2. Сроки исковой давности, применяемые к договорным отношениям в разных государствах, имеют не только разную продолжи-

тельность, но и разное положение в правовой системе. В большинстве государств срок исковой давности квалифицируется как норма материального права, но в странах с англо-американской правовой системой длительное время исковую давность относили к процессуальному праву. В результате, если исковая давность квалифицируется как процессуальная норма, суд, рассматривающий спор, всегда должен руководствоваться в вопросе исковой давности национальным процессуальным правом, т.е. *lex loci*, и истечение срока исковой давности лишает потенциального истца права обращения в суд. В то же время квалификация исковой давности в правовой системе государства как материальной нормы позволяет суду применять исковую давность иностранного государства, следуя указанию коллизионной нормы, и истечение срока исковой давности само по себе не является препятствием к предъявлению иска в суд, который должен его принять к рассмотрению.

Такое несовпадение подходов у отдельных государств в вопросе исковой давности на практике порождало сложные ситуации. Хрестоматийным примером является дело о Теннесси-векселе, многократно обсуждавшееся в литературе¹.

В отношении лица, выставившего к оплате вексель, выданный в штате Теннесси, был предъявлен иск в Германии. При этом оказалось, что установленный германским правом трехлетний срок исковой давности уже истек, а установленный в штате Теннесси шестилетний срок исковой давности действовал, но по гражданскому законодательству этого штата он относился к процессуальному праву и также не мог быть применен немецким судом. В момент рассмотрения дела эта правовая дилемма была неразрешима, но современное германское право предлагает в подобной ситуации квалифицировать исковую давность, установленную в иностранном государстве, с позиции материального права (п. 4 абз. 1 ст. 32 Вводного закона к ГГУ). При таком подходе право штата Теннесси, устанавливающее исковую давность, подлежит применению германским судом независимо от того, где располагаются нормы об исковой давности – в материальном или процессуальном праве.

Под воздействием коллизий, связанных со сроками исковой давности, произошли изменения и в позициях государств англо-американской системы права. В Великобритании в 1984 г. был принят Закон об иностранных сроках исковой давности (*Foreign Limitation Periods Act*), который предусматривает принятие иностранного срока исковой давности независимо от того, в каком праве, материальном или процессуальном, он

¹ Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право: учебник / Х. Шак; пер. с нем. – М., 2001. – С. 253.

находится. Такая же тенденция наблюдается в ряде штатов США по отношению к применению сроков исковой давности других государств.

3. В Республике Беларусь исковая давность в правоотношениях с иностранным элементом устанавливается ст. 1118, в п. 1 которой говорится: «Исковая давность определяется по праву страны, применяемому для регулирования соответствующего отношения».

Использованная в данной коллизионной норме формула прикрепления подчиняет решения всех вопросов исковой давности тому же праву, которое регулирует все материальное гражданско-правовое отношение, т.е. *lex causae*. Правило, установленное в ст. 1118, имеет императивный характер и не может быть изменено соглашением сторон.

В п. 2 ст. 1118 установлены исключения из общего правила исковой давности, а именно: «Требования, на которые исковая давность не распространяется, определяются по праву Республики Беларусь, если хотя бы один из участников соответствующего отношения является гражданином Республики Беларусь или юридическим лицом Республики Беларусь».

Выделение требований, на которые не распространяется исковая давность, обусловлено особой значимостью прав, защищаемых этими требованиями в демократическом социальном правовом государстве, каким в Конституции провозглашена Республика Беларусь. К таким требованиям, согласно ст. 209 ГК, отнесены: требования, вытекающие из нарушения личных неимущественных прав и других нематериальных благ; требования вкладчиков к банку о выдаче вкладов; требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина; требования собственника или иного законного владельца об устранении всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения.

Нормы п. 2 ст. 209 ГК о неприменении к этим требованиям исковой давности должны рассматриваться как императивные нормы законодательства Республики Беларусь, регулирующие соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права.

4. Исковая давность получила регулирование в международных договорах, заключенных в рамках СНГ: Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г. (Киевское соглашение), а также Минской конвенции 1993 г. и Кишиневской конвенции 2002 г. В названных актах установлена единообразная норма: вопросы исковой давности разрешаются по законодательству государства, которое применяется для регулирования соответствующего правоотношения (п.п. «3» ст. 11 Киевского соглашения 1992 г., ст. 43 Минской конвенции 1993 г. и ст. 46 Кишиневской конвенции 2002 г.). По содержанию коллизионная норма названных конвенций полностью совпадает с содержанием коллизионной нормы п. 1 ст. 1118 ГК Республики Беларусь. В связи с этим возникает

вопрос на какой акт должен ссылаться правоприменительный орган в соответствующем случае – международный договор или национальную норму, хотя совпадение норм как будто лишает смысла ответ на поставленный вопрос. В таком случае к правоотношению, подпадающему под действие соответствующего международного договора, должна применяться норма этого договора, а не белорусского закона.

Это объясняется тем, что Республика Беларусь как участница соответствующего договора, взяла на себя обязательства исполнять его путем применения в пределах своей юрисдикции унифицированные этим договором коллизионные или материальные нормы. В противном же случае возникает вопрос о целесообразности унификации норм международного частного права.

5. Специальные сроки исковой давности предусмотрены в международных конвенциях, регулирующих отдельные обязательства. Так, Конвенция о договоре международной перевозки грузов (КДПГ) 1956 г. предусматривает: «Подача исков, которые могут возникнуть в результате перевозок, выполняемых в соответствии с настоящей Конвенцией, может происходить в течение одного года. Однако в случае злоумышленного поступка или вины, которая согласно закону, применяемому разбирающим дело судом, приравнивается к злоумышленному поступку, предельный срок давности устанавливается в три года» (п. 1 ст. 32). В Женевской конвенции о переводном и простом векселе 1930 г. установлено, что «исковые требования, вытекающие из переводного векселя против акцептанта, погашаются истечением трех лет со дня срока платежа» (ч. 1 ст. 70).

Во всех правоотношениях, к которым применимы международные договоры с участием Республики Беларусь, содержащие унифицированные нормы о продолжительности сроков исковой давности и начале их течения, действие п. 1 ст. 1118 ГК будет исключаться в силу приоритета действия норм международного права.

В ГК Российской Федерации вопрос о приоритете действия международных договоров разрешен в специальной норме (п. 3 ст. 1186) следующего содержания: «Если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается».

Представляется, что подобная по содержанию норма необходима и в ГК Республики Беларусь, для снятия всех вопросов относительно приоритета норм международных договоров.

§ 8. Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров

1. Наибольшее количество споров между участниками международного торгового оборота возникает по поводу купли–продажи товаров. Соответственно, это порождало и порождает большое количество исков, при предъявлении которых неизбежно возникает вопрос об исковой давности.

Национальное законодательство отдельных государств порозному регулировало сроки исковой давности при купле–продаже товаров, в результате чего они колебались от шести месяцев до тридцати лет. С целью установления единого срока исковой давности Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) разработала проект Конвенции, предложенный государствам для подписания на дипломатической конференции в Нью-Йорке 12 июня 1974 г. Ратификация Конвенции об исковой давности в международной купле–продаже товаров шла медленно и к апрелю 1980 г., когда принималась Конвенция ООН о международной купле–продаже товаров, Конвенция об исковой давности не вступила еще в силу, хотя для этого требовалось всего десять ратификационных грамот. В связи с этим было решено не включать вопрос об исковой давности в Конвенцию 1980 г., а согласовать Конвенцию 1974 г. с Конвенцией 1980 г. специальным Протоколом и предложить обе конвенции государствам для подписания и ратификации. Это повысило заинтересованность государств в Конвенции 1974 г., и она вступила в силу 1 августа 1988 г., немного позже Конвенции 1980 г.¹

2. Конвенция 1974 г. определяет условия, при которых требования покупателя и продавца друг к другу, вытекающие из договора купли–продажи товаров или связанные с его нарушением, прекращением или недействительностью, не могут быть осуществлены вследствие истечения определенного периода времени. Такой период времени в Конвенции именуется как «срок исковой давности» (п. 1 ст. 1). Конвенция 1974 г. применима в тех же случаях и по отношению к тем же товарам, что и Конвенция о международной купле–продаже товаров 1980 г. Как и Конвенция 1980 г., она не имеет императивного характера и не применяется в тех случаях, когда стороны договора купли–продажи в ясно выраженной форме исключили ее применение. В таком случае исковая давность будет определяться по праву страны, которое будет применимо к правоотношению.

Срок исковой давности в Конвенции 1974 г. устанавливается в четыре года (ст. 8). Течение срока исковой давности начинается со дня возникновения права на иск (ст. 9). Право на иск, вытекающее из нарушения договора, считается возникшим в день, когда имело место такое нарушение (п. 1 ст. 10). Право на иск, вытекающее из дефекта

¹ Конвенция об исковой давности в международной купле–продаже товаров 1974 г. подробно прокомментирована И.В. Фисенко: см.: Сборник международных договоров. Международная торговля. Международный гражданский процесс / сост. И.В. Фисенко. – Минск, 1999. – С. 4–94.

или иного несоответствия товара условиям договора, возникает со дня фактической передачи товара покупателю или его отказа от принятия товара (п. 2 ст. 10). Течение срока исковой давности прерывается, когда кредитор совершает действие, которое рассматривается как возбуждение судебного или арбитражного разбирательства против должника или как предъявление требования в ходе ранее начатого судебного разбирательства (ст. 13, 14). Если должник до истечения срока исковой давности в письменной форме признает свое обязательство перед кредитором или произведет уплату процентов, или частичное исполнение обязательства, то со дня такого признания, уплаты процентов, частичного исполнения обязательства наступает новый четырехлетний срок исковой давности (ст. 20).

Если течение срока исковой давности не может быть прервано кредитором вследствие не зависящих от него обстоятельств, которых он не мог избежать или преодолеть, то срок исковой давности не будет считаться истекшим до окончания одного года со дня прекращения действия соответствующего обстоятельства (ст. 21).

Стороны не могут изменить срок исковой давности и порядок его применения путем заявления или соглашения между ними (п. 1 ст. 22). Единственным исключением может быть случай, когда должник в любое время в течение срока исковой давности продлит этот срок путем письменного заявления кредитору, которое в дальнейшем может быть возобновлено (п. 2 ст. 22).

Срок исковой давности в любом случае истекает не позднее десяти лет со дня начала его течения (ст. 23). Истечение срока исковой давности принимается во внимание при рассмотрении спора только по заявлению стороны, участвующей в процессе (ст. 24). В отношении этой нормы, согласно ст. 36, любое государство в момент сдачи на хранение документа о ратификации или присоединении может сделать оговорку о неприменении статьи 24. В результате такой оговорки применение исковой давности в ходе разбирательства становится возможным по инициативе суда или арбитража. Такая оговорка важна для государств, где согласно национальному законодательству заявление об истечении срока исковой давности должен делать суд или арбитраж.

В случае исполнения обязательства должником по истечении срока исковой давности он не вправе на этом основании требовать возврата исполненного (ст. 26).

3. Представитель БССР подписал Конвенцию в момент ее принятия в 1974 г., но ратификация Конвенции произошла только в феврале 1997 г. Республика Беларусь ратифицировала Конвенцию 1974 г. с внесенными в нее изменениями Протоколом от 11 апреля 1980 г. В таком же варианте Конвенция действует еще в отношении 16 государств, в том числе Молдовы, Польши, Чехии, Словакии, Венгрии, Египта, США. Текст Конвенции 1974 г. без изменений действует в отношении 24 государств. Главное отличие в том, что Протокол расширяет

сферу действия Конвенции и на те ситуации, когда «согласно нормам международного частного права к договору купли–продажи применимо право Договаривающегося государства» (п.п. «b» п. 1 ст. 1). Например, если между сторонами возник спор в связи с куплей–продажей товаров и одна из сторон не принадлежит к государству-участнику Конвенции 1974 г., а вторая – принадлежит, то Конвенция будет применима, если согласно коллизионной норме должно применяться право стороны, которая представляет государство, участвующее в Конвенции 1974 г. Первоначальный вариант Конвенции предполагает ее применение, только если обе стороны принадлежат к государствам-участникам Конвенции.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 179–331.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 252–299.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 354–391.
4. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 156–182.
5. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 442–535.
6. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 273–355.
7. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 226–311.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3.
9. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск, 2007. – С. 125–140.
10. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 12–58.
11. Сборник международных договоров. Международная торговля. Международный гражданский процесс / сост. И.В. Фисенко. – Минск, 1999. – С. 3–132.
12. Конвенция об исковой давности в международной купле – продаже товаров от 14 июля 1974 года; Протокол об изменении Конвенции об исковой давности в международной купле–продаже товаров от 14 июля 1974 года // Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – М., 2006. – С. 200–209.
13. Розенберг, М. Конвенция ООН о договорах международной купли–продажи товаров / М. Розенберг // Закон. – 1995. – № 12.

ГЛАВА 9 ДОГОВОР МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ–ПРОДАЖИ ТОВАРОВ

Всякое право сотворено соглашением сторон.

Модестин

§ 1. Понятие договора международной продажи товаров

1. Среди международных коммерческих сделок центральное место принадлежит договору международной купли–продажи товаров. Это 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 способствует устранению правовых барьеров в международной торговле и содействует ее развитию.

2. В вопросе правового регулирования ведущее место занимает вопрос о праве, применимом к договору купли–продажи. Исходя из принципа договорных обязательств «*lex voluntatis*» стороны могут избрать применимое право. Это может быть как право одного из участ-

ников договора, так и право третьей страны, если национальное законодательство не запрещает такой выбор. 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 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). Как уже отмечалось (см. § 3 гл. 8), 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 правительством БССР, в соответствии со ст. 96 Конвенции, была сделана оговорка, что любое положение статьи 11, статьи 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, неприменимо, если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие в Беларуси.

Договор международной купли–продажи товаров может иметь не только частноправовое, но и публично-правовое регулирование, касающееся порядка его заключения и содержания. Так, в соответствии с Указом Президента Республики Беларусь от 27 марта 2008 г. № 178 «О порядке проведения и контроля внешнеторговых операций» (в ред. Указа Президента Республики Беларусь от 9 августа 2011 г. № 344) во внешнеторговом договоре, заключаемом с участием белорусских юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, должны содержаться следующие обязательные условия:

- стоимость товара (ориентировочную стоимость в случае невозможности установить действительную стоимость в силу специфики товарной номенклатуры);

- условия расчета, под которыми понимается обязательство осуществления одной стороной расчета до исполнения либо по факту исполнения обязательства другой стороной.

Таким образом, в любом внешнеторговом договоре субъекта Республики Беларусь должны учитываться императивные правовые нормы публичного характера как Республики Беларусь, так и государства, которому принадлежит другая сторона сделки, а также иных государств, с которыми связано исполнение внешнеторгового договора.

§ 2. Конвенция ООН о договоре международной купли–продажи товаров 1980 г.

1. Договор международной купли–продажи товаров – наиболее распространенный вид внешнеэкономической сделки, определяющий всю международную торговлю. Работа по унификации правил договора 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 г. 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 г. она вступила в силу. Присоединение к Конвенции Белорусской ССР было оформлено Указом Президиума Верховного Совета БССР от 25 августа 1989 г., а ее участником БССР стала с 1 ноября 1990 г.¹ Следует отметить, что СССР стал участником Конвенции 1 сентября 1991 г. В настоящее время участниками Конвенции являются 74 государства. Из стран СНГ в Конвенции также участвуют: Армения, Узбекистан, Украина, Молдова и Россия.

2. 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 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 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

¹ СЗ Белорусской ССР. – 1989. – № 25. – Ст. 261.

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.

3. 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 разрешения.

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 устанавливается 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 является 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 количество 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 офферентом по телефону, телетайпу или при помощи других средств моментальной связи, начинается с момента получения оферты ее адресатом (п. 1 ст. 20).

Запоздавший акцепт сохраняет силу, если офферент 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 офферентом акцепта.

4. 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. Они 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. Такая 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 качестве примера может служить решение Международного арбитражного суда при БелТПП от 16 апреля 2003 г. по делу № 358/53-02¹.

Суть дела следующая.

Польским продавцом были поставлены белорусскому предприятию контейнеры однократного применения для заготовки крови с консервантом СРДА. В нарушение договора покупатель оплатил товар лишь частично, что стало основанием для предъявления иска с требованием: взыскать с покупателя сумму основного долга и проценты за просрочку в уплате долга. Свои требования по уплате процентов истец основывал на ст. 78 Венской конвенции 1980 г., участниками которой являются государства, где имеют место нахождения обе стороны договора. Сумма процентов, заявленная к взысканию ответчиком, составляла 14,2% годовых.

При обосновании требования о размере процентов истец ссылался на п. 36 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 7 июня 2001 г. № 3 «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц», в котором содержалась рекомендация применения при определении размера подлежащих взысканию в соответствии с Конвенцией 1980 г. процентов, Принципов международных коммерческих договоров 1994 г. (Принципов УНИДРУА). В соответствии с п. 2 ст. 7.4.9. Принципов

¹ Функ, Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь: справочник / Я.И. Функ. – Минск, 2005. – С. 106–108.

размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, преобладающую в отношении валюты платежа в месте платежа, либо если такая ставка отсутствует в этом месте, то такую же ставку в государстве валюты платежа.

Истец предоставил суду данные по ряду банков о процентных ставках по краткосрочным кредитам для юридических лиц. Средний размер банковской ставки был определен в 14,2%, на основе банковской ставки, сложившейся в филиале «Минская городская дирекция «Белинвестбанка», где находился расчетный счет ответчика. Произведенный истцом расчет процентов арбитражный суд признал правильным и обоснованным, в связи с чем подлежащим удовлетворению.

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 сторона не могла предвидеть это препятствие при заключении договора либо избежать или преодолеть препятствие или его последствия в последующем. Освобождение от ответственности возможно также если неисполнение стороной своего обязательства вызвано неисполнением третьим лицом, привлеченным ее 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.

5. 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.

К таким соглашениям принадлежат Общие условия поставок (ОУП) СЭВ 1968–1988 гг., а также двусторонние ОУП СССР–КНР (действуют с июля 1990 г.) и ОУП СССР–КНДР (действуют с января 1982 г.). Указанные двусторонние договоры по Общим условиям поставок практически не действуют. Общие условия поставок СЭВ (ОУП СЭВ 1968–1988 гг.) применяются в отношениях с партнерами из стран, входивших в СЭВ, при наличии ссылки на них в контракте¹. В таком случае нормы ОУП СЭВ 1968/1988 гг. имеют приоритет по отношению к нормам Конвенции 1980 г.

Договаривающееся государство в момент оформления участия в Конвенции может заявить, что оно не будет связано частью II (Заключе-

¹ Розенберг, М.Г. Контракт международной купли–продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров / М.Г. Розенберг. – М., 2003. – С. 19.

чение 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. Такое заявление, в частности, сделали правительства Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции относительно части II Конвенции.

Любое государство может также заявить, что оно не связано положениями пп. «b» п. 1 ст. 1 Конвенции, в случае когда, согласно нормам международного частного права, применимо право Договаривающегося государства. Такая ситуация возникает, 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. При ратификации Конвенции такое заявление сделали Китай, Сингапур, США, Чехия и Словакия.

§ 3. Применение международных торговых терминов в договорах купли–продажи товаров

1. Среди обычаев, применяемых при осуществлении внешнеторговых контрактов, особое распространение получили международные торговые термины, в сокращенной аббревиатуре Инкотермс (International commercial terms). Обычай в международной торговле формировался на протяжении длительного времени, но они не имели единой трактовки в отдельных странах и крупных торговых центрах. Для разрешения этой проблемы Международная торговая палата (МТП) в 1936 г. опубликовала свод правил для толкования торговых терминов. Они получили название «Инкотермс 1936». Редакционные дополнения и изменения в эти правила были сделаны в 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 гг. Последняя редакция торговых терминов была произведена в 2010 г. и помещена в публикации Международной торговой палаты № 600. Причины пересмотров Инкотермс заключаются в необходимости их адаптации к постоянно изменяющейся коммерческой практике. Обычно новое редактирование сопровождается широким привлечением самих участников мировой торговли с целью выяснения их предложений и пожеланий. Сфера действия Инкотермс ограничена 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) преимущественное отнесение их к договору перевозки;
- 2) представление относительно того, что они должны охватывать все обязанности покупателя и продавца по договору купли–продажи.

2. Последняя редакция Инкотермс 2010 действует с 1 января 2011 г. Она существенно отличается от предшествующей редакции Инкотермс 2000. Главные отличия заключаются в следующем:

– изменилась структура Правил и общее количество терминов: в Инкотермс 2000 тринадцать терминов были разделены на четыре группы, в новой редакции Инкотермс 2010 одиннадцать терминов разделены на две группы в зависимости от вида перевозок: доставка любым видом транспорта включает семь терминов, перевозка по морю или внутренним водным путям – четыре термина;

– Правила Инкотермс 2010 могут применяться не только в международных, но и внутренних национальных перевозках. Использование Правил Инкотермс во внутренних перевозках происходило и ранее на основе соглашения сторон, в частности, они широко применялись в США, но теперь такое использование получило официальное одобрение;

– электронные сообщения приравниваются к бумажным сообщениям, если стороны договорились об этом или когда это является общепринятым. Такой подход обеспечивает внедрение и эволюцию электронных средств связи в международной торговле на время действия Инкотермс 2010;

– Правила Инкотермс 2010 учли пересмотр Правил лондонских страховщиков, в связи с чем в них произведено уточнение обязанностей сторон в отношении страхования товаров при перевозке;

– введено обязательство для сторон по осуществлению или оказанию содействия в выполнении формальностей, связанных с контролем за безопасностью товаров.

В то же время в редакции Инкотермс 2010 остался неурегулированным вопрос, касающийся момента перехода права собственности на товар от продавца к покупателю. Этот вопрос не является проблемным в случае применения двух терминов: EXW и DDP, а в случае использования других терминов, проблема остается.

3. В Инкотермс 2010 условия доставки товара любым видом транспорта включают семь терминов:

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

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

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

CIP – (carriage and insurance paid to – фрахт/перевозка и страхование оплачены до) – продавец доставляет застрахованный им товар до определенного места;

DAT – (delivered at terminal – поставка на терминал) – продавец доставляет товар, прошедший экспортную таможенную очистку на терминал, находящийся на границе. Это новый термин, появившийся в Инкотермс 2010;

DAP – (delivered at place – доставка до места) – продавец доставляет товар до определенного места. Это также новый термин.

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

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

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

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

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

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

4. Практическое значение терминов Инкотермс заключается в значительной экономии времени и упрощении всей процедуры определения способов доставки товара от продавца к покупателю. Условие поставки может быть указано уже в оферте. На практике это может выглядеть так: «Договор заключается на условиях FCA – Витебск (Инкотермс 2010)». 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».

§ 4. Правовое регулирование поставок товаров между организациями государств-участников СНГ

Прекращение существования СССР и необходимость сохранения экономических связей между новыми суверенными государствами потребовали правового регулирования отношений между субъектами хозяйствования стран СНГ. Эту роль выполнило Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств-участников СНГ от 20 марта 1992 г., известное также как Киевское соглашение.

В преамбуле Соглашения указывается, что оно призвано создать благоприятные условия для сохранения и развития хозяйственных связей между субъектами хозяйствования в рамках СНГ, а также обеспечить одинаковую ответственность всех субъектов хозяйствования за выполнение ими своих договорных обязательств.

В соответствии с п. 3 Соглашения поставка товаров производится по договорам (контрактам), которые являются единственными документами, определяющими права и обязанности сторон по поставкам всех видов товаров. Предприятия свободны в выборе предмета договора, определении обязательств и любых других условий хозяйственных взаимоотношений.

Поскольку в 1992 г. государства-участники только переходили к свободным рыночным отношениям в Соглашении была предусмотрена такая форма взаимоотношений субъектов как регулирование поставок для государственных нужд, прикрепление покупателя к поставщику, согласование номенклатуры взаимных поставок. В условиях сложившейся рыночной экономики на постсоветском пространстве указанные формы взаимоотношений утратили свою актуальность.

В то же время ряд положений Соглашения действуют и в настоящее время. В первую очередь, это касается порядка заключения договоров поставки.

В соответствии с Соглашением, они могут заключаться путем составления одного документа, подписанного сторонами, или путем принятия поставщиком заказа покупателя к исполнению, если заказ содержит все условия, необходимые для поставки товара. Договор может быть также заключен путем обмена письмами, телеграммами, телетайпограммами или сообщениями по факсу.

Обязательными условиями договора являются: номенклатура (ассортимент), количество, качество, цена товара, сроки поставки, отгрузочные и платежные реквизиты. При отсутствии указанных условий договор будет считаться незаключенным (ч. 1 ст. 17).

Изменение, расторжение и продление срока действия договора оформляется дополнительным соглашением сторон.

Соглашение допускает односторонний отказ от исполнения договора (полный или частичный) в следующих случаях:

- при поставке некачественного или нестандартного товара с отступлением от технических условий и образцов;
- при объявлении одной из сторон банкротом;
- при завышении поставщиком цен на товар без предварительного согласования с покупателем.

При отказе от договора по указанным основаниям необходимо предупредить другую сторону не позже чем за месяц.

Уплата неустойки (штрафа, пени) и возмещение убытков за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора не освобождает сторону от исполнения обязательств в целом.

В настоящее время Киевское соглашение довольно редко упоминается в литературе, но оно может иметь практическое применение в отношениях между субъектами хозяйствования стран – СНГ, особенно в случаях, когда один из партнеров представляет государство, не являющееся участником Конвенции ООН о международной купле–продаже товаров 1980 года. К таким государствам относятся: Азербайджан, Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан и Туркменистан. В отношениях с субъектами перечисленных государств белорусским участникам не следует забывать о Соглашении об общих условиях поставок товаров между организациями государств-участников СНГ от 20 марта 1990 года.

§ 5. Договор международного финансового лизинга

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 приобретает 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 основной. Лизинг, особенно международный, следует рассматривать как инвестиционную деятельность или долгосрочное кредитование. Он не требует поручительства, гарантий, залога, поскольку в случае невыполнения арендатором обязательств, лизингодатель изымает объект лизинга. Еще одно преиму-

щество лизинга в том, что расчеты с арендодателем можно производить, используя доходы от эксплуатации объектов лизинга.

2. Главным нормативным актом, регулирующим международный лизинг, является Конвенция о международном финансовом лизинге, принятая в мае 1988 г. на дипломатической конференции в Оттаве, в результате чего ее иногда в литературе называют Оттавской конвенцией.

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 регулируется правом одного из государств-участников. 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 имеет лишь финансовый интерес. 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 продолжения договора лизинга;

3) внесении периодических платежей за объект лизинга.

Поставщик несет обязанности и в отношении арендатора, 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.

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.

3. В Республике Беларусь активное использование лизинга в экономических отношениях началось после издания Указа Президента Республики Беларусь «О лизинге» от 13 ноября 1997 г. № 587 с последующими изменениями. Указ предоставил рассрочку по уплате таможенных платежей, а также при таможенном оформлении объектов лизинга на весь срок действия договора, но не более чем на пять лет. Лизингодателям – нерезидентам Республики Беларусь гарантировался беспрепятственный перевод за границу лизинговых платежей в иностранной валюте после уплаты налогов, сборов и других обязательственных платежей.

Указ поручал Совету Министров до 01.01.1998 г. разработать и утвердить положение о лизинге на территории Республики Беларусь, а также мероприятия по развитию лизинга в республике. Соответствующее положение было утверждено постановлением Совета Министров № 1769 от 31 декабря 1997 года. В положении были раскрыты основные понятия, касающиеся лизинга. В зависимости от условий возмещения лизингодателю затрат были выделены финансовый лизинг (при возмещении в течение года не менее 75% стоимости объекта) и оперативный лизинг (возмещение менее 75% стоимости в тече-

ние года). В зависимости от состава сторон лизинг был подразделен на: международный (если хотя бы одна сторона договора является нерезидентом Республики Беларусь) и внутренний (все стороны – резиденты Республики Беларусь). В целом Положение о лизинге на территории Республики Беларусь напрямую имплементирует основные положения Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г.

В указанном постановлении содержались и мероприятия по развитию лизинга в Республике Беларусь, среди которых под п. 2 значилось: «Подготовить предложения об оформлении участия Республики Беларусь в Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1998 г.». Присоединение Республики Беларусь к Конвенции УНИДРУА было оформлено Указом Президента Республики Беларусь от 2 июля 1998 г. № 352.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 179–331.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 252–299.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 354–391.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3.
5. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 442–535.
6. Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – М., 2006. – С. 160–280.
7. Международное частное право: учебник / под ред. Г.К. Дмитриевой. – М., 2012. – С. 356–432.
8. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 226–311.
9. Розенберг, М. Конвенция ООН о договорах международной купли–продажи товаров / М. Розенберг // Закон. – 1995. – № 12.
10. Сборник международных договоров. Международная торговля. Международный гражданский процесс / сост. И.В. Фисенко. – Минск, 1999. – С. 3–132.
11. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 125–140.
12. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 12–58.

ГЛАВА 10

МЕЖДУНАРОДНЫЕ РАСЧЕТНЫЕ И КРЕДИТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Деньгами надо управлять, а не служить им.

Сенека

§ 1. Международные расчеты в системе мирового торгового оборота

1. Мировая торговля товарами и услугами и в настоящее время остается приоритетной формой экономических связей государств. Для процесса товарооборота необходимо осуществление международных расчетов как формы эквивалентного обмена товаров и услуг на их денежное выражение. Если в границах государства товарооборот не представляет большой сложности, поскольку он осуществляется в пределах единой территории и опосредуется национальной денежной единицей, то межгосударственная торговля создает ряд сложностей, связанных с необходимостью пересечения товарами государственных границ и использованием денежных единиц других стран. Для постоянного мирового торгового оборота необходимо, чтобы навстречу потоку товаров шло движение денег – этого величайшего изобретения человечества в сфере экономики. В действительности примерно так и происходит, но если поток товаров всегда материален и реален, то встречный денежный поток в настоящее время виртуален, т.е. наличные деньги не пересекают границы, вместо их с помощью финансовых документов передаются сообщения о переводе денежных сумм. Это становится возможным в результате деятельности банков, через которые проводятся международные расчеты.

Для проведения международных расчетов банки создают за границей свои зарубежные отделения либо открывают счета в иностранных банках. Такие счета называются «Ностро», что в переводе означает «наш». На условиях взаимности банки в свою очередь открывают счета иностранных банков у себя, которые называются «Лоро», что означает «их». Такие отношения банков позволяют создать реальные возможности для проведения расчетов с зарубежными клиентами. Для своевременного осуществления международных расчетов банки обычно накапливают на своих зарубежных счетах необходимую валюту, которую они используют по поручению клиентов.

2. Длительное время в международной торговле использовалось только золото, затем эта роль перешла к денежным единицам ведущих в экономическом отношении стран. До Первой мировой войны около 80% объема международной торговли осуществлялось посредством английского фунта стерлингов. После Второй мировой войны на роль

мировой валюты выдвинулся доллар США, который в 70-е годы XX в. обеспечивал 75% международных расчетов. Ослабление позиций доллара в мире привело к появлению новой международной валютной единицы: СПЗ-специальных прав заимствования, которая определялась соотношением средневзвешенного курса одной валюты по отношению к определенному набору других валют. Появление евро в 1999 г. стало результатом экономической интеграции ведущих европейских стран, а также привело к вытеснению доллара из международных расчетов в Европе. В настоящее время в международных платежно-расчетных отношениях используются евро, доллар США, фунт стерлингов, японская иена и другие валюты. Золото используется только в чрезвычайных ситуациях войн, экономических кризисов, крупных стихийных бедствий, когда другие возможности расчетов не представляются возможными. В таких условиях государства прибегают к продаже на мировом рынке части своих золотых запасов на те валюты, в которых они нуждаются. Использование мировых денег ставит в неравные условия государства в международной торговле. Колебания курсов мировых денег дают преимущество странам-эмитентам денег, используемых в международных расчетах.

3. Расчеты по международным торговым контрактам отличаются сложностью и требуют согласованной работы банков. Стороны внешнеторговых контрактов должны всегда согласовывать в процессе переговоров условия платежа и фиксировать их в договорах. Форма и условия расчетов влияют на скорость и гарантию получения платежа, сумму расходов за проведение банковской операции по переводу денег. Следует учитывать, что у сторон внешнеэкономического контракта существуют противоположные интересы: экспортер заинтересован в получении всей суммы валюты в возможно более сжатые сроки, а лучше всего в виде предоплаты, в то время как импортер всегда проявляет заинтересованность в скорейшем получении товара, при увеличении сроков окончательных расчетов за них. При этом речь не идет о недобросовестности – это элементарный экономический расчет, который всегда присутствует во взаимоотношениях между партнерами во внешнеэкономической сфере, где каждый участник преследует свои экономические интересы.

Любой внешнеэкономический контракт в плане проведения расчетов регулируется на двух уровнях: межправительственными соглашениями, которые устанавливают общие принципы ведения расчетов и являются средством публично-правового регулирования, и условиями расчетов по конкретному контракту, о которых договариваются экономические партнеры, что составляет предмет частного правового регулирования.

4. Условия, о которых должны обязательно договариваться партнеры при заключении внешнеэкономического контракта, включают следующие составляющие: валюту цены, валюту платежа, условия платежа, средства платежа, формы расчетов и банки, через которые эти расчеты будут производиться.

Валюта цены – это валюта, в которой определяется цена на товар или оказание услуги.

Валюта платежа – это валюта, в которой должно быть погашено обязательство импортера или заемщика. Если валюта цены и валюта платежа не совпадают, то в контракте оговаривается курс пересчета первой во вторую. При этом несовпадение валюты цены и валюты платежа необходимо рассматривать как простейший метод страхования валютного риска.

Условия платежа делятся на три вида: наличные платежи, расчеты с предоставлением кредита, кредит с правом выбора наличного платежа (опционом).

Наличный платеж в международных расчетах – это оплата экспортных товаров после их передачи или платеж против документов, подтверждающих отгрузку товара согласно условиям контракта. В некоторых случаях часть платежа производится после получения товарных документов, а окончательный платеж – после приемки товаров.

Международные расчеты могут сочетаться и с предоставлением внешнеторговыми партнерами кредита друг другу. При продаже машин и оборудования в условиях усиления конкуренции продавцы часто идут на предоставление покупателям коммерческих кредитов на срок от нескольких месяцев до пяти и более лет. Кредит оформляется путем выдачи простого или переводного векселя.

Кредит с правом выбора наличного платежа (опционом) дает импортеру право выбора: проведение наличного расчета с получением скидки за купленный товар или получение кредита, при котором скидка не предоставляется.

Увязка всех многообразных и порой противоположных интересов партнеров по внешнеэкономическим сделкам в сфере расчетов осуществляется путем выбора определенных форм.

5. В пакет договоров по созданию Единого экономического пространства, образованного Россией, Республикой Беларусь и Республикой Казахстан, вошло и Соглашение о согласованных принципах валютной политики от 9 декабря 2010 г. В качестве основных принципов валютной политики в Соглашении определены следующие принципы:

1) гармонизация и сближение подходов к формированию и проведению валютной политики;

2) создание необходимых организационно-правовых условий на национальном и межгосударственном уровне для развития интеграционных процессов в валютной сфере, координации и согласования валютной политики;

3) недопустимость действий в валютной сфере, которые могут повлиять на развитие интеграционных процессов;

4) проведение экономической политики, направленной на повышение доверия к национальным валютам как на внутреннем, так и на международном валютных рынках.

В качестве важнейших мер проведения согласованной валютной политики в Соглашении названы:

1) координация обменного курса национальных валют с целью расширения их использования во взаимных расчетах резидентов государств-участников;

2) обеспечение конвертируемости национальных валют без ограничений путем создания условий для возможности покупки и продажи иностранной валюты резидентами государств-участников Соглашения;

3) создание условий и обеспечение прямых взаимных котировок национальных валют;

4) обеспечение проведения взаимных расчетов между участниками внешнеэкономической деятельности государств-участников в национальной валюте;

5) недопустимость установления множественности официальных курсов национальных валют, препятствующих взаимной торговле, и другие меры.

Из содержания Соглашения следует, что в ближайшее время государства-участники Единого экономического пространства не ставят перед собой задачу введения единой валюты, но полномасштабная реализация принципов и мер позволит участникам Соглашения вплотную подойти к этой цели.

§ 2. Формы международных расчетов

1. Выбор форм международных расчетов не спонтанен, а зависит от многих факторов:

1) вида товара, приобретаемого по внешнеторговому контракту;

2) наличия кредитного соглашения;

3) платежеспособности и репутации контрагентов во внешнеэкономических сделках;

4) уровня спроса и предложения на товар на мировом рынке;

5) размера расходов, которые готов понести импортер за расчет по контракту;

6) наличия банков, через которые удобно произвести расчеты, и т.д.

Международные расчеты регулируются как нормативными законодательными актами государства, так и международными правилами и обычаями, обобщенными в результате деятельности международных экономических организаций.

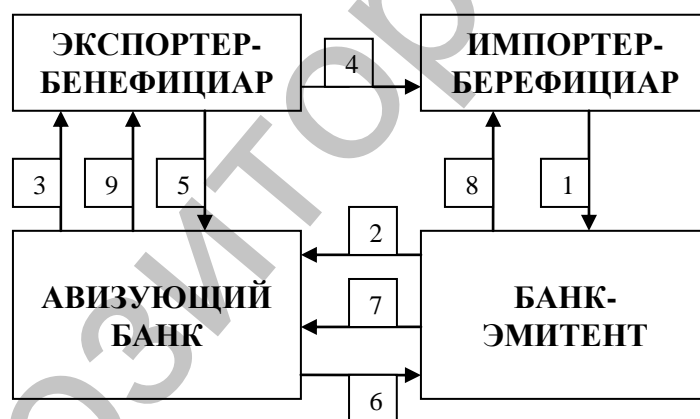
Международные расчеты имеют в основном документарный характер, поскольку производятся против финансовых и коммерческих документов. Финансовые документы – это простые и переводные векселя, чеки и платежные расписки. Коммерческие документы – это счета-фактуры, морские коносаменты, железнодорожные, автомобильные

и авиационные накладные, почтовые квитанции, документы страховых компаний, сертификаты, удостоверяющие происхождение и качество товаров, а также возможны и другие документы.

В результате сложившейся практики применяются следующие основные формы международных расчетов: документарный аккредитив, инкассо, межбанковский перевод, вексель и чек.

2. Аккредитивная форма расчетов применяется уже длительное время, чему способствовала работа Международной торговой палаты по совершенствованию этой формы в Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов. Первая редакция Правил была принята еще в 1933 г. Последняя по времени принята редакция относится к 2006 г. Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, редакция 2006 г., публикация МТП № 600, применяют ко всем документарным аккредитивам, если в них специально не оговорены иные условия. Новая редакция действует с 1 июля 2007 г.

В расчетах по аккредитиву участвуют импортер (приказодатель), экспортер (бенефициар) и, обычно, два банка: банк-эмитент, открывающий аккредитив, и авизирующий (извещающий) банк. Схема расчета по документарному аккредитиву выглядит следующим образом.



Импортер (покупатель) представляет в банк, клиентом которого он является, заявление на открытие аккредитива (1). Банк импортера, именуемый эмитентом, направляет аккредитивное письмо одному из своих корреспондентов в стране экспортера (продавца), назначая его авизиующим (извещающим) банком (2) и поручая ему передать аккредитив экспортеру (он же бенефициар) (3). После получения открытого в его пользу аккредитива, который выступает как гарантия оплаты, экспортер-бенефициар производит отгрузку товаров (4) и передает документы (счета-фактуры, накладные, сертификаты и т.д.) в авизиующий банк (5), который пересылает их банку-эмитенту для оплаты (6). Банк-эмитент проводит проверку правильности оформления документов, производит их оплату (7) и выдает оплаченные документы импортеру для получения товара (8). Авизиующий банк зачисляет экс-

портную выручку на счет импортера (9). Если у банка-эмитента и ави-зующего банка нет взаимных корреспондентских счетов, к расчетам по аккредитиву может быть подключен третий (рамбурсирующий) банк, в котором банк-эмитент и ави-зующий банк имеют счета.

Согласно Правилам, аккредитив по своей природе представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора, на котором он может быть основан, и банки не связаны и не обязаны заниматься такими договорами в плане проверки их действительности и т.д. На бенефициара (получателя) аккредитива не распространяются договорные отношения между банками или между приказодателем (импортером) аккредитива и банком-эмитентом.

По видам аккредитивы могут быть отзывные и безотзывные, что должно в них указываться, поскольку в случае отсутствия такого указания аккредитив будет считаться безотзывным.

Отзывной аккредитив может быть дополнен или аннулирован банком-эмитентом в любой момент без предварительного уведомления бенефициара. Безотзывной аккредитив, в случае соблюдения всех требований в отношении документов и если соблюдены сроки и условия его действия, составляет твердое обязательство банка-эмитента по оплате.

Все аккредитивы должны содержать указания относительно порядка их исполнения: путем платежа по предъявлению, платежа с рас-срочкой или путем их акцепта.

Унифицированные правила по документарным аккредитивам содержат обязательства и ответственность сторон, участвующих в расчетах. Правила допускают возможность перевода аккредитива при условии, что банк-эмитент обозначит его как «переводной» или «трансферабельный». В заключении Правил указывается, что сам факт выдачи аккредитива по условиям Международной торговой палаты не означает наличия соглашения между сторонами, использующими аккредитив о рассмотрении спора Арбитражем МТП. Для такого арбитража рекомендуется специальная оговорка следующего содержания: «Все споры, возникающие в связи с настоящим контрак-том, будут окончательно разрешены согласно Правилам Третейского и Арбитражного суда Международной торговой палаты путем назначения одного или более арбитров в соответствии с указанными Правилами».

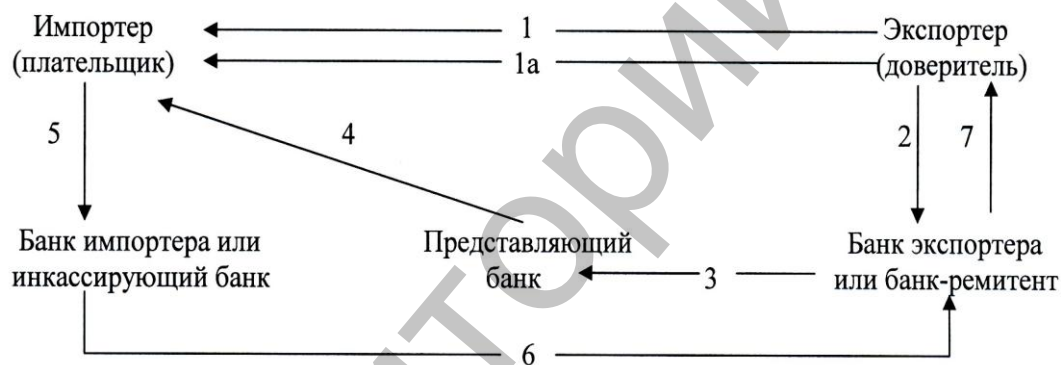
Расчеты с помощью документарных аккредитивов являются наиболее сложными и затратными для импортеров (покупателей), но они надежно обеспечивают их интересы, поскольку дают гарантию получения расчета за отгруженный товар.

Банки Республики Беларусь применяют аккредитивную форму расчетов. В соответствии с п. 8 Главы 2 Инструкции о банковском пе-реводе, утвержденной постановлением Национального банка Респу-блики Беларусь от 29 марта 2001 г. № 67 (в ред. постановления от

10 мая 2011 г. № 1701): «При осуществлении операций по международным аккредитивам стороны руководствуются Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (публикация МТП в редакции, действующей на дату открытия аккредитива). Унифицированные правила и обычаи по аккредитивам могут применяться к внутренним аккредитивам в случае ссылки на них в тексте аккредитива.

3. Еще одним видом расчетов являются расчеты по инкассо. Международная торговая палата разработала первые правила по инкассо в 1936 г., затем издавались последующие редакции правил в 1967 и 1978 гг. Последние Унифицированные правила по инкассо были изданы в 1995 г. в публикации Международной торговой палаты № 522.

Инкассо – это форма международных расчетов между покупателем и продавцом, которая осуществляется с помощью трех банков: банка-экспортера (банка-ремитента), представляющего банка и банка-импортера (инкассирующего банка). Схема расчета по инкассо следующая.



Экспортер заключает контракт с импортером о продаже товаров на условиях расчета в форме документарного инкассо и отправляет ему товар (1). Одновременно экспортер направляет своему банку инкассовое поручение и коммерческие документы (2). Банк экспортера пересылает инкассовое поручение и коммерческие документы представляющему банку (или банку импортера) (3). Представляющий банк вручает поручение и документы импортеру, на чем его миссия и заканчивается (4). Импортер производит оплату на основании инкассового поручения и документов своему банку, который выступает в роли инкассирующего банка (5). Инкассирующий банк переводит платежи банку-ремитенту, он же банк экспортера, который зачисляет денежную сумму на счет экспортера (6).

Согласно ст. 1 Унифицированных правил по инкассо 1995 г. (УПИ), эти правила будут применяться ко всем инкассо, когда ссылка на них включена в текст инкассовых инструкций, и будут обязательны для всех сторон, если иное не оговорено специально или иное не содержится в нормах национального законодательства, от которых нельзя отступить.

В соответствии с содержанием ст. 1 УПИ в Инструкции о банковском переводе, утвержденной постановлением № 67 Национального банка

Республики Беларусь, указано, что при осуществлении инкассо банки и их клиенты руководствуются Банковским кодексом Республики Беларусь, указанной Инструкцией и другими нормативно-правовыми актами. В то же время при осуществлении международного инкассо банки могут применять Унифицированные правила по инкассо, если в тексте инкассового поручения указано, что инкассо подчиняется этим правилам (п. 79).

В ст. 2 УПИ дано определение инкассо как операций, осуществляемых банками на основании полученных инструкций в целях: получения платежа или акцепта, передачи документов против платежа или против акцепта, передачи документов на других условиях. Под документами понимаются финансовые документы (переводные и простые векселя, чеки или иные подобные документы, используемые для получения платежа деньгами) и/или коммерческие документы (счета, транспортные документы, товарораспределительные или иные подобные документы). Правила различают «чистое инкассо» (инкассо финансовых документов, не сопровождаемых коммерческими документами) и «документарное инкассо» (инкассо финансовых документов, сопровождаемых коммерческими документами, и коммерческих документов, не сопровождаемых финансовыми документами).

Все документы, направляемые для инкассации, должны сопровождаться инкассовым поручением, в котором указывается, что данное инкассо подчиняется Унифицированным правилам по инкассо, публикация № 522, а также содержатся точные и полные инструкции банкам, которым разрешено действовать только в соответствии с инкассовыми инструкциями и Унифицированными правилами по инкассо.

Расчеты по инкассо дают определенные выгоды импортеру, поскольку он может получать товар, не произведя расчет за него. В результате у экспортера возникает риск, связанный с возможным отказом импортера от платежа. В связи с этим обстоятельством условием инкассовой формы расчетов является доверие импортера к платежеспособности и добросовестности экспортера. Для преодоления такого риска сложилась практика выдачи банком импортера экспортеру отдельной гарантии оплатить сумму инкассо в случае неплатежа со стороны импортера.

4. Межбанковские переводы осуществляются уполномоченными банками по поручению их клиентов в соответствии с имеющимися у них корреспондентскими отношениями с иностранными банками. В соответствии с Инструкцией о банковском переводе, утвержденной постановлением № 67 Национального банка, при этом должны соблюдаться требования законодательства Республики Беларусь.

В частности, в заключаемых договорах между уполномоченными банками и их банками-корреспондентами должны быть отражены следующие моменты:

– наименование валют, в которых открываются корреспондентские и (или) клиринговые счета;

- порядок открытия корреспондентских и (или) клиринговых счетов и проведения операций по ним;
- расчетный период, лимит сальдо клирингового счета, если он устанавливается, и порядок урегулирования сальдо клирингового счета;
- ответственность сторон по договору, в том числе за несвоевременное проведение межбанковских переводов;
- порядок рассмотрения споров в случае их возникновения.

При заключении между уполномоченным банком и иностранным банком договора об открытии счета «Ностро», его условия определяются по усмотрению сторон законодательством Республики Беларусь или законодательством страны, где находится банк.

Широкое распространение получили международные клиринговые переводы, осуществляемые на основе договоров, заключенных между уполномоченными банками и банками-нерезидентами. Для ведения клиринговых переводов открывается отдельный лицевой счет на балансовом счете банка для учета операций по клиринговым переводам. Сверки сумм, отражаемых по клиринговому счету, и урегулирование сальдо клирингового счета производятся в соответствии с условиями договора. Уполномоченный банк вправе, если иное не установлено законодательством Республики Беларусь, определить в договоре с банком-нерезидентом в качестве клиринговой валюты любую иностранную валюту, официальный курс белорусского рубля к которой установлен Национальным банком, или белорусские рубли.

§ 3. Вексель и чек в международных расчетах

1. В международных расчетах применяются переводные векселя (тратты), выставляемые кредитором на заемщика. Переводной вексель составляется в установленной форме и содержит безусловный приказ кредитора (трассанта) заемщику (трассату) об уплате в указанный в нем срок определенной денежной суммы названному в векселе третьему лицу (ремитенту) или предъявителю. Переводной вексель должен быть акцептован, т.е. заемщик обязан дать согласие на оплату указанной в нем суммы в установленный срок. Акцепт векселя производит заемщик или его банк. Таким образом, переводной вексель (или, как его еще называют, тратта) сочетает в себе свойства универсального международного кредитного и расчетного документа. При расчетах с использованием векселя экспортер передает тратту и товарные документы на инкассо своему банку, который получает валюту с импортера. Импортер получает товарные документы только оплатив или произведя акцепт тратты. Если экспортная поставка производится в кредит, срок оплаты векселя устанавливается соглашением сторон.

В июне 1930 г. по инициативе Лиги Наций в Женеве были приняты три конвенции, регулирующие вексельное обращение: Конвен-

ция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простых векселях, Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, Конвенция о гербовом сборе в отношении переводного и простого векселя.

СССР присоединился к Женевским конвенциям 20 ноября 1936 г. Республика Беларусь стала правопреемником в отношении указанных конвенций на основании Указа Президента Республики Беларусь от 17 июня 1997 г. № 392 «О правопреемстве Республики Беларусь в отношении Женевских конвенций 1930 г.».

2. Наиболее важна Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простых векселях. Она состоит из текста самой Конвенции и двух приложений. В Приложении I содержатся унифицированные нормы о форме векселя, порядке его передачи, акцепте векселя, поручительстве по векселю (авале), платеже, действии векселедержателя в случае неакцепта или неплатежа, посредничестве, количестве экземпляров и копиях, сроках давности и т.д. В Приложении II содержатся перечни допустимых оговорок в отношении единообразного закона о векселях.

В ст. 1 Конвенции стороны обязались ввести в действие на своих территориях единообразный закон, составляющий Приложение I к Конвенции.

Согласно ст. 1 Приложения I переводной вексель должен содержать:

- 1) наименование «вексель», включенное в сам текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен;
- 2) простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму;
- 3) наименование того, кто должен платить (плательщика);
- 4) указание срока платежа;
- 5) указание места, в котором должен быть совершен платеж;
- 6) наименование того, кому или по приказу кого платеж должен быть совершен;
- 7) указание даты и места составления векселя;
- 8) подпись того, кто выдает вексель (векселедателя).

Если срок платежа переводного векселя не указан, он рассматривается как подлежащий оплате по предъявлению. В переводном векселе, который подлежит оплате в срок по предъявлении или на протяжении определенного времени от предъявления, векселедатель может указать, что на всю вексельную сумму будут начислены проценты. Процентная ставка должна быть указана в векселе.

3. Поскольку Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселе, не в полном объеме унифицировала вексельное право государств-участников, одновременно с ней была принята Конвенция с целью разрешить противоречия в законодательстве, касающиеся вексельного права, с помощью единых коллизионных норм.

В Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, содержатся следующие коллизионные нормы:

- способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом;
- в случае отсылки к закону другой страны применяется закон, к которому следует отсылка;
- форма обязательства по переводному и простому векселю определяется законом той страны, на территории которой это обязательство было подписано;
- обязательство акцептанта переводного векселя (лица его подписавшего) определяется по закону места платежа по этому документу. Обязательства других лиц, поставивших свои подписи, определяются по закону той страны, на территории которой подписи были даны;
- сроки предъявления иска в порядке регресса определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа;
- наличие права требования у держателя переводного векселя решается по закону места составления документа;
- допустимость акцепта части суммы и возможность принятия держателем части платежа должны решаться по закону той страны, в которой должен быть совершен платеж по переводному векселю;
- форма и сроки платежа, а также форма других действий по осуществлению или сохранению прав по переводному и простому векселю определяются законами той страны, где должен быть совершен протест или соответствующее действие;
- в случае утраты или похищения переводного или простого векселя меры, которые необходимо принять, определяет закон той страны, где должен быть оплачен переводной или простой вексель.

Стороны могут не применять Конвенцию, если:

- 1) обязательство принято вне территории одного из Договаривающихся государств;
- 2) закон, подлежащий применению согласно этим принципам, не является законом одной из Договаривающихся Сторон.

Конвенция о гербовом сборе в отношении переводного и простого векселя содержит норму, изложенную в ст. 1, где государства-участники обязуются не ставить обязательства по переводному или простому векселю в зависимость от соблюдения постановлений о гербовом сборе. Однако они могут приостановить осуществление этих прав до уплаты гербового сбора, а также возникшей пени.

4. Женевская конвенция 1930 г., устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях, была воспринята на европейском континенте и ряде стран Азии, Африки и Латинской Америки.

В то же время Великобритания, США и другие страны общего права не присоединялись к Женевской конвенции, сохранив свой тип векселя. Основными отличиями англо-американского векселя от векселя, установленного Женевскими конвенциями, являются следующие:

- не требуется включение наименования «вексель» в текст документа;
- допускается выдача переводного векселя на предъявителя, в этом случае он приобретает форму чека;
- допускается любой способ обозначения срока платежа по векселю;
- не допускается поручительство (аваль) векселя;
- имеются и другие отличия юридико-технического характера.

Учитывая эту ситуацию, Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮСИТРАЛ) разработала проект Конвенции о международных переводных векселях и международных простых векселях, который был одобрен Генеральной Ассамблеей ООН в 1988 г. Цель этой Конвенции – предложить новое единообразное регулирование вексельного законодательства путем объединения европейского векселя и англо-американского. Однако Конвенция до сих пор не набрала необходимых десяти ратификаций государств для вступления в силу.

5. Законодательство Республики Беларусь по векселям, кроме уже названного Указа Президента Республики Беларусь от 17 июля 1997 г. № 392 «О правопреемстве Республики Беларусь в отношении Женевских конвенций 1930 г.», включает Закон Республики Беларусь от 13.12.1999 г. «Об обращении переводных и простых векселей»¹ и Указ Президента Республики Беларусь от 28 апреля 2006 г. № 278 «О совершенствовании регулирования вексельного обращения в Республике Беларусь»².

Закон «Об обращении переводных и простых векселей» 1999 г. основан на имплементации основных положений Женевской конвенции, устанавливающей единообразный закон о переводном и простом векселях, и содержит воспроизведение ее основных норм.

Указ Президента Республики Беларусь «О совершенствовании регулирования вексельного обращения в Республике Беларусь» содержит нормы, определяющие порядок выдачи, акцепта, индосирования, авалирования и оплаты простых и переводных векселей на территории Республики Беларусь.

Среди лиц, которым разрешено проводить операции с простыми и переводными векселями, в Указе названы международные организации, иностранные государственные органы и организации, ино-

¹ Об обращении переводных и простых векселей: Закон Республики Беларусь от 13.12.1999 г. № 341-З (в ред. Закона Республики Беларусь от 22.12.2005 г. № 76-З) // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 30.12.2005 г. – № 2/1173.

² О совершенствовании регулирования вексельного обращения в Республике Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь от 28.05.2006 г. (в ред. Указов Президента от 12.01.2007 г. № 23 и 01.03.2007 г. № 116) // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 04.05.2007 г. – 1/8471.

иностранцы, не имеющие постоянного места жительства на территории Республики Беларусь. За осуществление операций с простыми и переводными векселями, их копиями, а также экземплярами переводного векселя взимается гербовый сбор. При передаче международным организациям, иностранным государственным органам и организациям, иностранным гражданам и лицам без гражданства и получении от них простых и переводных векселей гербовый сбор взимается по ставке 15% от вексельной суммы, в то время как ставка гербового сбора для резидентов за проведение аналогичных операций составляет 0,1% от суммы векселя. Такая высокая ставка гербового сбора не стимулирует развитие вексельного обращения с участием иностранных юридических и физических лиц.

6. В международных расчетах используются также чеки, впервые появившиеся в виде квитанций кассиров в XVI в. При расчете с помощью чека импортер (должник) либо самостоятельно выдает чек (чек клиента), либо поручает его выписку банку (чек банка). В 1931 г. Лигой Наций была произведена унификация правовых норм, касающихся применения чеков в международных расчетах, путем принятия трех Женевских конвенций: Конвенции о единообразном законе о чеках, Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках, Конвенции о гербовом сборе в отношении чеков.

Чек относится к денежным документам строго установленной формы и содержит приказ владельца банковского счета (чекодателя) банку о выплате держателю чека указанной в нем суммы по предъявлению или в течение определенного срока.

На чеке обязательно должны быть указаны следующие реквизиты:

- 1) наименование «чек» на языке составления документа;
- 2) простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму;
- 3) наименование плательщика;
- 4) наименование места (банка), в котором должен быть совершен платеж;
- 5) указание даты и места составления чека;
- 6) подпись чекодателя.

Чек не используется для кредитования и поэтому он не предусматривает уплаты процентов. В отличие от векселя срок обращения чека ограничен следующими сроками: чек, оплачиваемый в стране его выставления, предъявляется к платежу в течение восьми дней; если выставление чека и его оплата происходят в разных странах, то чек предъявляется в течение двадцати дней; если страны находятся в разных частях света, срок предъявления не должен превышать семидесяти дней. В Европе и странах Средиземноморья срок обращения не должен превышать двадцати дней.

Чек может быть передан другому лицу посредством совершения передаточной надписи-индоссамента на оборотной стороне чека.

Платеж по чеку может быть гарантирован любым лицом с помощью слов «аваль» или «гарантирован» и подписи лица, взявшего на себя ответственность за платеж. Коллизионные нормы, содержащиеся в Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках 1931 г., полностью совпадают с коллизионными нормами, содержащимися в Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г.

Республика Беларусь в чековых конвенциях не участвует.

§ 4. Валютные ценности и валютные операции в Республике Беларусь

1. Закон Республики Беларусь от 22 июля 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле»¹ устанавливает правовые основы и принципы валютного регулирования в Республике Беларусь.

Под валютными ценностями в Законе понимаются:

1) иностранная валюта (денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монет, находящихся в обращении и являющихся законным платежным средством в соответствующем государстве или группе государств, а также изъятые или изымаемые из обращения, но подлежащие обмену указанные денежные знаки);

2) платежные документы в иностранной валюте, являющиеся таковыми по законодательству Республики Беларусь;

3) ценные бумаги в иностранной валюте;

4) белорусские рубли при совершении сделок между резидентами и нерезидентами на территории Республики Беларусь, их ввозе и вывозе из Республики Беларусь при осуществлении международных банковских переводов;

5) ценные бумаги в белорусских рублях при совершении сделок между резидентами и нерезидентами.

Под валютными операциями в Законе понимаются:

1) сделки, предусматривающие использование иностранной валюты, ценных бумаг в иностранной валюте, платежных документов в иностранной валюте;

2) сделки между резидентами и нерезидентами, предусматривающие использование белорусских рублей, ценных бумаг в белорусских рублях;

3) сделки между нерезидентами, предусматривающие использование белорусских рублей, ценных бумаг в белорусских рублях, совершаемые на территории Республики Беларусь;

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 11.01.2008 г. – № 2/1414.

4) ввоз и пересылка в Республику Беларусь, а также вывоз и пересылка из Республики Беларусь валютных ценностей;

5) международные банковские переводы;

6) операции нерезидентов с белорусскими рублями по счетам и вкладам (депозитам) в банках и небанковских кредитно-финансовых организациях Республики Беларусь, не влекущие перехода права собственности на эти белорусские рубли;

7) операции с иностранной валютой по счетам и вкладам (депозитам) в банках и небанковских кредитно-финансовых организациях Республики Беларусь, банках и иных предметных организациях за пределами Республики Беларусь, не влекущие переход права собственности на эту иностранную валюту.

2. Все валютные операции в Республике Беларусь подразделяются на текущие валютные операции и валютные операции, связанные с движением капитала.

Текущие валютные операции, проводимые между резидентами, включают:

1) осуществление расчетов по сделкам, предусматривающим экспорт или импорт товаров (работ, услуг), охраняемой информации, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, если срок платежей по сделкам не превышает 180 дней;

2) предоставление и получение кредитов или займов на срок, не превышающий 180 дней;

3) перевод и получение процентов, дивидендов и иных доходов по вкладам (депозитам), инвестициям, заемным и кредитным операциям;

4) операции неторгового характера.

Валютные операции, связанные с движением капитала, проводимые резидентами и нерезидентами, – это:

1) приобретение акций при их распределении среди учредителей, доли в уставном фонде или пая в имуществе резидентов;

2) приобретение ценных бумаг, выпущенных резидентами или нерезидентами;

3) переводы для осуществления расчетов по обязательствам, предусматривающим передачу недвижимого имущества или прав на него;

4) расчеты по сделкам, предусматривающим экспорт или импорт товаров (работ, услуг), охраняемой информации, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, если срок платежа превышает 180 дней;

5) предоставление и получение кредитов или займов на срок, превышающий 180 дней;

6) иные валютные операции, не относимые к текущим валютным операциям.

Расчеты по валютным операциям, проводимые между юридическими лицами, между юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, а также между индивидуальными предпринимателями, осуществляются в безналичном порядке, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами Республики Беларусь или нормативными актами Национального банка. Текущие валютные операции осуществляются между резидентами и нерезидентами без ограничений. Для проведения резидентами валютных операций, связанных с движением капитала, требуется разрешение Национального банка, если иное не установлено указанным Законом и Президентом Республики Беларусь.

В Законе регулируется проведение следующих валютно-обменных операций:

- 1) операции по обмену иностранной валюты на белорусские рубли и обмену белорусских рублей на иностранную валюту по установленным обменным курсам (купля–продажа иностранной валюты);
- 2) операции по обмену одного вида валюты на другой вид иностранной валюты (конверсия иностранной валюты);
- 3) иных операций, определенных Национальным банком.

Валютно-обменные операции осуществляются через банки и небанковские кредитно-финансовые организации, получившие специальное разрешение (лицензию) на осуществление такой деятельности. Национальный банк может устанавливать предельные значения обменных курсов для купли–продажи и конверсии иностранной валюты.

3. Для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, получающих в результате внешнеэкономических сделок иностранную валюту, установлена ее обязательная продажа. Указом Президента Республики Беларусь от 17 июля 2006 № 452 (в ред. Указа от 28.01.2008 г. № 42) установлено, что юридические лица и индивидуальные предприниматели, являющиеся резидентами Республики Беларусь в соответствии с Законом «О валютном регулировании и валютном контроле», осуществляют обязательную продажу иностранной валюты на внутреннем валютном рынке в Республике Беларусь в размере 30% от суммы выручки в иностранной валюте в порядке, определенном Национальным банком Республики Беларусь. Приложение к постановлению Национального банка Республики Беларусь от 13.09.2006 № 129 устанавливает следующий перечень двадцати двух иностранных валют, подлежащих обязательной продаже: австралийский доллар, датская крона, доллар США, евро, исландская крона, иена, канадский доллар, норвежская крона, российский рубль, фунт стерлингов, шведская крона, швейцарский франк, форинт, новый израильский шекель, новозеландский доллар, злотый, турецкая лира, чешская крона, литовский лит, латвийский лат, тенге, китайский юань. Обязательная продажа иностранной валюты не осуществляется: бан-

ками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями, страховыми организациями, резидентами свободных экономических зон Республики Беларусь. Обязательная продажа осуществляется через банки на торгах ОАО «Белорусская валютно-фондовая биржа».

Порядок ввоза и вывоза иностранной валюты физическими лицами в Республику Беларусь и из Республики Беларусь устанавливается Национальным банком совместно с Государственным таможенным комитетом.

Резиденты и нерезиденты вправе открывать в банках и небанковских кредитно-финансовых учреждениях Республики Беларусь счета в белорусских рублях и любой иностранной валюте. Резиденты могут открывать счета в иностранной валюте и белорусских рублях в банках и иных кредитных организациях за пределами Республики Беларусь при условии получения разрешения Национального банка. Такое разрешение не требуется для физических лиц в период их проживания за пределами Республики Беларусь.

Резидентами в Законе «О валютном регулировании и валютном контроле» именуются:

1) физические лица – граждане Республики Беларусь, а также иностранные граждане и лица без гражданства, имеющие вид на жительство, выданный государственными органами Республики Беларусь;

2) юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Республики Беларусь, с местом нахождения в Республике Беларусь;

3) филиалы и представительства белорусских юридических лиц, находящиеся за пределами Республики Беларусь;

4) дипломатические и иные официальные представительства, консульские учреждения Республики Беларусь, находящиеся за пределами Республики Беларусь.

К нерезидентам Закон относит:

1) физических лиц – иностранных граждан и лиц без гражданства, за исключением тех, кто имеет вид на жительство в Республике Беларусь;

2) юридических лиц, созданных в соответствии с законодательством иностранных государств, с местом нахождения вне пределов Республики Беларусь;

3) организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, находящиеся в Республике Беларусь и за ее пределами;

4) дипломатические и иные официальные представительства, консульские учреждения иностранных государств, находящиеся в Республике Беларусь и за ее пределами;

5) международные организации, их филиалы и представительства;

6) филиалы и представительства нерезидентов, находящиеся в Республике Беларусь и за ее пределами;

7) иностранные государства, их административно-территориальные единицы, участвующие в отношениях, регулируемых валютным законодательством Республики Беларусь.

В статье 3 Закона указывается, что «Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства Республики Беларусь».

Нормы, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь валютного законодательства, подлежат непосредственному применению, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта». Такая формулировка, как это было установлено (см. гл. 2 § 4), на практике означает действие тех национально-правовых актов, которыми международные договоры имплементированы в белорусское законодательство.

§ 5. Страхование валютных рисков. «Валютная привязка» в долговых обязательствах

1. При осуществлении внешнеэкономических сделок, предоставлении и получении кредитов возникает вопрос о защите от валютных рисков. Этот вопрос возникает в связи с тем, что реальное содержание денег как меры стоимости изменяется в результате перманентной инфляции, которая происходит практически со всеми валютами во всех странах, но в разных уровнях.

В законодательстве и судебной практике большинства европейских стран в отношении изменения реальной ценности денег сложился принцип номинализма. Еще в 1604 г. английский суд вынес решение по одному из дел, где признал, «что с точки зрения права фунт всегда есть фунт, какова бы ни была его ценность»¹.

Однако практика денежных обязательств после Второй мировой войны развивалась в направлении создания различного рода оговорок (золотой, индексной, оговорки о пересмотре цены) с целью не допустить финансовых потерь от реального снижения стоимости валюты обязательств. Именно этой причиной было вызвано создание в 1967 г. в рамках Международного валютного фонда искусственной международной единицы – «специального права заимствования» (СПЗ). Эта денежная единица носит условный характер и лишь регистрирует рыночный курс валют к доллару, а через него – к другим валютам. Расчет курса СПЗ к доллару происходит на базе так называемой валютной корзины – соизмерения средневзвешенного курса одной валюты по отношению к определенному набору других валют. До 1 января 1981 г. валютная

¹ Гражданское и торговое право капиталистических стран. – М., 1993. – С. 296.

корзина СПЗ состояла из 16 валют, с 1981 г. – из пяти валют, с 1999 г – из трех: доллара США, фунта стерлингов и японской йены. С 1975 г. «специальные права заимствования» начали включаться в транспортные конвенции в качестве расчетной единицы ответственности перевозчика при определении возмещения за причинение вреда пассажирам, а также при оценке ущерба в случае повреждения или утраты груза.

2. Необходимость защиты интересов кредиторов в условиях высокой инфляции вызвало появление ст. 298 в ГК Республики Беларусь «Валюта денежных обязательств». Во втором абзаце п. 1 статьи говорится: «В денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в белорусских рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (ЭКЮ, «специальных правах заимствования» и др.). В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата не установлены законодательством или соглашением сторон».

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 357–420.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 316–327.
3. Ерпылева, Н.Ю. Международное банковское право: учеб. пособие / Н.Ю. Ерпылева. – М., 1998. – С. 65–85, 99–115.
4. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 417–440.
5. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 616–640.
6. Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – М., 2006. – С. 288–360.
7. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 356–388.
8. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 337–375.
9. Международные валютно-кредитные и финансовые отношения: учебник / под ред. Л.Н. Красавиной. – М., 2003.
10. Научно-практический комментарий к Банковскому кодексу Республики Беларусь: в 2 кн. / В.В. Жуков, [и др.] – Минск, 2002. – Кн. 1.
11. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 169–204.
12. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 59–77.

ГЛАВА 11

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЕРЕВОЗКИ ПАССАЖИРОВ, ГРУЗОВ И БАГАЖА

За морем телушка-полушка – да рубль перевоз.
Русская народная пословица

§ 1. Общие вопросы международных перевозок

1. Вся история развития нашей цивилизации – это непрерывный процесс создания средств сообщений и поиск наиболее оптимальных возможностей для перемещения людей и грузов. Современная глобализация – результат непрерывной работы мировых транспортных артерий, по которым движется все возрастающий поток грузов и пассажиров.

Предметом регулирования в международном частном праве являются международные перевозки, под которыми понимаются перевозки пассажиров и грузов, сопровождаемые пересечением государственных границ. Основная роль в регулировании международных перевозок принадлежит межгосударственным соглашениям, поскольку в практике международного общения сложился разрешительный порядок доступа иностранных транспортных средств на территорию государств. Международные транспортные конвенции устанавливают единые унифицированные нормы, которые определяют требования к провозным документам, порядок приема груза к перевозке и его выдаче в конечном пункте назначения, материальную ответственность перевозчика в случае причинения вреда пассажирам, утраты либо повреждения груза, невыполнения обязательств по перевозке, порядок предъявления претензий и исков и т.д. При отсутствии унифицированных норм применяются нормы национального права отдельных стран, через территории которых производятся международные перевозки.

2. Характерной особенностью Республики Беларусь является ее выгодное географическое расположение, поскольку через территорию нашего государства проходят стратегически важные транспортные артерии из стран Западной Европы в Россию и другие страны СНГ. Это вызывает необходимость регулирования грузопотоков, проходящих через нашу страну. Республика Беларусь является участницей ряда транспортных конвенций, подписанных в советский период и за годы суверенного существования. При этом Республика Беларусь участвует в международных договорах, которые регламентируют как публично-правовые, так и частноправовые отношения, касающиеся международных перевозок. Участие в транспортных конвенциях существенным образом отразилось и на развитии национального законодательства в сфере транспорта и коммуникаций. В Республике Беларусь бы-

ли приняты и действуют Кодекс торгового мореплавания (1999 г.), Воздушный кодекс (2006 г.), Законы «Об основах транспортной деятельности» (1998 г.), «О железнодорожном транспорте» (1999 г.), изданы и действуют различные положения и правила, касающиеся транспортных средств и осуществления перевозок.

Отдельные нормы по регулированию перевозок содержатся и в разделе VII Гражданского кодекса. Так, согласно ст. 1122 «Право собственности и другие вещные права на движимое имущество, находящееся в пути по сделке, определяется по праву страны, из которой это имущество отправлено, если иное не установлено соглашением сторон». В соответствии с п. 1 ст. 1125, к договору по перевозке при отсутствии соглашения сторон применяется право страны перевозчика, а к договору транспортной экспедиции – право страны экспедитора.

Принято различать виды перевозки в зависимости от транспорта, используемого для их осуществления, в связи с чем выделяют: международные автомобильные, международные железнодорожные, международные воздушные и международные морские перевозки. В последнее время получают все более широкое распространение смешанные перевозки, производимые, как правило, в контейнерах, что облегчает смену видов транспорта при проведении таких перевозок.

§ 2. Международные автомобильные перевозки

1. Автомобильные перевозки в последнее десятилетие успешно конкурируют с другими видами перевозок. Их преимущество особенно проявляется при перевозках небольших партий грузов, когда товар непосредственно доставляется от продавца к покупателю.

Для регулирования международных автомобильных перевозок в Европе были заключены ряд конвенций. Публично-правовое регулирование международных автомобильных перевозок осуществляют в настоящее время Конвенция о дорожном движении 1968 г. (вступила в силу с 1977 г.), Европейское соглашение 1971 г., дополняющее Конвенцию о дорожном движении, Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов (ДПОГ) 1957 г., Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП 1959 г. (действует в редакции 1975 г.).

Последняя из перечисленных конвенций, которую для краткости называют Конвенцией МДП, имеет особое значение, поскольку с ней связаны коренные изменения в практике организации международных автомобильных перевозок. Конвенция ввела использование при перевозках книжек МДП (международной дорожной перевозки), что освободило перевозчиков от уплаты ввозных или вывозных пошлин и сборов на промежуточных таможах, а также от процедуры

таможенного досмотра перевозимого груза на границе, поскольку он перевозится в опломбированных контейнерах или опломбированных транспортных средствах и предъявляется к досмотру в месте назначения. Таможенный досмотр возможен на границе лишь с целью предупреждения злоупотреблений и при наличии подозрений относительно имеющихся нарушений при осуществлении перевозок.

Выдачу бланков книжек МДП производят объединения перевозчиков, создаваемые в государствах-участниках Конвенции. Помимо выдачи книжек, объединения перевозчиков берут на себя обязанность по солидарной ответственности за уплату причитающихся ввозных и вывозных пошлин и сборов, а также процентов за их просрочку, с лицами, обязанными уплачивать эти суммы.

При перевозке с применением книжки МДП на дорожном транспортном средстве должна быть прикреплена съемная табличка с надписью «TIR». Книжка МДП действительна только для выполнения одной перевозки и должна содержать такое количество отрывных листков для принятия к таможенному оформлению груза, какое необходимо для данной перевозки. Перевозки с применением книжек МДП могут производиться через несколько таможен места отправления и места назначения, но при этом таможенные места отправления должны находиться только в одной стране, а таможенные места назначения не больше, чем в двух странах, и общее число таможен отправления и назначения не должно превышать четырех.

2. Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ), заключенная 19 мая 1956 г. в Женеве, регулирует отношения между перевозчиком и отправителем груза. Она применяется ко всякому договору дорожной перевозки грузов, когда место погрузки груза и место его доставки, указанные в договоре, находятся на территории двух разных стран, из которых, по крайней мере, одна должна быть участницей Конвенции.

Конвенция утвердила правило, что договор перевозки устанавливается накладной, которая составляется в трех оригиналах, подписанных отправителем и перевозчиком. Первый экземпляр накладной передается отправителю, второй сопровождает груз, третий остается у перевозчика. Накладная имеет силу договора относительно его условий и удостоверяет принятие груза перевозчиком. Отправитель обязан до отправки груза присоединить к накладной или предоставить в распоряжение перевозчика необходимые документы, относящиеся к грузу, и сообщить все требуемые сведения для выполнения таможенных и иных формальностей. Право распоряжения грузом, находящимся в пути, остается у отправителя до момента передачи второго экземпляра накладной получателю. Перевозчик несет ответственность за полную или частичную потерю груза или за его повреждение, произошедшее во время перевозки, а также за несвоевременную доставку. Если воз-

никает необходимость возмещения ущерба, вызванная полной или частичной потерей груза, размер, подлежащий возмещению суммы, определяется на основании стоимости груза в месте и во время принятия его для перевозки. Размер возмещения не может превышать 25 золотых франков за килограмм недостающего веса брутто (под франком понимается золотой франк весом 10/31 грамм золота, 0,900 пробы).

Срок подачи рекламации в связи с состоянием доставленного груза установлен в 7 дней, не считая воскресенья и нерабочих дней. Подача претензии в связи с просрочкой в доставке груза производится в течение 21 дня со дня передачи груза в распоряжение получателя.

Срок исковой давности в Конвенции установлен в один год. Его течение исчисляется:

- а) в случае частичной потери груза, повреждения его или просрочки в доставке – со дня сдачи груза;
- б) в случае потери всего груза – с 30-го дня по истечении установленного срока доставки, если он не был установлен – с 60-го дня от принятия груза перевозчиком;
- в) во всех других случаях – по истечении 3-месячного срока со дня заключения договора перевозки.

По поводу нарушения обязательств истец может обратиться в компетентные суды участвующих в Конвенции государств, определенных с общего согласия сторон, а также в суды государства, на территории которого находятся:

- а) обычное место жительства ответчика, его главная контора или отделение или агентство, при посредничестве которых был заключен договор перевозки, или
- б) место принятия груза к перевозке или место доставки, и может обратиться лишь к этим судам.

Договор перевозки может содержать статью, где устанавливается компетенция арбитражного суда, по рассмотрению спора, но при условии, что арбитражный суд обязан применять нормы Конвенции.

Республика Беларусь присоединилась к Конвенции 5 апреля 1993 г. Всего в Конвенции участвуют более 40 государств.

3. Пассажирские перевозки регулирует универсальная Конвенция о договоре международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа (КАПП), подписанная в Женеве 1 марта 1973 г. Эта Конвенция применяется ко всякому договору автомобильной перевозки пассажиров при условии ее осуществления на территории, по крайней мере, двух государств и нахождении пункта отправления или назначения, или того и другого на территории одного из государств-участников.

В соответствии с Конвенцией перевозчик несет ответственность за ущерб, связанный со смертью, телесными повреждениями или нанесением любого другого вреда здоровью пассажира во время перевозки. Предел ма-

териального возмещения на одного пострадавшего не может превышать 250.000 франков. Однако любое государство-участник может установить более высокий предел или не устанавливать никакого предела. В п. 3 ст. 13 Конвенции указано, что стороны договора перевозки могут договориться об установлении более высокого предела ответственности.

Возмещение при утере багажа не может превышать 500 франков за единицу багажа и 2000 франков на пассажира. Возмещение за утерю или повреждение личных вещей также возможно в пределах не более 1000 франков на пассажира.

Предъявление иска в связи со смертью, телесными повреждениями или другим ущербом физическому или психическому здоровью пассажира возможно в течение трех лет, все другие иски – в течение года, со дня прибытия транспортного средства в пункт назначения.

Место предъявления исков определяется таким же образом, как и в Конвенции о договоре перевозки грузов 1956 г.

4. Государства-члены СНГ в октябре 1997 г. заключили Конвенцию о международных автомобильных перевозках пассажиров и багажа (для Республики Беларусь Конвенция вступила в силу 14 сентября 1999 г.). Конвенция регулирует перевозки пассажиров и багажа в международном сообщении автобусами, независимо от их регистрации, и имеет обязательную силу для перевозчиков. В ней регламентируются условия и правила перевозок, ответственность перевозчиков, порядок предъявления претензий и исков. Согласно ст. 13 Конвенции пассажир имеет право предъявить претензию перевозчику в течение семи дней со дня своего прибытия или прибытия багажа в пункт назначения. В случае болезни пассажира этот срок может быть продлен до его выздоровления. Пассажир имеет право обратиться с иском в суды государства, на территории которого произошло событие, повлекшее причинение вреда либо ущерба, а также по юридическому адресу перевозчика или пассажира. Право на предъявление иска в связи с полной или частичной утерей багажа или его повреждением сохраняется в течение одного года, а в случае причинения вреда здоровью пассажира – трех лет. Приложением к Конвенции являются Правила перевозки пассажиров и багажа автомобильным транспортом в международном сообщении государств-участников.

5. Помимо многосторонних конвенций Республика Беларусь подписала более двадцати межправительственных соглашений о международных автомобильных перевозках пассажиров и грузов. Такие соглашения заключены с Арменией, Эстонией, Финляндией, Норвегией, Данией, Словакией, Чехией, Венгрией, Германией, Румынией, Бельгией, Латвией, Литвой, Узбекистаном, Молдавией, Югославией, Болгарией, Азербайджаном, Казахстаном, Польшей, Ливаном, Сирией, Иорданией, Италией, Таджикистаном. Основное содержание соглашений сводится к следующим положениям:

- 1) иностранные перевозчики осуществляют международные автомобильные перевозки по территории Беларуси в соответствии с белорусским законодательством и двусторонними соглашениями;
- 2) белорусские перевозчики в свою очередь осуществляют международные перевозки по территории других государств в соответствии с иностранным законодательством и двусторонними соглашениями;
- 3) запрещается перевозка грузов и пассажиров транспортными средствами, принадлежащими иностранным перевозчикам, временно ввезенными ими на территорию Республики Беларусь;
- 4) белорусские перевозчики должны получить лицензию на этот вид деятельности.

§ 3. Международные железнодорожные перевозки

1. Железнодорожный транспорт, быстро развивавшийся со второй половины XIX века, стал не только мощным фактором развития всей мировой экономики, но и способствовал развитию общения между гражданами разных государств. Следствием развития железнодорожного транспорта, шагнувшего за пределы отдельных стран, было заключение в 1890 г. Бернской конвенции о железнодорожных перевозках грузов (МГК), в которой участвовала и Россия. В 1923 г. была подписана Бернская конвенция о железнодорожных перевозках пассажиров и багажа (МПК), дополненная в 1966 г. Соглашением по регулированию ответственности железных дорог при перевозке пассажиров.

В мае 1980 г. на специальной конференции по пересмотру Бернских конвенций было принято объединенное Соглашение о международных железнодорожных перевозках (*Convention relative aux transports internationaux ferroviaires* (сокращенно – КОТИФ), вступившее в действие в 1985 году. КОТИФ имеет два приложения: Приложение А, которое применяется к перевозке пассажиров, получившее название Единые правила МПК, и Приложение Б, содержащее условия перевозки грузов, названное Едиными правилами МГК. В нем участвуют большинство стран Европы, а также некоторые страны Азии и Северной Африки.

СССР не участвовал в Бернских конвенциях и КОТИФ, но эти правовые акты получили отражение в Уставе железных дорог СССР, принятом в 1964 г. и других внутрисоюзных нормативных актах железнодорожного транспорта. В настоящее время из стран СНГ свое участие в КОТИФ оформила только Украина, вступившая в него в 1997 г.

Соглашение КОТИФ учредило Организацию международного железнодорожного транспорта и определило ее организационную структуру и полномочия. Провозные платежи определяются исходя из международных и национальных тарифов. В договорах перевозки должны указываться предельные сроки доставки грузов, которые ус-

танавливаются из расчета большой скорости (400 км в сутки) и малой скорости (300 км в сутки), определенных в КОТИФ. В связи с введением МВФ в 1976–1978 гг. новой международной расчетной единицы (СПЗ), ответственность железных дорог в случае несохранности перевозимых грузов в КОТИФ была определена не в швейцарских франках, как это было установлено в транспортных конвенциях, принятых ранее, а в СПЗ. В частности за 1 кг веса брутто возмещается 17 СПЗ. По правилам КОТИФ просрочка в доставке груза возмещается перевозчиком в пределах трехкратной стоимости платы за провоз.

2. В период существования социалистического содружества между странами, входившими в Совет экономической взаимопомощи, в 1950 г. были заключены два договора, регулировавших международные железнодорожные перевозки: Соглашение о международном грузовом сообщении (СМГС) и Соглашение о международном пассажирском сообщении (СМПС). Основной грузопоток приходился на народнохозяйственные грузы, в связи с чем приоритетное значение в прошлом и в настоящее время имело СМГС. В октябре 1997 г. в Баку было подписано Соглашение между железнодорожными администрациями государств-участников СНГ, а также Латвии, Литвы и Эстонии, об особенностях применения отдельных норм Соглашения о международном грузовом сообщении. Новая редакция текста СМГС была опубликована в 1998 году. Соглашение предусматривает установление железнодорожного сообщения для перевозок грузов между железными дорогами 22 государств, в число которых входят государства СНГ (за исключением Армении), Вьетнам, Китай, Северная Корея, Монголия, Иран, Польша, Албания, Литва, Латвия и Эстония.

Внешнеторговые грузы в странах-участницах СМГС оформляются международной накладной по правилам, действующим в стране отправления. Накладная состоит из пяти листов: 1) оригинала накладной, 2) дорожной ведомости, 3) дубликата накладной, 4) листа выдачи грузов, 5) листа уведомления о прибытии груза.

Заполнение накладной производится на языке страны отправления, а также на одном из рабочих языков Организации сотрудничества железных дорог: русском или китайском. Китайский язык применяется при перевозке грузов в СРВ, КНР и КНДР, но может применяться и русский.

При перевозке малой скоростью (300 км) бланк накладной печатается черным шрифтом на белой бумаге. При перевозках большой скоростью (400 км) на бланк с лицевой и обратной стороны наносятся красные полосы шириной 1 см у верхнего и нижнего краев. Принятые к перевозке грузы от одного отправителя по одной накладной считаются отправкой. Имеются следующие виды отправок: повагонная, мелкая (до 500 кг брутто) и отправка крупнотоннажного контейнера.

Провозные платежи выплачиваются по ставкам Международного транзитного тарифа (МТТ). Ответственность железных дорог за несохранность перевозимого груза наступает при наличии вины, которая презимируется, но при определенных обстоятельствах вина железных дорог должна быть доказана грузовладельцем. Возмещение за несохраненный либо утерянный груз выплачивается в пределах его действительной стоимости, определяемой по внешнеторговой цене (если отвечают иностранные дороги) или внутренней (при ответственности национальных дорог). Срок предъявления претензий и исков в СМГС определен в 9 месяцев, а по требованиям о просрочке в доставке грузов – 2 месяца. Претензия грузовладельца должна быть рассмотрена в 6-месячный срок. Отклонение претензии или оставление ее без ответа дает право обратиться с иском в суд.

3. Несмотря на различия регулирования, возможны и железнодорожные перевозки из стран, входящих в СМГС, в европейские страны, где действует соглашение КОТИФ. При таких перевозках в накладной СМГС в качестве получателя называется выходная железнодорожная станция страны СМГС, а в графе об особых заявлениях указывается конечный получатель в европейской стране. На выходной станции выписывается новая накладная по форме КОТИФ, и груз следует дальше к получателю. При отправке груза из стран, входящих в КОТИФ, в страну СМГС производится обратная процедура.

Помимо многосторонних соглашений государства заключают и двусторонние договоры о международном железнодорожном грузовом и пассажирском сообщении. Правительство Республики Беларусь заключило ряд договоров, регулирующих железнодорожное сообщение с другими странами. Среди них: Соглашение между правительством Республики Беларусь и Правительством Польши о железнодорожном сообщении через государственную границу от 20 мая 1992 г., Соглашения о координации деятельности железнодорожного транспорта с правительствами Российской Федерации (1992 г.), Казахстана (1992 г.), Украины (1992 г.), Азербайджана (1993 г.), Узбекистана (1994 г.), Латвии (1995 г.), Литвы (2000 г.), Эстонии (2001 г.).

§ 4. Международные воздушные перевозки

1. Международный воздушный транспорт выполняет, главным образом, перевозки пассажиров. Основное достоинство этого вида перевозки – скорость, которая ставит воздушные перевозки вне конкуренции.

Международные воздушные перевозки регулируются: Конвенцией для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г. (Варшавская конвенция), Конвенцией о Международной гражданской авиации 1944 г., Монреальской конвенцией для унификации некоторых правил международной воздушной

перевозки 1999 г., двусторонними договорами государств и национальным законодательством отдельных государств.

Организация международного воздушного сообщения определяется Конвенцией о Международной гражданской авиации, подписанной в Чикаго 7 декабря 1944 г.

Конвенция 1944 г. состоит из четырех частей: I часть – Аэронавигация, II часть – Международная организация гражданской авиации, III часть – Международный воздушный транспорт, IV часть – Заключительные положения. В ст. 1 Конвенции признается полный и исключительный суверенитет государства над своим воздушным пространством, в связи с чем регулярные полеты иностранных воздушных судов над территорией государства производятся только по специальному разрешению. Воздушные суда имеют национальность того государства, в котором они зарегистрированы. Каждое воздушное судно, участвующее в международной навигации, должно иметь следующие документы:

- 1) свидетельство о его регистрации;
- 2) удостоверение о годности к полетам;
- 3) соответствующие свидетельства на каждого члена экипажа;
- 4) бортовой журнал;
- 5) при перевозках пассажиров – список фамилий с указанием пунктов отправления и назначения;
- б) при перевозке груза – подробную декларацию на груз.

Удостоверение о годности к полетам выдается государством, где воздушное судно зарегистрировано. Каждое государство обязуется сотрудничать в обеспечении единообразия правил, стандартов, процедур и по всем другим вопросам, которые содействуют аэронавигации и совершенствуют ее.

Во второй части Конвенции решены вопросы, связанные с учреждением и деятельностью Международной организации гражданской авиации (ИКАО). Беларусь участвует в Чикагской конвенции с 4 июля 1993 г.

2. Частноправовые вопросы международных перевозок грузов и пассажиров определены Варшавской конвенцией 1929 г., дополненной Гаагским протоколом 1955 г.

В ст. 1 Конвенции определен предмет ее применения – международная перевозка людей, багажа или товаров, осуществляемая за оплату. Под международными перевозками в Конвенции понимается всякая перевозка, при которой место отправления и место назначения расположены на территории двух государств или одного государства, если при перевозке производится остановка на территории другого государства.

Перевозным документом для пассажира является билет с указанием места отправления и назначения; для багажа – багажная квитанция, которая может объединяться с проездным билетом или включаться в него; для груза – воздушно-перевозочный документ, составляемый в трех

экземплярах. Воздушно-перевозочный документ удостоверяет заключение договора, принятия груза к перевозке и условия перевозки. До принятия груза получателем отправитель имеет право распоряжаться им, если это право не наносит ущерба перевозчику и другим отправителям.

Перевозчик отвечает за вред, причиненный пассажиру на борту воздушного судна или во время операций при посадке и высадке. Также установлена ответственность в случае уничтожения, потери или повреждения зарегистрированного багажа или товара при перевозке. Особая ответственность устанавливается за вред, причиненный вследствие опоздания при перевозке пассажиров, багажа или товаров. Во всех случаях причинения вреда вина перевозчика презюмируется, но перевозчик не несет ответственности, если докажет, что им и его агентами были приняты все необходимые меры к тому, чтобы избежать вреда, или что им было невозможно принять эти меры.

Ответственность перевозчика ограничена в отношении каждого пассажира 250 тыс. франков, но по особому соглашению перевозчика с пассажиром может быть установлен и более высокий предел ответственности. При перевозке багажа и грузов ответственность перевозчика ограничивается суммой в 250 франков за один килограмм веса и в 5 тыс. франков за ручную кладь пассажира. Повышенное возмещение возможно, если была заявлена ценность багажа или груза и уплачен дополнительный сбор.

Пределы ответственности не должны применяться, если будет доказано, что ущерб является результатом действия или бездействия перевозчика или его агентов с целью причинить ущерб, либо действий, носивших опрометчивый характер с осознанием возможности причинения ущерба.

В случае нанесения ущерба при перевозке багажа или груза претензия должна быть заявлена немедленно и самое позднее – в течение 7 дней со дня получения багажа и четырнадцати дней со дня получения груза. В случае задержки багажа или груза претензия предъявляется в течение двадцати одного дня, считая от даты их передачи получателю.

Иск об ответственности должен быть возбужден в течение двух лет с момента прибытия по назначению или со дня, когда воздушное судно должно было прибыть. По выбору истца иск может быть предъявлен в суде одного из государств-участников Конвенции либо в суде по месту жительства перевозчика, по месту нахождения главного управления его предприятия или месту, где был заключен договор перевозки, либо в суде места назначения. Процедура предъявления иска определяется законом суда, где предъявляется иск. Правила о подсудности не могут быть изменены соглашением сторон, но Конвенция допускает третейское разбирательство, если оно происходит в тех местностях, на которые распространяется компетенция судов, указанных в Конвенции.

3. В мае 1999 г. была принята Монреальская конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перево-

зок, предназначенная заменить Варшавскую конвенцию 1929 г. Конвенция регулирует перевозку пассажиров, багажа и грузов. Главной ее особенностью является резкое повышение ответственности перевозчика за вред, причиненный пассажиру, его багажу или грузу. Монреальская конвенция вводит двухуровневую систему ответственности за причиненный вред пассажиру. По первому уровню воздушная компания должна выплатить без судебного разбирательства 135 тыс. долларов независимо от вины в случае гибели пассажира. Второй уровень ответственности наступает в случае вины авиаперевозчика и не предусматривает ограничений в выплате компенсаций. За сохранность багажа ответственность увеличена с 400 долларов до одной тысячи за 20 кг веса.

Монреальская конвенция вступила в действие в октябре 2003 г. после ратификации ее тридцатью государствами. Из европейских стран в ней участвуют Греция, Кипр, Македония, Румыния, Словакия, Словения, Чехия и Эстония; из развитых стран мира – США, Канада и Япония. В воздушном сообщении, осуществляемом авиаперевозчиками между этими государствами, Конвенция уже действует в полном объеме. Она действует и в отношении авиаперевозчиков из стран, не участвующих в Конвенции, если они выполняют полеты в страны-участницы Монреальской конвенции, но только по отношению к пассажирам, приобретшим билеты в государстве-участнике.

В Республике Беларусь международные перевозки осуществляет государственная компания «Белавиа», в то время как в России действуют более сотни компаний-авиаперевозчиков.

В мае 2006 г. был принят новый Воздушный кодекс Республики Беларусь, в котором содержится гл. 10 «Международные полеты воздушных судов». В ст. 73 Кодекса указано: «Международные полеты воздушных судов в воздушном пространстве Республики Беларусь выполняются в соответствии с законодательством, в том числе международными договорами Республики Беларусь, или на основании разрешений, выдаваемых в порядке, определенном Советом Министров Республики Беларусь».

§ 5. Международные морские перевозки

1. Республика Беларусь не имеет прямого выхода к морю, но, согласно принципу международного экономического права – свободы доступа к морю для государств, не имеющих к нему выхода, имеет право на участие в морском судоходстве посредством заключения соглашений с другими государствами.

В июне 2006 г. Республика Беларусь ратифицировала Конвенцию ООН по морскому праву, принятую 10 декабря 1982 года. Этим шагом Республика Беларусь еще раз подтвердила свои намерения не только развивать морские перевозки грузов, но и использовать право

на судоходство, провозглашенное в ст. 90 Конвенции, где говорится: «Каждое государство независимо от того, является ли оно прибрежным или не имеющим выхода к морю, имеет право на то, чтобы суда под его флагом плавали в открытом море».

В 1999 г. в Республике Беларусь был принят Кодекс торгового мореплавания, где также содержатся нормы по регулированию морской перевозки грузов и пассажиров.

2. Регулирование морских перевозок осуществляется как с помощью унифицированных норм прямого действия и международных обычаев, так и коллизионных и материально-правовых норм национального законодательства. Сфера регулирования в морских перевозках значительно шире, чем при других видах перевозок, поскольку включает не только правила по перевозке пассажиров, багажа, грузов, но и нормы об ответственности за загрязнение нефтью, последствия столкновения судов и других инцидентов, о спасании на море и другие правила.

Основными документами, регулирующими перевозку, являются чартер и коносамент. Чартер – это документ, оформляющий фрахтование всего судна или его части для морской перевозки грузов. В практике перевозки сложились определенные формы стандартных чартеров: рейсовый чартер (фрахтование на выполнение рейса), тайм-чартер (фрахтование судна на время), бербоут-чартер (фрахтование судна без экипажа) и др. Сложившиеся проформы чартеров определяют стандартные условия фрахтования судов.

Коносамент – это документ морской перевозки грузов, оформляемый между перевозчиком и владельцем груза. Он выполняет ряд функций:

а) является официальной квитанцией судовладельца, подтверждающей получение груза к перевозке;

б) повторяет во всех деталях условия договора морской перевозки;

в) служит товарораспорядительным документом на груз, что позволяет покупателю распоряжаться им, сделав передаточную надпись к коносаменту.

Первым международным договором, регулирующим порядок оформления коносамента, была Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., подписанная в Брюсселе, которая была изменена Протоколами в 1968 и 1979 гг. Ее главной особенностью было введение виновной ответственности перевозчика, который не отвечал за действия, небрежность или упущения капитана, лоцмана, других членов экипажа в управлении судном. Протоколом 1968 г. сфера действия Конвенции была распространена на все коносаменты, если: 1) он выдан в договаривающемся государстве, либо 2) перевозка осуществляется из порта, находящегося в договаривающемся государстве, либо 3) договор, содержащийся в коносаменте или удостоверенный им, предусматривает применение правил Конвенции к этому договору.

Протокол 1979 г. заменил исчисление ответственности с франка на СПЗ, а также установил норму, что присоединение к данному Протоколу равносильно присоединению к Конвенции.

3. В марте 1978 г. на конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) была подписана Конвенция ООН о морской перевозке грузов¹.

Конвенция применяется ко всем договорам морской перевозки между двумя различными государствами, если:

а) порт погрузки или разгрузки находится в одном из государств-участников;

б) один из опционных портов разгрузки находится в договариваемом государстве;

в) коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, выдан в одном из договариваемых государств;

г) коносамент или другой документ предусматривает, что договор должен регулироваться положениями Конвенции или законодательством любого государства, вводящим их в действие.

Конвенция 1978 г. применяется независимо от национальной принадлежности судна, перевозчика, фактического перевозчика, грузоотправителя, грузополучателя или другого заинтересованного лица.

«Гамбургские правила» не применяются к чартерам, но, когда коносамент выдается согласно чартеру, правила применяются к такому коносаменту, если он регулирует отношения между перевозчиком и держателем коносамента, не являющимся фрахтователем.

Перевозчик отвечает за груз в течение времени нахождения его в порту погрузки, во время перевозки и в порту разгрузки. Основаниями ответственности является ущерб, ставший результатом утраты, повреждения или задержки сдачи груза. Пределы ответственности ограничены суммой, эквивалентной 835 СПЗ за место или другую единицу отгрузки, либо 25 СПЗ за один килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше. Перевозчик утрачивает право на предел ответственности, если будет доказано, что ущерб явился результатом действия или упущения перевозчика, совершенных либо с намерением причинить такой ущерб, либо вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такого ущерба.

Срок исковой давности в связи с перевозкой грузов установлен в течение двух лет, считая от дня, когда перевозчик сдал груз или часть груза.

Истец по своему выбору может предъявить иск в суд, компетентный рассматривать подобные иски, и в пределах юрисдикции которого находится одно из следующих мест: а) основное коммерческое предприятие или, при отсутствии такового, постоянное место житель-

¹ Конференция проходила в г. Гамбурге и отдавая долг радушному гостеприимству, оказанному ее участникам правительством ФРГ и г. Гамбургом, в специальной резолюции рекомендовала именовать содержащиеся в ней нормы «Гамбургскими правилами».

ства ответчика; или б) место заключения договора при условии, что ответчик имеет там коммерческое предприятие, отделение или агентство, через посредство которого был заключен договор; или в) порт погрузки или разгрузки; или г) любое дополнительное место, указанное с этой целью в договоре морской перевозки. Стороны могут предусмотреть путем письменного соглашения передачу спора в арбитраж, с соблюдением правил выбора места арбитражного разбирательства, аналогичных правилам при обращении в суд.

В п. 1 ст. 23 «Гамбургских правил» говорится о ничтожности любого условия в договоре морской перевозки или коносаменте, или любом другом документе, подтверждающем договор морской перевозки, в случае их прямого или косвенного противоречия с положениями Конвенции. Исключение сделано только в отношении права перевозчика увеличить свою ответственность и обязательства в соответствии с Конвенцией. Это означает, что «Гамбургские правила» имеют строго императивный характер.

В добавление к Конвенции 1978 г. была принята общая договоренность о презумпции вины перевозчика в случае наступления ответственности. Это означает, что бремя доказывания отсутствия вины возлагается на перевозчика, однако в определенных случаях положения Конвенции изменяют это правило.

Конвенция 1978 г. предусматривает для государств-участников необходимость денонсации Международной конвенции для унификации некоторых правил, касающихся коносаментов, подписанной 25 августа 1924 г. в Брюсселе.

4. Перевозка пассажиров регламентируется Афинской конвенцией о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г., дополненная Протоколом 1976 г.

К международным перевозкам Конвенция 1974 г. относит перевозки, при которых место отправления и место назначения находятся в двух разных государствах либо в одном государстве, если во время выполнения рейса по договору предусмотрен заход судна в промежуточный порт другого государства.

Под действие Конвенции подпадают все международные перевозки, если: 1) судно ходит под флагом государства-участника Конвенции или зарегистрировано в таком государстве; 2) договор перевозки заключен в государстве-участнике; 3) место отправления или назначения находится в государстве-участнике.

Ответственность перевозчика презумируется и наступает вследствие причинения смерти или нанесения телесного повреждения пассажиру, утраты его багажа во время перевозки. Перевозчик может быть освобожден от ответственности полностью или частично, если докажет, что смерть пассажира или нанесение ему телесных повреждений, а также утрата багажа произошли по собственной вине потерпевшего. В

Афинской конвенции 1974 г. предел исковой ответственности был установлен в 700 тыс. франков при сроке исковой давности в два года. Протокол 1976 г. изменил порядок исчисления пределов ответственности перевозчика и ввел вместо франка расчетную единицу СПЗ. Пределы ответственности были установлены в следующих размерах: за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, – 175 тыс. расчетных единиц; за утрату или повреждение автомобиля – 10 тыс. расчетных единиц; за утрату или повреждение багажа – 2,7 тыс. расчетных единиц на одного пассажира.

Литература:

1. Авчинкин, Д.В. Международные перевозки. Правовые аспекты перемещения грузов и пассажиров / Д.В. Авчинкин. – Минск, 1999.
2. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 206–285.
3. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 299–316.
4. Грязнов, В. Международно-правовое регулирование воздушных перевозок / В. Грязнов // Закон. – 1997. – № 8.
5. Ерпылева, Н.Ю. Актуальные проблемы теории и практики международного транспортного права / Н.Ю. Ерпылева // Адвокат. – 2003. – № 3.
6. Жуков, Г.Л. Важное исследование проблем международного воздушного права / Г.Л. Жуков // Юрист-международник. – 2003. – № 3.
7. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 392–416.
8. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 206–220.
9. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 536–615.
10. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 389–423.
11. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 312–336.
12. Савченко, М.И. Морские права Беларуси / М.И. Савченко. – Минск, 2003.
13. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 141–168.
14. Тихиня, В.Г. Международные перевозки грузов и пассажиров / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 1998.

ГЛАВА 12 ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ВСЛЕДСТВИЕ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА

Благородный жертвует своим добром, чтобы помочь ближнему; средний помогает, не жертвуя; низкий губит чужое добро ради своего. Как же назвать того, кто вредит без пользы для себя?

Древнеиндийское изречение

§ 1. Возникновение института обязательства из причинения вреда и его коллизионное 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 Юстиниана (530 г. н.э.):

- 1) *injuria* (покушение на личность);
- 2) *furtum* (кража);
- 3) *damnum injuria datum* (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 вины¹.

Статут Великого княжества Литовского 1588 г. в ряде статей предусматривал возмещение причиненного вреда, употребляя для его обозначения белорусское слово «шкода». Так, в статье 47, раздела 3 Статута за уничтожение проезжими посевами виновный «обязан был стороне жалующейся три рубля грошей заплатить, а вред, что люди посторонние на потрапе оценят, также платить исправно должен вдвойне»².

2. Применимое право по отношению к деликтным обязательствам с давних времен определялось по месту совершения деликта (*lex loci delicti commissi*). 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 домицилия сторон правоотношения, места регистрации транспортного средства, права страны, с которым правоотношение наиболее тесно связано.

¹ Харитонов, Е.О. Основы римского частного права / Е.О. Харитонов. – Ростов н/Д, 1999. – С. 259–260.

² Статут Вялікага княства Літоўскага 1588 г. 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 двум сторонам.

Как уже отмечалось (см. гл. 3 § 3), возникновение привязки, к праву с которым правоотношение наиболее тесно связано, произошло в США в 1962 г. 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 (классическим примером может быть выстрел через границу) 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 таких 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.

Право отдельных государств допускает применение закона государства, на территории которого наступил вред, если это более выгодно для потерпевшего. Такое правило установлено, в частности, в п. 2 § 32 Закона Венгрии «О международном частном праве» 1979 г. В законодательстве по международному частному праву ФРГ также предусмотрена возможность применения правопорядка, в наибольшей степени благоприятного для защиты интересов потерпевшей стороны.

3. Длительное время практика деликтных обязательств не допускала возможности избрания применимого права на основе соглашения сторон. Первым позволил сторонам избрать применимое право Закон Швейцарии 1987 г. «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 г. 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 г. 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 г., 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. Деликтные обязательства в законодательстве Республики Беларусь

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 «*lex loci delicti commissi*»: «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 *lex loci delicti commissi*: «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 рас-

пространяется только на деликтные обязательства, возникшие за границей.

Здесь, очевидно, речь идет о дорожно-транспортных происшествиях и причинении вреда «внутри» туристических групп.

Российский автор Н.И. Марышева в комментарии аналогичной нормы российского права отмечает: «В основе регулирования п. 2 лежит положение ч. 2 ст. 167 ОГЗ 1991 г., 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»¹. 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 этом случае п. 2 ст. 1129 не может толковаться расширительно и не должен распространяться на 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 г. (ч. 3 ст. 167) и 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 г.

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 статусу 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;

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / отв. ред. К.Б. Ярошенко и Н.И. Марышева. – М., 2006. – С. 528–529.

- 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 исчерпывающим¹. 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»². 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».

§ 3. 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 Кишиневской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 г. вопросы возмещения вреда разрешены в ст. 45. Согласно п. 1 указанной статьи 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. 45). В п. 3 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, в которой проживает ответчик.

Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г., также содержит коллизионную норму, регулиющую отношения в случае причинения вреда (п. «ж», ст. 11). Оно имеет три основных отличия от Кишиневской конвенции 2002 г.:

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / отв. ред. К.Б. Ярошенко и Н.И. Марышева. – М., 2006. – С. 546.

² Звеков, В.А. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 459.

– 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 г. № 29 приведен пример использования Соглашения 1992 г. для разрешения правоотношения, связанного с причинением вреда¹. Суть дела следующая.

На территории Республики Беларусь произошло дорожно-транспортное происшествие с участием легкового автомобиля, 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 г. В силу этого обстоятельства к разрешению правоотношения должна быть применена коллизийная 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 Кишиневской конвенции 2002 г., но есть и некоторые отличия. Так, в Договоре с Республикой Польша, подписанном в октябре 1994 г., содержится норма: «Компетентным является также суд той Договаривающейся Стороны (в делах об обязательствах из причинения вреда. – В.Б.), на территории которой проживает истец, если на этой же территории находится имущество ответчика». Имеется особенность в коллизийной норме, содержащейся в Договоре о

¹ Вестник ВАС Российской Федерации. – 1998. – № 4. – С. 46–47.

правовой помощи с Латвийской Республикой 1995 г.: «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 г., в которой участвуют 19 европейских государств. Республика Беларусь присоединилась к этой Конвенции в 1999 г.¹

Предметом Конвенции 1971 г. 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).

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».

Применимое на основании Конвенции право устанавливает:

- основание и объем ответственности;
- основания для освобождения от ответственности, любое ограничение ответственности и любое распределение ответственности;
- наличие и виды телесных повреждений или вреда, которые подлежат компенсации;
- виды и объем ущерба;
- вопрос о том, может ли право на возмещение вреда быть переуступлено или передано по наследству;

¹ Ведомости Национального собрания. – 1999. – № 18. – Ст. 330.

– круг лиц, которым причинен вред и которые вправе самостоятельно потребовать его возмещения;

– ответственность доверителя за действия своего агента или нанимателя за действия своего работника;

– положения о приобретательной и исковой давности (ст. 8).

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).

Применение Конвенции 1971 г. 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 государства-неучастника.

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 г. в Риме, измененная Монреальским протоколом от 23 сентября 1978 г.

Римская конвенция, измененная в Монреале, устанавливает право на возмещение для любого лица, которому причинен ущерб на поверхности воздушным судном, находящимся в полете, либо лицом или предметом, выпавшим из него (ст. 1). Освобождение от ответственности лица, которое должно нести ответственность, возможно лишь в случаях:

1) если ущерб является прямым следствием вооруженного конфликта или гражданских волнений;

2) если лицо было лишено возможности использовать воздушное судно в силу акта государственной власти;

3) если деликвент докажет, что данный ущерб был причинен исключительно в результате вины лица, которому причинен ущерб, либо его служащих или агентов.

В случаях возникновения ущерба в результате столкновения двух или более судов эксплуататор каждого из этих судов несет ответственность (ст. 7).

Конвенция не предусматривает пределов ответственности, если лицо, которому причинен ущерб, докажет, что он был причинен в результате преднамеренного действия или бездействия эксплуатанта либо его служащих или агентов, совершенных с целью причинения ущерба.

6. Развитие атомной энергетики вызвало появление конвенций, устанавливающих гражданско-правовую ответственность за ядерный ущерб. К ним относятся Парижская конвенция об ответственности перед третьей

страной в области ядерной энергии 1960 г., Брюссельская конвенция об ответственности операторов ядерных судов 1962 г., Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г. Из указанных конвенций Республика Беларусь является участником Венской конвенции 1963 г.¹

Согласно Конвенции 1963 г. ответственность за ущерб возлагается на оператора ядерной установки. Он освобождается от ответственности, если ущерб причинен ядерным инцидентом, возникшим в результате вооруженного конфликта, военных действий, гражданской войны, восстания. В отношении стихийных бедствий государство-участник имеет право самостоятельно определить ответственность оператора в своем законодательстве.

Конвенция 1963 г. определяет компетенцию суда в отношении исков, связанных с возмещением ядерного ущерба. В этом случае компетенцией обладают судебные учреждения страны, где произошел ядерный инцидент. Возможно и субсидиарное определение юрисдикции по праву государства, ответственного за ядерную установку. Характер, форма и размеры возмещения вреда определяются по закону компетентного суда. При этом гражданская ответственность за ядерный ущерб предполагает наличие системы финансового обеспечения, которая включает институт страхования и институт государственного возмещения с установленными пределами и условиями ответственности страховщика и государства.

§ 4. 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,

¹ О ратификации Венской конвенции о гражданской ответственности за ядерный ущерб от 21 мая 1963 года: Закон Республики Беларусь от 11 ноября 1997 г. № 76-З // Ведомости Национального собрания. – 1998. – № 18. – Ст. 207.

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 деятельность, то приведенное определение лица 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. Статья 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 знает 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 имущество¹.

¹ Международное частное право: Иностранное законодательство. – М., 2000. – С. 358.

В ч. 1 ст. 133 Закона «О международном частном праве» Швейцарии 1987 г. 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 согласия¹.

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 г., участниками которой являются отдельные европейские страны. В соответствии с Конвенцией 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 турфирмы 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. В договорах на оказание туристических услуг местом рассмотрения возможных споров указываются суды стран, где отдыхающему непосредственно оказывается услуга. Делается это намеренно, чтобы затруднить или вообще исключить практическое предъявление претензий по качеству оказываемых услуг, которое зачастую не соответствует условиям договора, но отдыхающий не может предъявить претензий, поскольку, как правило, не владеет языком, не знаком с законодательством страны, и главное, цель его нахождения в иностранном государстве – отдых, а не судебные тяжбы.

¹ Международное частное право. Сборник нормативных актов. – 3-е изд. – М., 2006. – С. 284.

В новой редакции Закона Республики Беларусь «О туризме» № 206-З от 9 января 2007 г. вопрос о возмещении причиненного вреда заказчику туристических услуг не получил должного отражения. В ст. 19 Закона, регулирующей качество туристических услуг, содержится весьма обтекаемая формулировка: «Требования, связанные с недостатками качества туристических услуг, предъявляются заказчиком исполнителю договора оказания туристических услуг в соответствии с законодательством». При этом в Законе не определено, кто является исполнителем договора: белорусский туроператор или его иностранный партнер, непосредственно оказывающий туристические услуги.

Представляется, что все споры, касающиеся возмещения вреда, возникающие из договоров по оказанию туристических услуг, заключенных в Республике Беларусь, должны регулироваться белорусским законодательством и рассматриваться в белорусских судах. Это положение следует внести в законодательство в интересах граждан, пользующихся услугами белорусских туроператоров.

Это может быть мотивировано, во-первых, привязкой наиболее тесной связи правоотношения, поскольку фирма, заключающая договор, и лицо, получающее их, принадлежат к одному государству, во-вторых, защитой прав «слабой» стороны, которой в данном случае является приобретатель услуг туристических фирм. Однако и при действующем законодательстве ничто не мешает белорусскому гражданину или иному лицу при заключении договора с туристической фирмой настаивать на включении пунктов об ответственности за причиненный материальный и моральный ущерб по белорусскому праву и в белорусском суде.

§ 5. Другие внедоговорные обязательства

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 явный 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 возвратить 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 г. (п. 2 ст. 127) и Закон Украины «О международном частном праве» 2005 г. (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 оп-

ределяется 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 предполагаемым 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 связи с рыночным характером современной экономики недобросовестная конкуренция получила достаточно широкое распространение и соответственно требует применения правовых мер по ее недопущению и пресечению. 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».

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 332–356.

2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2007. – С. 331–350.

3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 446–470.

4. Кабатова, Е.В. Модернизация коллизионного регулирования деликтов / Е.В. Кабатова // Хозяйство и право. – 2004. – № 1. – С. 108–122.

5. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 695–697.

6. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 262–265.

7. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 312–319.

8. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 661–663.

9. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 424–439.

10. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 376–400.

11. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 205–216.

12. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 78–99.

ГЛАВА 13

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПРАВА НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ)

Интеллектуал – это человек, доходы которого
обратно пропорциональны его интеллекту.

Л. Кумор

§ 1. Общие положения

1. Термин «интеллектуальная собственность» требует разъяснения, поскольку он воспринят нашим законодательством относительно недавно.

Раздел V ГК Республики Беларусь имеет название «Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность)». Из этого названия можно сделать вывод, что термины «исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности» и «интеллектуальная собственность» белорусский законодатель использует в качестве синонимов. На этой же позиции находится и российский законодатель (ст. 138 ГК Российской Федерации). Объективно использование термина «исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности» или более краткий вариант «исключительные права» точнее отражает предмет правового регулирования, о котором идет речь. Это связано с тем, что присутствие в названии «интеллектуальная собственность» термина «собственность» может создавать представление о предмете его регулирования как особой разновидности собственности, что в корне неверно. 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.

Использование термина «интеллектуальная собственность» объясняется необходимостью придерживаться единой терминологии, поскольку это название имеет международное употребление. Впервые определение «интеллектуальная собственность» появилось в Стокгольмской конвенции от 14 июля 1967 г., 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, звуко-

записи, 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)¹, 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. Такой подход закреплен в Законе Швейцарии 1987 г. (п. 1 ст. 110), Законе Венгрии 1979 г. (§ 19 и § 20)², Законе Украины 2005 г. (ст. 37). Это же положение было применено в Модельном ГК для стран СНГ (п. 1 ст. 1232).

В законодательстве отдельных стран указывается, что наряду с национальным правом применяются и нормы международных договоров. Так, например, в ГК Вьетнама от 28 октября 1995 г. авторское право и право на промышленную собственность «защищается по праву СРВ и международным договорам, в которых участвует СРВ»³. В Республике Беларусь при охране исключительных прав иностранных граждан также возможно применение норм международных договоров, 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»⁴.

3. Еще относительно недавно авторское право и патентное право рассматривались как самостоятельные разделы международного частного права. В настоящее время принято делить интеллектуальную собственность на два блока в зависимости от принципа охраны – авторское

¹ ТРИПС (TRIPS) – сокращенная аббревиатура Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

² Международное частное право. Сборник нормативных актов. – С. 90.

³ Там же. – С. 91.

⁴ Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. – № 29. – Ст. 469.

и патентное право. В основу защиты авторского права со времени его возникновения в конце XIX столетия был положен сам факт создания произведения, в результате чего можно говорить о фактическом принципе охраны. Патентное право основано на необходимости специальной регистрации прав, 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 значительным доходом для отдельных государств, находящихся на передовых позициях в научно-техническом развитии. В связи с этим, защите 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 интеллектуальной деятельности, могут подвергаться различным санкциям со стороны других государств 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 особенно проявляется при приеме новых государств в ВТО, поскольку от государства, подавшего заявку на вступление в организацию, требуют твердой и последовательной политики в защите прав интеллектуальной собственности в пределах своей юрисдикции.

§ 2. Международное законодательство об авторском праве

1. Первой международной конвенцией по авторскому праву стала Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г., действующая в редакции Парижского акта 1971 г.

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 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.

Ст. 5 Конвенции установила, что в отношении своих 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.

Помимо имущественных прав, за каждым автором признаются неимущественные права, к которым относятся: признание права авторства, противодействие всякому извращению и любому другому посягательству на произведение.

Срок охраны, предоставляемый Бернской конвенцией, составляет все время жизни автора и пятьдесят лет после его смерти (ст. 7).

За каждым автором признается: 1) право переводить и разрешать переводить свои произведения; 2) исключительное право разрешать воспроизведение своих произведений в любой форме; 3) право разрешать передачу в эфир произведений; 4) право разрешать публичное чтение своих произведений; 5) право разрешать переделки, аранжировки и другие изменения своих произведений.

Бернская конвенция согласно ст. 18 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).

СССР не участвовал в Бернской конвенции, поскольку его законодательство по авторскому праву 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 г. «О присоединении Республики Беларусь к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (Парижскому акту от 24 июля 1971 г., измененному 28 сентября 1979 г.)»¹. Конвенция начала действовать в отношении Республики Беларусь с 12 декабря 1997 г. Всего в ней участвует более 150 государств.

2. Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве была принята 6 сентября 1952 г., вторая ее редакция – 24 июля 1971 г., обе редакции – действующие.

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

¹ Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1997. – № 27. – Ст. 477.

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 должны быть напечатаны на всех экземплярах перевода. Ввоз экземпляров в другое государство и продажа их допускается, 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 Договаривающемся 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 г. 27 мая 1973 года. Оформление участия Республики Беларусь во Всемирной конвенции произошло в результате принятия постановления Совета Министров Республики Беларусь от 7 июня 1993 г. № 370 «О правопреемстве Республики Беларусь в отношении подписанной в сентябре 1952 г. в Женеве Всемирной конвенции об авторском праве»¹. Следовательно, Республика Беларусь участвует во Всемирной конвенции с той же даты, что и государство-предшественник, то есть с 27 мая 1973 г.

В настоящее время в Конвенции участвует более 100 государств, большинство из которых одновременно принимают участие и в Бернской конвенции. 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. Международные конвенции о смежных правах, охрана авторских и смежных прав в СНГ и ЕЭП

1. Помимо конвенций, охраняющих права авторов, приняты и действуют конвенции, направленные на защиту смежных прав, к которым относятся права исполнителей произведений, изготовителей фонограмм и вещательных организаций.

26 октября 1961 г. в Риме была подписана Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция). Эта Конвенция 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 предоставляет право воспрепятствовать передаче их исполнения в эфир, 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

¹ Собрание постановлений Правительства Республики Беларусь. – 1993. – № 16. – Ст. 311.

7 августа 2002 г. № 440 «О присоединении Республики Беларусь к Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций»¹. Всего в конвенции участвует более 70 государств.

2. Спустя десять лет 29 октября 1971 г. в Женеве была подписана Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм.

Главная цель Конвенции – усиление борьбы с незаконным распространением среди публики фонограмм, производимых без согласия производителей, поскольку именно этот вид нарушений смежных прав получил наиболее широкое распространение за десятилетие, истекшее после принятия Римской конвенции. В связи с этим в Конвенции государствам предлагалось расширить меры по борьбе с пиратскими фонограммами. При этом каждое государство самостоятельно определяет юридические меры по реализации Конвенций. Такими мерами, согласно Конвенции, могут быть: охрана посредством предоставления авторского права или другого особого права; охрана посредством законодательства, относящегося к недобросовестной конкуренции; охрана посредством 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.

Республика Беларусь присоединилась к Конвенции 1971 г. одновременно с присоединением к Конвенции 1961 г. Указом Президента Республики Беларусь от 7 августа 2002 г. № 439 «О присоединении к Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм».

3. 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 г.

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 г.), в связи с чем каждое государство считает себя связанным ее положениями с 27 мая 1973 г. (даты вступления в силу Конвенции в отношении СССР);

2) государства-участники применяют Всемирную конвенцию об авторском праве (в ред. 1952 г.) в отношениях между собой на тех же условиях, которые установлены национальным законодательством в отношении своих авторов;

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2007. – № 1/8265.

3) государства-участники предпримут меры для разработки и принятия законопроектов, с целью обеспечить охрану авторского права и смежных 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 процессе создания Единого экономического пространства государства-участники 9 декабря 2010 г. приняли Соглашение о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности, которое вступило в силу с 1 января 2012 г. Документ состоит из пяти разделов, главный из которых – «Авторские и смежные права» – включает и другие сферы интеллектуальной собственности: товарные знаки, наименование мест происхождения товаров, патентные права. Цель принятия Соглашения – выработать единую политику государств-участников по охране и защите прав интеллектуальной собственности, средств индивидуализации товаров, работ и услуг, которые охраняются национальным законодательством каждой страны. Соглашение установило, что государства основывают свою деятельность в этой сфере на общей правовой базе в области охраны и защиты прав интеллектуальной собственности, включая принципы Соглашения Всемирной торговой организации по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), международных соглашениях, действующих в рамках ВОИС, а также других международных соглашениях, участниками которых они являются. Соглашение обязало государства, не участвующие в Сингапурском договоре о законах по товарным знакам 2006 г. и Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римской конвенции) 1961 г. присоединиться к названным международным договорам.

Стороны взяли на себя обязательства по предоставлению национального режима физическим и юридическим лицам других государств в охране и защите интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации на своей территории в объеме, предусмотренном Соглашением и международными обязательствами каждого из государств-участников. Также стороны обязались предусмотреть меры законодательного порядка, которые обеспечат пресечение оборота кон-

трафактных товаров на единой таможенной территории, а также единые меры по противодействию нарушению прав интеллектуальной собственности в сети Интернет.

§ 4. Авторские права иностранцев в Республике Беларусь и белорусских граждан за рубежом

1. Законодательство Республики Беларусь об авторском праве и смежных правах состоит из положений Конституции Республики Беларусь, Гражданского кодекса, Закона Республики Беларусь «Об авторском и смежных правах» от 17 мая 2011 г. № 262-З, нормативно-правовых актов Президента Республики Беларусь, других актов законодательства Республики Беларусь.

Статья 51 Конституции Республики Беларусь провозглашает право каждого на участие в культурной жизни путем обеспечения общедоступности к ценностям отечественной и мировой культуры и гарантирует охрану интеллектуальной собственности законом.

В ГК Республики Беларусь авторское право и смежные права регулируются в главе 61, состоящей из шести статей, где определены следующие общие вопросы: предмет регулирования, сфера действия и объекты авторского и смежных прав.

Нормативным документом, детально регулирующим авторские и смежные права, является Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» от 17 мая 2011 г. (вступил в силу 1 декабря 2011 г.), который заменил ранее действовавший Закон от 16 мая 1996 г.

В ст. 2 Закона 2011 г. определено, что если международным договором, в котором участвует Республика Беларусь, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в Законе, то применяются правила международного договора.

К сфере действия авторского права в Законе отнесены: произведения науки, литературы и искусства, существующие в какой-либо объективной форме.

Новым в Законе 2011 г. является специальное регулирование авторского права на компьютерную программу, которая может быть выражена на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код. Авторское право на компьютерную программу содержит право ее использования по прямому назначению, включая установку компьютерной программы на компьютер или иное устройство, запуск и работу с ней на условиях, установленных автором или иным правообладателем (ст. 13).

К новации относится и установление права на базу данных, охраняемое как составное произведение (ст. 14). Однако охрана, предоставляемая базе данных, не распространяется на содержащиеся в ней данные или другую информацию.

На территории Республики Беларусь авторское право действует независимо от гражданства авторов и их правопреемников; за пределами Республики Беларусь авторское право признается за гражданами Республики Беларусь и их правопреемниками, а также за авторами-гражданами других государств и их правопреемниками в соответствии с международными договорами Республики Беларусь. Обладатель авторского права на произведение определяется по законодательству государства, на территории которого имели место действие или событие, послужившего основанием для обладания авторским правом.

Для охраны произведения в соответствии с международными договорами Республики Беларусь необходимы два условия:

1) чтобы произведение не перешло в общественное достояние в стране происхождения произведения вследствие истечения установленного в этой стране срока охраны авторского права на произведение;

2) чтобы произведение не перешло в общественное достояние в Республике Беларусь в соответствии со ст. 20 Закона, которая устанавливает срок охраны произведения в течение жизни автора и пятьдесят лет после его смерти.

В Законе 2011 г. значительно расширены личные неимущественные права автора, к которым отнесены: право авторства, т.е. право признаваться автором произведения; право на имя, под которым понимается право автора использовать свое подлинное имя, вымышленное имя (псевдоним) или обнародовать произведение без обозначения имени (анонимно); право на неприкосновенность произведения, т.е. право автора не допускать каких-либо изменений, сокращений и дополнений произведения; право на обнародование произведения; право на отзыв, т.е. право отказаться от ранее принятого решения об обнародовании, а если произведение уже было обнародовано – «автор должен публично оповестить о его отзыве».

Личные неимущественные права принадлежат автору независимо от его имущественных прав и сохраняются за ним в случае передачи исключительного права на произведение другому лицу. Любая передача личных неимущественных прав ничтожна. Действие личных неимущественных прав бессрочно.

Имущественные права автора или его наследников заключаются в исключительном праве на произведение, т.е. праве использовать произведение по своему усмотрению в любой форме и любым способом. Исключительное право на произведение действует в течение жизни автора и пятьдесят лет после его смерти. После этого срока произведение переходит в общественное достояние, которое характеризуется возможностью использовать произведение любым лицом, не нарушая личных неимущественных прав автора.

Поскольку Республика Беларусь участвует во Всемирной конвенции 1952 г., то для оповещения о своих исключительных правах их правообла-

датель по своему усмотрению вправе использовать знак охраны авторского права, установленный в Конвенции, который состоит из трех элементов:

- 1) латинской буквы –с– в окружности;
- 2) имени (наименования) правообладателя;
- 3) года первого опубликования произведения.

Оповещение о правах не является обязательным, о чем свидетельствует формулировка этой нормы в ст. 4 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах».

2. В отношении иностранных авторов в Республике Беларусь, исходя из взятых международных обязательств, существует два уровня защиты. К первому уровню относятся охраняемые произведения иностранных граждан из стран, подписавших Всемирную конвенцию 1952 г., опубликованные после 27 мая 1973 г. Из произведений, охраняемых Бернской конвенцией 1886 г., к этому уровню относятся произведения иностранных авторов, опубликованные после 12 декабря 1997 г.

Ко второму уровню защиты относятся неохранные произведения, в отношении которых не защищаются исключительные права авторов, но это не значит, что в Республике Беларусь не соблюдаются личные неимущественные права иностранных авторов. Эта защита в любом случае будет предоставлена.

Следует отметить, что ныне действующее законодательство по авторскому праву Республики Беларусь признает обладателями авторских прав лишь физических лиц, творческим трудом которых созданы произведения. Признание даже в ограниченных случаях авторства юридических лиц, как это имело место в ст. 482–483 ГК БССР 1964 г., исключается. Это означает, что иностранные юридические лица не смогут защищать авторские права в Республике Беларусь из-за отсутствия в нашем законодательстве признания за ними таких прав.

Передача исключительных прав полностью или в части на охраняемые произведения может производиться только по авторскому договору, который должен быть оформлен в письменном виде.

3. Международные конвенции по авторскому праву обеспечивают защиту не только прав иностранных авторов в Республике Беларусь, но, в равной степени, и прав белорусских авторов в странах-участницах этих конвенций. Поскольку признание авторских прав не требует соблюдения формальных процедур, за исключением тех, что предусмотрены Всемирной конвенцией об авторском праве 1952 г., то произведения белорусских авторов получают охрану во всех других странах-участниках Всемирной или Бернской конвенции, а также в странах СНГ по Соглашению от 24 сентября 1994 г.

Право свободно распоряжаться своими произведениями не только в пределах своей страны, но и за рубежом белорусские авторы получили относительно недавно. Во времена СССР исключительные

права на произведения всех советских авторов принадлежали созданному в 1973 году Всесоюзному агентству по авторским правам (ВААП), которое заключало сделки с зарубежными пользователями с согласия советских правообладателей. Такая ситуация была связана с монополией советского государства на внешнеэкономическую деятельность. Только в результате постановления Совета Министров СССР от 26 октября 1990 г. № 1095 «О мерах по демополизации в области экспорта и импорта авторских прав»¹ право заключения договоров по распоряжению авторскими правами получили издательства и другие правообладатели.

В Законе Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» 2011 г. появилась специальная глава, которая регулирует коллективное управление имущественными правами. Это очень важный практический вопрос в деле охраны авторских прав за рубежом, поскольку авторы или правообладатели, как правило, не в состоянии самостоятельно выявлять факты нарушения их прав в других государствах. В целях обеспечения имущественных прав авторов или иных правообладателей Закон 2011 г. предусматривает возможность создания организации по коллективному управлению имущественными правами. Такие организации могут создаваться в форме: 1) некоммерческих организаций, основанных на членстве авторов или иных правообладателей; 2) учреждений, имущество которых находится в государственной собственности. В Законе специально подчеркнуто, что деятельность по управлению имущественными правами авторов и иных правообладателей на коллективной основе не является предпринимательской. Функцию по коллективному управлению имущественными правами авторов и иных обладателей авторского права и смежных прав в Республике Беларусь осуществляло Республиканское унитарное предприятие «Беларускае аўтарскае таварыства» (БЕЛАТ). В 2007 г. РУП БЕЛАТ было присоединено к Национальному центру интеллектуальной собственности, который и осуществляет в настоящее время защиту имущественных прав белорусских правообладателей на коллективной основе. В то же время Закон 2011 г. допускает возможность существования и некоммерческих организаций, основанных на членстве авторов и иных правообладателей.

§ 5. Охрана смежных прав иностранцев в Республике Беларусь и белорусских граждан за рубежом

1. Охрана смежных прав в законодательстве Республики Беларусь является новым правовым институтом, которого не было в ГК БССР 1964 г. Категория смежных прав рассматривается во взаимосвя-

¹ СП СССР. – 1990. – № 30. – Ст. 143.

зи с авторскими правами, но эта самостоятельная категория исключительных прав. В Законе 2011 г. к объектам смежных прав отнесены: исполнения, фонограммы, передачи организаций эфирного или кабельного вещания. Связь между авторскими правами и смежными заключается в том, что исполнительская деятельность, производство фонограмм, организация эфирного и кабельного вещания предполагают использование чужих произведений (литературных, музыкальных, кинематографических и т.д.), для чего необходимо получение согласия автора. При этом исполнитель должен в свою очередь соблюдать права автора исполняемого произведения, производитель фонограммы должен соблюдать права автора произведения и исполнителя, а организация, ведущая эфирное или кабельное вещание, обязана соблюдать права производителя фонограмм, записавшего произведение. Таким образом, сама исполнительская деятельность, ее фиксация путем изготовления фонограмм рассматриваются как продукты интеллектуальной деятельности, в связи с чем она и получает охрану.

2. Как и в отношении авторского права, возникновение и осуществление смежных прав не требует соблюдения каких-либо формальностей. Однако, согласно Закону 2011 г. исполнитель и производитель фонограммы, а также иной обладатель права на исполнение или фонограмму для оповещения о своих правах вправе по своему усмотрению использовать знак охраны смежных прав, который помещается на каждом экземпляре фонограммы и обязательно состоит из трех элементов:

- латинской буквы –Р– в окружности;
- имени (наименования) обладателя исключительных прав;
- года первого опубликования фонограммы.

Права исполнителя в Республике Беларусь признаются, если:

- исполнитель является гражданином Республики Беларусь;
- исполнение впервые имело место на территории Республики

Беларусь;

- исполнение записано на фонограмму, производителем которой является гражданин или юридическое лицо Республики Беларусь и фонограмма впервые использована на территории Республики Беларусь, а также в иных случаях, предусмотренных международными договорами Республики Беларусь;

- исполнение, не записанное на фонограмму, включено в передачу в эфир или передачу по кабелю, если организация имеет официальное местонахождение на территории Республики Беларусь и осуществляет передачи с передатчиков, расположенных на территории Республики Беларусь, а также в иных случаях, предусмотренных международными договорами Республики Беларусь.

Впервые в Законе 2011 г. определены личные неимущественные права исполнителя, к которым отнесены: право авторства в отноше-

нии исполнения; право на имя, то есть право использовать или разрешать использовать исполнение под подлинным именем исполнителя, вымышленным именем (псевдонимом) или без обозначения имени (анонимно); право на неприкосновенность исполнения, то есть право, обозначающее, что без согласия исполнителя не допускаются внесения в его исполнение любых изменений, сокращений и дополнений за исключением случаев, предусмотренных Законом.

Исключительное право на исполнение включает право исполнителя или иного правообладателя использовать исполнение по своему усмотрению в любой форме и любым способом.

Исключительное право на фонограмму и исключительное право на передачу организации эфирного или кабельного вещания означают право производителя фонограммы или иного правообладателя и, соответственно, право организации эфирного или кабельного вещания или иного правообладателя использовать фонограмму и передачу по своему усмотрению и любым способом.

Личные неимущественные права исполнителя охраняются бессрочно. Исключительные права исполнителей, производителей фонограмм, исключительные права на передачу организации эфирного или кабельного вещания действуют в течение пятидесяти лет.

3. Охрана смежных прав иностранных физических и юридических лиц осуществляется также на основе международных договоров, направленных на охрану смежных прав, в которых участвует Республика Беларусь. В случае расхождения национального законодательства с международными договорами, в которых участвует Республика Беларусь, должны применяться нормы международных договоров.

Как уже отмечалось, Республика Беларусь является участницей Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г.; Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г.; Соглашения о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав от 24 сентября 1993 г., принятого в рамках СНГ; Соглашения о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности от 9 декабря 2010 г., принятого при создании ЕЭП.

§ 6. Охрана авторских и смежных прав в сети Интернет

1. 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 научно-

го и культурного знания. 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 г. были приняты два новых международных договора, предложенных Всемирной организацией интеллектуальной собственности: Договор ВОИС по авторскому праву и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам, 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.

2. Договор ВОИС по авторскому праву адаптирует Бернскую конвенцию 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 г. (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.

3. 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 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 произведений, 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 г. Как и Бернская конвенция 1886 г., Договор имеет обратную силу действия. Его участниками являются около 40 государств. Республика Беларусь оформила свое участие в Договоре принятием Закона от 10 июня 1998 г. «О ратификации Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву»¹.

Договор ВОИС по исполнению и фонограммам от 20 декабря 1996 г. вступил в силу 20 августа 2002 г. 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 г. «О ратификации Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву»².

§ 7. Международные конвенции, охраняющие промышленную собственность

1. Как уже отмечалось, охрана объектов промышленной собственности отличается от охраны объектов авторского 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, заключающейся в регистрации и получении от уполномоченного государственного органа специального охранного документа – патента³.

Международная охрана промышленной собственности началась с Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., впоследствии неоднократно редактированной и действующей в настоящее время в редакции Стокгольмского акта 1967 г.

СССР участвовал в Парижской конвенции с 1 июля 1965 г.⁴ Наше государство присоединилось к указанной Конвенции в результате

¹ Ведомости Национального собрания Республики Беларусь (приложение). – 1998. – № 1. – Ст. 510.

² Там же. – Ст. 511.

³ Слово «патент» происходит от позднелатинского *patents*, что означает свидетельство, грамота.

⁴ СП СССР. – 1965. – № 4. – Ст. 23.

заявления о правопреемственности Республики Беларусь в отношении Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., Мадридского соглашения о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г. и Договора о патентной кооперации (РСТ) от 19 июня 1970 г., содержащегося в Декларации о международных договорах Республики Беларусь в области промышленной собственности, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 11 марта 1993 г. № 141¹. Таким образом, по праву правопреемства Республика Беларусь участвует в Парижской конвенции 1883 г. с 1 июля 1965 г.

2. В Парижской конвенции, во-первых, установлено, что страны, к которым применяется Конвенция, образуют Союз по охране промышленной собственности; во-вторых, 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; в-третьих, 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.

¹ Собрание постановлений Правительства Республики Беларусь. – 1993. – № 8. – Ст. 126.

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 г. 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 г. установила правовые нормы для охраны прав изобретателей в странах, подписавших или присоединившихся к Конвенции и образовавших Парижский Союз.

3. Однако процедура получения патентов на условиях Конвенции 1883 г. достаточно сложная и дорогостоящая. В целях развития международного патентования был принят Договор о патентной кооперации от 19 июня 1970 г. (далее – РСТ¹), 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, предусмотренные в Парижской конвенции 1883 г., 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.

¹ Сокращенная аббревиатура от англ. «Patent Cooperation Treaty».

Требования относительно формы заявки следующие: 1) должна быть составлена на установленном языке; 2) должна соответствовать предъявляемым требованиям к оформлению международной заявки; 3) должна 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 установленный 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 г. 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 г. № 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.

4. Страны СНГ заключили 9 сентября 1994 г. Евразийскую патентную конвенцию, которую подписали на тот момент десять государств. Конвенция вступила в силу в августе 1995 года. В настоящее время участниками Конвенции являются девять государств: Туркменистан, Республика Беларусь, Республика Таджикистан, Российская Федерация, Азербайджанская Республика, Республика Казахстан, Киргизская Республика, Республика Армения и Республика Молдова.

Целью принятия Евразийской конвенции является охрана изобретений путем выдачи единого патента для стран-участниц. Конвенция представляет собой специальное соглашение, допускаемое Парижской конвенцией 1883 г. и Договором о патентной кооперации 1970 г. Административным органом, согласно Конвенции, являются Административный совет и Евразийское патентное ведомство. Административный совет состоит из представителей всех государств-членов. Евразийское ведомство состоит из Президента Евразийского ведомства и назначенного им персонала. Ведомство выполняет функции секретариата Организации, но главная его функция – выдавать евразийские патенты на изобретения.

Евразийский патент действует в течение 20 лет с даты подачи евразийской заявки, которая может быть подана непосредственно в Евразийское ведомство 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, Евразийское ведомство 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 г. применяется и в Евразийской патентной системе в том смысле, что Евразийское ведомство 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.

5. В Европе действует Европейская патентная организация (ЕПО), основанная в 1977 году в соответствии с Европейской патент-

ной конвенцией, принятой в 1973 году. Штаб-квартира ЕПО расположена в Мюнхене. Организационно ЕПО не связана с Европейским Союзом и в ее состав входят 38 государств, многие 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 миллиона заявок на патенты.

§ 8. Получение патентов иностранцами в Республике Беларусь и патентование интеллектуальной собственности белорусскими гражданами за рубежом

1. Республика Беларусь выдает патенты иностранным физическим и юридическим лицам, желающим установить охрану своих имущественных и связанных с ними личных неимущественных прав на промышленную собственность. Патентование изобретений, полезных моделей и промышленных образцов производится в соответствии с Законом Республики Беларусь от 16 декабря 2002 г. «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы»¹.

Для получения патента подается заявка в патентный орган, которым является Национальный центр интеллектуальной собственности. Подача заявки в патентный орган и, соответственно, ведение дел с этим органом могут осуществляться заявителем самостоятельно или через патентного поверенного. Постановление Совета Министров Республики Беларусь № 379 «Об утверждении положения о патентных поверенных Республики Беларусь» было принято 11 марта 1998 г. (в ред. от 17.12.2007 г.)². Если заявка на патентование ведется через патентного поверенного, к ней прилагается доверенность, выданная патентному поверенному заявителем или заявителями (п. 2 ст. 4). Приоритет изобретения, полезной модели, промышленного образца устанавливается по дате подачи заявки в патентный орган (п. 1 и 2 ст. 16). Однако приоритет может быть установлен по дате подачи первой заявки в государстве-участнике Парижской конвенции по охране промышленной собственности в результате использования права приоритета, если подача заявки на изобретение или полезную модель

¹ О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы: Закон Республики Беларусь от 16.12.2002 г. № 160-З (в ред. Закона Республики Беларусь от 24.12.2007 г. № 299-З) // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 27.12.2007 г. – № 2/1396.

² Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь. – 1998. – № 8. – Ст. 197.

осуществлена в течение двенадцати месяцев, а на промышленный образец – в течение шести месяцев с даты подачи первой заявки. По ходатайству заявителя этот срок может быть продлен патентным органом, но не более чем на два месяца (п. 3 ст. 16).

Экспертиза заявки на изобретение включает предварительную и патентную экспертизы. Предварительная экспертиза заявки на изобретение проводится в трехмесячный срок и включает проверку наличия документов, соответствия их предъявляемым требованиям, а также рассмотрения вопроса о том, относится ли заявленное решение к изобретениям (п. 1 и 2 ст. 19). Прошедшая предварительную экспертизу заявка публикуется в Официальном бюллетене Национального центра интеллектуальной собственности по истечении 18 месяцев с даты подачи заявки (п. 1 ст. 20). После публикации сведений о заявке на изобретение любое лицо вправе ознакомиться с ее материалами в патентном органе. Патентная экспертиза заявки на изобретение производится по ходатайству заявителя или любого заинтересованного лица, которое должно быть подано в течение трех лет с даты подачи заявки. В случае отсутствия ходатайства о проведении экспертизы заявка считается отозванной.

С даты публикации сведений о заявке на изобретение до даты публикации сведений о патенте изобретению предоставляется временная правовая охрана в объеме опубликованной формулы изобретения. Все физические и юридические лица, использовавшие заявленное изобретение в период действия его временной охраны, выплачивают патентообладателю после получения им патента, денежную компенсацию.

Экспертизы заявок на полезную модель и промышленный образец значительно проще: при их проведении не осуществляется проверка соответствия заявленной полезной модели или промышленного образца условиям патентоспособности. Патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы вносятся соответственно в Государственный реестр изобретений, Государственный реестр полезных моделей и Государственный реестр промышленных образцов.

2. Физические и юридические лица Республики Беларусь имеют право патентовать изобретения, полезные модели и промышленные образцы за рубежом. В Законе 2002 г. патентование в зарубежных странах регулируется в ст. 32. Согласно п. 2 указанной статьи, до подачи заявки на изобретение, полезную модель, промышленный образец в зарубежных странах заявитель обязан подать заявку в Республике Беларусь и сообщить в патентный орган о намерении запатентовать изобретение, полезную модель, промышленный образец. Отсутствие запрета в течение трех месяцев с даты поступления сообщения о намерении патентования за рубежом дает возможность подать заявку на патентование в зарубежных странах. Если изобретения, полезные мо-

дели, промышленные образцы содержат сведения, разглашение которых может нанести ущерб безопасности Республики Беларусь, они должны быть засекречены в установленном порядке и, следовательно, не могут быть запатентованы в зарубежных странах.

Все расходы, связанные с патентованием за рубежом, несет сам заявитель или по соглашению с ним иное физическое или юридические лица.

Заявки на получение патентов в соответствии с международными договорами, в которых участвует Республика Беларусь, подаются непосредственно в патентный орган, если иное не определено международными договорами. Патентование в зарубежных странах производится по процедуре страны, где устанавливается защита охраняемых прав.

Для повышения заинтересованности белорусских патентообладателей в патентовании изобретений, полезных моделей и промышленных образцов за рубежом Указом Президента Республики Беларусь от 26 мая 2011 г. № 216 «О мерах по повышению эффективности использования объектов интеллектуальной собственности» установлено, что с 1 января 2012 г. по 31 декабря 2016 г. прибыль организаций, полученная от реализации (передачи) имущественных прав на объекты промышленной собственности (за исключением средств индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, услуг) освобождается от налогообложения налогом на прибыль.

§ 9. Охрана прав на товарный знак, знак обслуживания и географическое указание места происхождения товаров в Республике Беларусь

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.

Основным нормативным актом по охране прав на товарные знаки и знаки обслуживания в Республике Беларусь является Закон Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» от 5 февраля 1993 г. № 2181-ХІІ (в редакциях последующих законов).

Согласно Закону 1993 г. товарным знаком и знаком обслуживания признается обозначение, способствующее отличию товаров и услуг одного лица от однородных товаров или услуг других лиц. В качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы словесные обозначения, включая имена собственные, сочетания цветов, буквенные, цифровые, изобразительные, объемные обозначения, включая форму товара или его упаковку, а также комбинации таких обозначений (ст. 1). Правовая охрана товарного знака в Республике Беларусь осуществля-

ется путем его регистрации в Национальном центре интеллектуальной собственности (далее – патентный орган) в порядке, установленном законодательством о товарных знаках, или международными договорами Республики Беларусь (п. 1 ст. 2). Товарный знак может быть зарегистрирован на имя организации или гражданина (п. 2 ст. 2). Документом, охраняющим товарный знак, является свидетельство, которое удостоверяет приоритет товарного знака, исключительное право владельца на товарный знак в отношении товара, указанного в нем, и содержит изображение товарного знака. При подаче заявки в Национальный центр интеллектуальной собственности может устанавливаться приоритет товарного знака по дате первой подачи заявки на товарный знак в иностранном государстве-участнике Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., если заявка поступила в патентный орган в течение шести месяцев с указанной даты. Патентный орган проводит предварительную и основную экспертизу заявки. Срок проведения предварительной экспертизы установлен в два месяца, срок проведения основной экспертизы не определен. В случае несогласия заявителя с результатами предварительной или основной экспертизы он может подать жалобу в Апелляционный совет при патентном органе, которая должна быть рассмотрена в течение одного месяца с даты ее поступления. Решение Апелляционного совета может быть обжаловано заявителем в Верховный Суд Республики Беларусь в течение шести месяцев с даты получения решения.

Товарный знак регистрируется патентным органом в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания, сведения о нем публикуются в официальном бюллетене национального центра интеллектуальной собственности «Товарные знаки и знаки обслуживания. Наименования мест происхождения товаров».

Срок действия регистрации товарного знака установлен в десять лет, с правом продления на следующие десять лет.

Граждане и организации Республики Беларусь имеют право на регистрацию товарного знака в иностранном государстве и (или) его международную регистрацию (п. 1 ст. 16).

Такая регистрация проводится в соответствии с международными договорами, в которых участвует Республика Беларусь.

За использование не принадлежащего товарного знака, а также обозначения, сходного с ним до степени смешения, виновные лица несут ответственность в соответствии с законодательством Республики Беларусь. За использование чужого товарного знака установлена административная ответственность (ст. 11.26 Кодекса об административных правонарушениях). Защита гражданских прав от незаконного использования товарного знака, кроме требований о прекращении нарушения и взыскания причиненных убытков, может осуществляться путем:

- удаления с товара или его упаковки незаконно используемого товарного знака или обозначения, сходного с ним до степени смешения;
- ареста или уничтожения товаров, в отношении которых был незаконно применен товарный знак;
- наложения штрафа в пользу потерпевшей стороны в размере стоимости товара, в отношении которого был незаконно применен товарный знак.

В Законе 1993 г. права иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных организаций в охране товарных знаков и знаков обслуживания приравнены к правам граждан и организаций Республики Беларусь.

В целом Закон «О товарных знаках и знаках обслуживания», принятый в 1992 г., несмотря на редакционные изменения, уже давно требует замены.

2. Новым объектом исключительных прав, охрана которого начала вводиться в 90-е годы прошлого столетия, стало наименование места происхождения товара. Обычно под ним понимают название любого географического объекта страны (населенного пункта или местности), ставшего известным широкому кругу потребителей товаров. Необходимость охраны вызвана прямой связью между особыми свойствами товаров и особенностями природных, климатических условий места происхождения товаров. Еще одним фактором, с которым потребители связывают высокое качество товаров, являются исторические производственные традиции и навыки в производстве определенных товаров – например, оренбургские пуховые платки, хохломская роспись и т.п. Поскольку в международных конвенциях используется более широкое понятие – «географическое указание», которым охватывается и место наименования происхождения товара (природный фактор), и место указания его изготовления (производственный фактор), в Республике Беларусь 17 июля 2002 г. был принят Закон «О географических указаниях»¹.

В п. 1 ст. 1 Закона дано определение географического указания: «Обозначение, которое идентифицирует товар как происходящий с территории страны или из региона или местности на этой территории, где определенные качество, репутация или другие характеристики товара в значительной степени связываются с его географическим происхождением». Согласно Закону 2002 г. понятие «географическое указание» включает в себя понятие «наименование места происхождения товара» и «указание происхождения товара». Право на использование географического указания устанавливается свидетельством. Иностранные юридические и физические лица, постоянно проживающие за пределами Республики Беларусь, ведут дела по получению свидетельств на право пользования наименованием мест происхождения товаров через поверенных Республики Беларусь. К заявке на полу-

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 10.05.2007 г. – № 2/1308.

чение свидетельства иностранный заявитель должен приложить документ, подтверждающий его право на пользование заявленным наименованием места происхождения товара. В целом процедура получения свидетельства на охрану наименования происхождения товара идентична процедуре получения свидетельства на охрану товарного знака.

Сущность проблемы исчерпания исключительного права заключается в прекращении действия права на товарный знак после того, как товар, маркированный товарным знаком, был законно выпущен в оборот в стране происхождения. В таком случае права на товарный знак считаются исчерпаны на всех рынках, где бы не появился товар в дальнейшем. Можно привести пример из российской судебной практики по делу о «Параллельном импорте» немецкого автомобиля Porsche Cayenne¹. Автомобиль был продан в Германии, поступил на территорию США, где его купила российская компания. При пересечении таможенной границы России по требованию компании «Порше Руссланд», которая являлась официальным дилером немецкой компании, автомобиль был арестован как контрафактная продукция. Нижестоящие суды признали действия российской таможни законными, но Высший Арбитражный Суд отменил эти решения, посчитав, что автомобиль выпущен в имущественный оборот правообладателем товарного знака, в результате чего все права на товарный знак были исчерпаны при первой его продаже.

Норма об исчерпании исключительных прав была зафиксирована в Соглашении «О единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности», заключенного 9 декабря 2010 года в рамках создания Таможенного Союза: «С даты его вступления в силу настоящего Соглашения Стороны вводят следующий принцип исчерпания исключительных прав на товарный знак – не является нарушением использование этого товарного знака в отношении товаров, которые были правомерно введены в гражданский оборот на территории государств-Сторон непосредственно правообладателем или другими лицами с его согласия» (ст. 13).

На практике различают национальное, региональное и международное исчерпание исключительного права.

§ 10. Международные соглашения по охране прав на товарные знаки и знаки обслуживания

1. Вопрос охраны товарных знаков разрешается и в международных конвенциях. Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. содержит специальные нормы об охране прав

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 3 февраля 2009 г. № 10458/08 // [Электронный ресурс]. – 2012. – Режим доступа: <http://www.arbitr.ru/vas/presidium/nadzor/21604.html>. – Дата доступа: 10.12.2012.

на товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования.

Условия подачи заявки и регистрации товарных знаков согласно Конвенции определяются в каждой стране Союза ее национальным законодательством. Товарный знак, зарегистрированный в одной стране Союза, рассматривается как независимый от знаков, зарегистрированных в других странах Союза. Эта норма означает, что свидетельство на один и тот же товарный знак может в разных государствах принадлежать разным лицам.

Страны Союза берут обязательство отклонять или не признавать действительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, представляющего 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 используется для идентичных или подобных продуктов.

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;
- 2) возможность заявлять товарный знак, зарегистрированный в стране происхождения, в других странах Союза с установлением охраны;
- 3) обязанность стран Союза охранять знаки обслуживания, не предусматривающая регистрацию этих знаков¹;
- 4) недопустимость регистрации знака агентом или представителем владельца без разрешения последнего;
- 5) запрет на использование характера продукта, для которого предназначен товарный знак, в качестве препятствия к его регистрации;
- 6) обязанность принимать заявки на регистрацию и охранять коллективные знаки, даже если эти коллективы не являются владельцами промышленного или торгового предприятия;
- 7) охрана фирменного наименования без обязательной подачи заявки или регистрации;
- 8) применение административных мер в виде ареста или запрета на ввоз в отношении товаров, незаконно снабженных товарным знаком или фирменным наименованием;
- 9) обязанность стран Союза предоставлять в соответствии со своим внутренним законодательством временную охрану товарных

¹ Белорусское законодательство приравнивает знаки обслуживания к товарным знакам, не выделяя их особо.

знаков для продуктов, экспонируемых на официальных или признанных таковыми выставках.

2. Особо следует остановиться на охране фирменного наименования в странах Парижского Союза без обязательной подачи заявки или регистрации. 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.

Логическим развитием охраны прав на товарные знаки и знаки обслуживания является ст. 10-bis Парижской конвенции 1883 г., устанавливающая защиту от недобросовестной конкуренции. Актом недобросовестной конкуренции считаются всякие действия, которые противоречат честным обычаям в промышленных или торговых делах. В соответствии с этим подлежат запрету:

1) все действия, способные вызвать смешение 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.

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 трех 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 г. в редакции Стокгольмского акта 1967 г., Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 г. (Мадридский протокол), Договор о регист-

рации товарных знаков от 12 июня 1973 г., Сингапурский договор по товарным знакам от 27 марта 2006 г.

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 г., учредившей ВОИС (ст. 1). В заявлении должны быть указаны товары или услуги, для которых испрашивается охрана знака, а также указан соответствующий класс товара, установленный Ницским соглашением о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков¹. Международное бюро незамедлительно регистрирует знаки по дате подачи заявки на международную регистрацию в стране происхождения при условии, что заявка в Международное бюро 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 г., в соответствии с Декларацией о международных договорах Республики Беларусь в области промышленной собственности, утвержденной постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 11 марта 1993 г. № 141. Всего в Соглашении участвует более 50 государств.

4. Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 г. 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 г. 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 Протоколе также могут участвовать и международные организации при условии:

¹ Ницское соглашение о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 15 июня 1957 г., пересмотренное в Стокгольме 14 июля 1967 г., в Женеве 13 мая 1977 г. и измененное 28 сентября 1979 г.; участвует более 50 государств. Республика Беларусь присоединилась к нему Указом Президента Республики Беларусь от 21 декабря 1997 г. № 674.

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 территории 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 к Мадридскому соглашению Указом Президента Республики Беларусь от 7 сентября 2001 г. № 474. В настоящее время в Протоколе участвует более 50 государств.

Договор о регистрации товарных знаков от 12 июня 1973 г. также имеет своим предметом международную регистрацию знаков. Регистрирующим органом в этом договоре является Международное бюро ВОИС. Республика Беларусь в указанном Договоре не участвует.

5. В марте 2006 г. в Сингапуре была проведена 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;

– Резолюция, дополнительная к Сингапурскому договору.

Сингапурский договор заменил ранее действовавший договор о законах по товарным знакам (TZT), подписанный в Женеве в октябре 1994 г.

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 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 общеупотребимыми 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, 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 знака по лицензии. Предусмотрены три вида лицензии: исключительная, неисключительная или единичная.

С целью развития Договора предусмотрено создание Ассамблеи, в которой каждую договаривающуюся сторону представляет один делегат.

Как уже отмечалось, в Соглашении о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности 2010 г., заключенном Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией в рамках Таможенного союза, была установлена норма, обязывающая государства-участники Соглашения присоединиться к Сингапурскому договору о законах по товарным знакам 2006 г. Очевидно, что государства, образовавшие ЕЭП, рассматривают названный договор как эффективное средство гармонизации из национальных законодательств в сфере охраны и защиты прав на товарные знаки и знаки обслуживания.

6. Государства СНГ заключили 4 июня 1999 г. Соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний. Для Республики Беларусь Соглашение вступило в силу 17 мая 2004 г. (Закон Республики Беларусь № 279-3).

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 предусмат-

ривает ряд мер, направленных на пресечение использования ложных товарных знаков и географических указаний.

§ 11. 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 не случайно: 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 ненужном им 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. 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 г. создал Центр по арбитражу и посредничеству в области доменных имен (JCANN). 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. О наличии проблемы киберзахватов доменных имен в Беларуси свидетельствует окончание следствия по делу о незаконном использовании доменных имен. Уголовное дело было расследовано Следственным комитетом Республики Беларусь в отношении лица, которое незаконно использовало объекты права промышленной собственности в корыстных целях. Схема незаконного получения дохода заключалась в регистрации обвиняемым на свое имя доменных имен, сходных с названиями крупных предприятий и размещением на них рекламы однородных товаров других производителей. Это позволило обвиняемому получать доход за счет большой посещаемости сайтов с

размещенной рекламой, что являлось, по мнению следствия, результатом использования широко известных брендовых наименований в названиях доменов. Действия обвиняемого были квалифицированы по ч. 3 ст. 201 УК (нарушение авторских, смежных и патентных прав, повлекших причинение ущерба в крупном размере), а также ч. 1 ст. 380 УК (подделка, изготовление, использование либо сбыт поддельных документов, штампов, печатей, бланков). Ущерб, причиненный правообладателям, следствие оценило в сумму свыше Br 100 млн. Безусловно, уголовное дело по незаконному использованию доменных имен станет важным прецедентом в плане криминализации подобных нарушений.

Следует отметить, что 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 г. № 1192/00. В постановлении Президиум указал, что «отсутствие в названных нормах Закона (Закон Российской Федерации о товарных знаках 1992 г. (в ред. от 11 декабря 2002 г.) 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.

§ 12. Передача исключительных прав в соответствии с международными нормами и законодательством Республики Беларусь

1. Исключительные права могут передаваться правообладателями другим лицам посредством лицензии. Современное производство заставляет 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»)¹, поскольку таким способом можно пу-

¹ Переводится с английского «знаю как».

тем небольших 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 могут препятствовать третьим лицам использовать патенты, и тем самым сдерживать научно-технический прогресс, в Парижскую конвенцию по охране промышленной собственности 1883 г. была включена ст. 5. В п.п. 2 этой статьи установлено: «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». 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 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.

2. 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 лицензиату 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 существуют договоры *патентной лицензии* и договор *беспатентной лицензии*.

3. Закон Республики Беларусь от 16 декабря 2002 г. «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 г. 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.

3. Передача права на товарный знак регулируется в специальном разделе Закона Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» 1993 г., 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.

4. 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).

5. В международной практике получил распространение договор *франчайзинга*, именуемый в нашем 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.

Договоры франчайзинга в международной практике используются для открытия в зарубежных странах магазинов, ресторанов, гостиниц, расширения рынков сбыта товаров и услуг наиболее известных транснациональных корпораций.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 421–518.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2004. – С. 350–400.
3. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 351–403.
4. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 471–489.
5. Интеллектуальная собственность и смежные права: в 2 кн. / сост. и коммент. И.В. Попова; под ред. В.Ф. Чигира. – Минск, 1997. – Кн. 1: Авторское право.
6. Интеллектуальная собственность: в 2 кн. / сост. и коммент. В.Ф. Чигир. – Минск, 1997. – Кн. 2: Промышленная собственность.
7. Интеллектуальная собственность: в 2 кн. / сост. и коммент. В.Ф. Чигира. – Минск, 1997. – Кн. 2: Промышленная собственность.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 168–579.
9. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный). – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 265–367.
10. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 664–686.
11. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 494–561.
12. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 401–440.
13. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 217–232.
14. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 95–129.

ГЛАВА 14

НАСЛЕДСТВЕННЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Наследство имеет в себе сторону глубоко безнравственную: оно искажает законную печаль о потере близкого лица введением во владение его вещами.

А.И. Герцен

§ 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 (533 г. н.э.)¹. 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 г., 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»².

Институт наследования получил закрепление и в Статуте Великого княжества Литовского 1588 г., в котором целый раздел VIII был отведен регулированию завещаний. 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»³. Раздел имущества на отцовские и материнские устанавли-

¹ Харитонов, Е.О. Основы римского частного права. / Е.О. Харитонов. – Ростов н/Д, 1999. – С. 181–182.

² Повесть временных лет // Художественная проза Киевской Руси XI–XIII веков. – М., 1957. – С. 18–19.

³ Статут Вялікага княства Літоўскага 1588 г. Тэксты. Даведнік. Каментарыі. – Мінск, 1989. – С. 367.

вал разный порядок их наследования: 3/4 отцовского имущества делились 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. 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 советским 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 области¹.

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 точно 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 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

¹ Нехамкин, С. Наследство для Малмыжа / С. Нехамкин // Известия. – 03.11.2004 г.

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, наследуемое 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. В Законе Республики Польша «О международном частном праве» 1965 года в статье 34 указано: «По наследственным делам применяется закон гражданства наследодателя в момент его смерти». Аналогичная формулировка содержится в ст. 34 Закона Венгрии «О международном частном праве» 1979 г. и п. 1 ст. 25 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению 1896 г. 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 г., 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 связано¹.

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 требуют 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 – это 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*)².

В законодательстве ряда государств предусматривается несколько вариантов выбора права применительно к форме завещания. По Закону Венгрии «О международном частном праве» 1979 г. действительность завещания определяется законом гражданства наследода-

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство. – М., 1997. – С. 742.

² Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2008. – С. 627–683.

теля, но достаточно и сохранения формы, предусмотренной законом государства, где совершается правовое действие (ст. 35). Согласно ст. 72 Закона Украины «О международном частном праве» 2005 г. 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 англо-саксонского 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.

Но животные – это еще не самые необычные наследники. В округе Чероки штата Северная Каролина завещательница оставила все свое состояние Богу. Судья, рассмотрев завещание и не найдя оснований для его отмены, поручил местному шерифу найти наследника и обеспечить передачу ему наследства. В результате этого округ Чероки прославился как единственное богооставленное место на земле, поскольку в докладе шерифа местному судье было написано: «После повсеместных и тщательных поисков мы не смогли обнаружить Бога на территории этого округа».

3. В настоящее время в большинстве стран наследственное имущество классифицируется как движимое и недвижимое, что приводит к возникновению 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 в. 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 активами¹. Однако практика законодательства в большинстве стран пошла по другому пути и только в Саксонии и Италии не проводилось различие между движимым и недвижимым наследственным имуществом, причем в Италии такой порядок сохраняется до настоящего времени².

В отдельных странах при определении домициля проводится различие между домицилем происхождения (*domicil of origin*) и домицилем приобретенным или избранным (*domicil of choice*). М.М. Богуславский приводит следующий пример, связанный с великой русской балериной Анной Павловой³.

Родившись в России и став там великой балериной, Анна Павлова в результате революции была вынуждена эмигрировать в Великобританию, где прожила 15 лет. После ее смерти возникло дело о наследстве. Британские власти рассматривали наследодательницу как домицилированную в СССР, хотя после 1917 г. она ни разу в СССР не выезжала. Суд также в своем решении исходил из презумпции домициля по происхождению, поскольку пришел к выводу, что А. Павлова не приобрела нового домициля.

§ 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 г., 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

¹ Брун, М.И. Международное частное право / М.И. Брук // Словарь Брокгауза и Ефрона. – Т. XVIII-а. – С. 928.

² Закон Италии 1995 г. «О реформе итальянской системы международного частного права» // Международное частное право. Иностранное законодательство. – С. 334.

³ Богуславский, М.М. Международное частное право: практикум. / М.М. Богуславский. – М., 2002. – С. 205.

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 г.

От государств-участников Конвенции требуется включить в национальное законодательство правила составления международного завещания 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 не обязательно 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 Гагская конвенция о международном управлении имуществом умершего от 2 октября 1973 г., предложенная двенадцатой сессией Гагской 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. Обладатель 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 Гагская конвенция о праве, применимом к имуществу, распоряжение которым осуществляется на началах доверительной собственности, и о его признании от 1 июля 1985 г. Особенность Конвенции 1985 г. 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 г., 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.

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 г., принятой в Минске. Кишиневская конвенция 2002 г., 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 наследодатель 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 движимого 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, полученные от продажи движимого либо недвижимого имущества. Если местожительство 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.

Для удобства восприятия воспроизведем их содержание: «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 (ст. 1133).

Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а имущества, которое зарегистрировано в Республике Беларусь, – по праву Республики Беларусь (ст. 1134).

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 (ст. 1135)».

Поскольку ст. 1134 специально регулирует наследование недвижимого имущества и имущества, подлежащего регистрации, то предметом ст. 1133 может быть 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 временно 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. Не-

допустимо 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.

Следует напомнить, что подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, суда плавания «река–море», космические объекты относятся в Беларуси к недвижимым вещам (ч. 2 п. 1 ст. 130 ГК). Определяя подлежащее применению право по отношению к указанным движущимся объектам, законодатель исходил из того, что подчинение этих объектов закону страны места нахождения может оказаться случайным, что приведет к ряду неудобств и сложностей при определении их правового положения.

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 следовало 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.

Во внимание также должны приниматься 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 Беларусь 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 государства, как это предусмотрено в законодательстве большинства государств.

§ 6. Наследственные права белорусских граждан за рубежом

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).

Вопросы правового регулирования, связанные с получением наследства за рубежом, рассмотрены выше, в § 4.

2. Следует также учитывать, что 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 странах¹. 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.

В связи с этим возникает проблема устранения двойного налогообложения при получении наследуемого имущества, дарений и иных форм перехода собственности. Разрешается указанная проблема путем заключения специальных международных соглашений об устранении двойного налогообложения. Следует отметить, что 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.

¹ Князев, В.Г. Налоговые системы зарубежных стран. / В.Г. Князев – М., 1997. – С. 50.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 519–543.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 443–464.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 491–504.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики: в 3 кн. – Минск, 2006. – Кн. 3. – С. 700–702.
5. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 3 т. (постатейный) – Минск, 2003. – Т. 3. – С. 267–269.
6. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 304–319.
7. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 687–714.
8. Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд. – М., 2006. – С. 406–411.
9. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 440–457.
10. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 441–457.
11. Рубанов, А.А. Заграничные наследства (отношения между социалистическими и капиталистическими странами) / А.А. Рубанов. – М., 1975.
12. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 259–272.
13. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 130–141.

ГЛАВА 15
**БРАЧНО-СЕМЕЙНЫЕ ОТНОШЕНИЯ
В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ**

Брак есть союз мужа и жены, общность
всей жизни, единение божественного и че-
ловеческого права.

Модестин

§ 1. Общие положения

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 г. 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. Следствием этого является неразвитость международной унификации брачно-семейных отношений. В этой сфере преобладает коллизионный метод регулирования, иногда приводящий к возникновению такого явления, как «хромяющие 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 значительную часть в этих отношениях составляют нормы административно-правового характера, устанавливаемые государством, на которые участники правоотношений не в состоянии повлиять, а лишь вынуждены им следовать. К таким нормам относятся нормы о государственной регистрации актов гражданского состояния, нормы, оп-

ределяющие условия вступления в брак, снижение в определенных случаях брачного возраста и т.д.

Однако по сложившимся традициям в международном частном праве все нормы, регулирующие брачно-семейные отношения с иностранным элементом, рассматриваются как единые, без деления на собственно гражданско-правовые и административные.

2. Семейно-брачные отношения в международном частном праве – это отношения, которые возникают в результате заключения брака между гражданами разных государств. Такие браки в международном частном праве принято называть смешанными. История смешанных браков уходит в глубокую древность. Киевский князь Владимир в качестве условия принятия христианства потребовал от византийских императоров-соправителей Льва и Василия дать ему в жены их сестру Анну. 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 государству. С развитием межгосударственных связей более тесный характер приобретают и межличностные отношения представителей разных государств, что проявилось в возникновении смешанных браков.

В СССР отношение к бракам советских граждан с иностранцами было негативным уже с начала 20-х годов, а в период с 1947 по 1953 г. такие браки были вообще запрещены по политическим мотивам. 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. В это время произошел случай, когда брак советской гражданки стал причиной серьезного обострения межгосударственных отношений между СССР и Чили.

В декабре 1946 г. советская гражданка Лидия Лесина, работавшая технической служащей в итальянском посольстве, вышла замуж за Альваро Круса – сына посла Чили в СССР Луиса Круса Окампо. В феврале 1947 г. вышел указ о запрете браков между советскими гражданами и иностранцами. К этому времени отношения между СССР и Чили обострились настолько, что в октябре 1947 г. оба государства отозвали свои посольства. Однако посол Чили Луис Окампо не мог покинуть Москву, поскольку не получила разрешение на выезд его невестка Л. Лесина, гражданка СССР. Посол и его семья не выходили из гостиницы «Националь». Летом 1948 г. по просьбе президента Чили Луис Окампо вернулся в Чили и был тут же назначен представителем Чили в ООН. Свою работу в новой должности Окампо начал с жалобы на СССР в Юридический комитет ООН. Лидия и Альваро Крус оставались в Москве, при этом Лидия не выходила из гостиницы

«Националь». В итоге Совет Министров СССР принял секретное решение: Альваро Круса выслать из СССР, Лидию Лесину – арестовать. Только после смерти Сталина в августе 1953 г. Лидия Лесина и Альваро Крус прибыли в Чили.

Лидия Лесина доживает свой век в Сантьяго, но с журналистами встречаться наотрез отказывается, особенно с российскими, поскольку в перемены на родине не верит, считая, что страна, которая так с ней обошлась, измениться не может¹.

3. Основные различия в брачно-семейных отношениях связаны с тем, что в исламском мире, где живет около 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 не 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 не оформляют его юридически. Такой брак был известен еще в Древнем Риме, в результате чего в Дигестах Юстиниана была установлена норма: «Сожительство со свободной женщиной нужно рассматривать не как конкубинат², а как брак, если она не занимается продажей своего тела». Фактический брак в обиходе уже стали называть гражданским, но этот термин не совсем 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 по-

¹ Нехамкин, С. Узница «Националя» / С. Нехамкин // Известия. – 29.09.2005 г.

² Конкубинат в римском праве – это разрешенное законом сожительство с целью установления брачных отношений.

нения, как «незаконно рожденные дети», существовавшего 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 гражданский брак также должен быть зарегистрирован. В 2010 г. 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. 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 сложную проблему, как однополые браки, которые разрешены 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 этих браков, следует отметить, что они порождают гражданские права и обязанности между лицами, их заключившими, в чем проявляется, на наш взгляд, единственный положительный момент таких браков.

§ 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, во 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.

Общая коллизионная норма, регулирующая форму заключения брака, подчиняет ее месту заключения брака (*lex loci celebrationis*).

2. В Кодексе Республики Беларусь о браке и семье, действующем с 01.09.1999 г., 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 г. 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 процедурах (ст. 229 прим.). Под документами или сведениями понимается документ 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 установленные 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. 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.

С учетом положений ст. 229 прим КоБС 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 браки 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).

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 в Республике Беларусь брачно-семейных институтов.

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.

Заключение смешанных браков регулируют конвенции о правовой помощи и правовых отношениях. В частности Кишиневская конвенция 2002 г. в ст. 29 устанавливает, что условия заключения брака определяются для каждого из супругов законодательством государства, гражданином 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 заключается брак. Аналогичные положения содержатся в договорах о правовой помощи Республики Беларусь с Латвией и Литвой. В Договоре о правовой помощи Республики Беларусь с Польшей 1994 г. 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 в Республике Беларусь при заключении 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».

4. Законодательство зарубежных стран также содержит специальное регулирование смешанных браков, имеющее ряд особенностей. Во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению 1896 г. условия вступления в брак для каждого лица, вступающего в брак, определяются согласно праву государства, гражданином которого оно является. При отсутствии одного из условий подлежит применению германское право, если: 1) лицо, вступающее в брак, имеет постоянное место жительства на территории страны или является немцем; 2) лица, вступающие в брак, предприняли необходимые шаги для соблюдения этого условия. Брак в Германии может быть заключен только в форме, предусмотренной немецким правом.

Многообразны и обширны по характеру регулирования нормы, относящиеся к заключению смешанных браков в Законе «О международном частном праве» Швейцарии 1987 г.

Брак может быть заключен в Швейцарии, если один из вступающих в брак является гражданином Швейцарии или имеет в этой стране место жительства. Иностранцам, не имеющим в Швейцарии места жительства, может быть разрешено заключение брака, если такой брак признается в государстве их места жительства или в государстве их гражданства. При этом в разрешении не может быть отказано на том основании, что решение о разводе, вынесенное или признаваемое в Швейцарии, не признается за рубежом.

Условия заключения брака в Швейцарии определяются по швейцарскому праву, но брак между иностранцами может быть заключен, когда отсутствуют условия, препятствующие вступлению в брак, предусмотренные швейцарским правом и, если при этом выполняются условия, установленные правом гражданства каждого из вступающих в брак. Форма брака, заключаемого в Швейцарии, определяется правом этой страны.

В Законе Украины «О международном частном праве» 2005 г. в ст. 55 установлено, что право на брак определяется законом любого из лиц, которые подали заявление о заключении брака. При этом должны быть учтены требования Семейного кодекса Украины относительно недействительности брака. Форма и порядок заключения брака в Украине между гражданином Украины и иностранцем или лицом без гражданства определяются правом Украины.

§ 3. Супружеские правоотношения в смешанных браках

1. Смешанные браки могут иметь особенности, связанные с регулированием семейных отношений супругов в таких браках. Каким бы личным законом не определялись условия заключения брака, исходным началом регулирования правоотношений супругов в браке является закон их совместного места жительства.

Возможны отдельные случаи, когда супруги, заключив брак, продолжают жить отдельно, но это исключения, которые, как известно, подтверждают правило.

Законодательство Республики Беларусь устанавливает полное равенство мужчины и женщины в браке, что закреплено в ч. 2 ст. 32 Конституции: «Супруги равноправны в семейных отношениях». В ст. 20 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье равенство супругов в семейных отношениях регулируется следующим образом: «Все вопросы брачных и семейных отношений супруги решают совместно, по обоюдному согласию и на основе равенства».

Супруги обязаны строить свои отношения в семье на основе взаимоуважения и взаимопомощи, справедливого распределения семейных обязанностей, содействия в реализации каждым из них права

на материнство (отцовство), физическое и духовное развитие, получение образования, проявление своих способностей, труд и отдых.

Супруги вправе самостоятельно решать вопросы, касающиеся их личных интересов, если иное не оговорено в Брачном договоре».

Право заключения брачного договора предусмотрено ст. 13 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье. Закон Республики Беларусь от 7 января 2012 г. существенно изменил ее формулировку, сведя все регулирование к имущественным отношениям, что представляется нелучшим решением. Если признать, что главная цель семьи – накопление имущества, то такой подход к Брачному договору можно считать оправданным. Однако, на наш взгляд, для общества вопрос воспитания детей гораздо важнее имущественных отношений супругов. Это понимали еще в Древнем Риме, где супругам обычаем запрещал дарить друг другу имущество. Одной из причин такого обычая, по утверждению римского юриста Павла, было опасение, «чтобы не утратилось стремление, прежде всего, воспитывать детей»¹. Поэтому исключение из Брачного договора нормы, допускавшей заключение супругами соглашений о формах, методах и средствах воспитания детей, снизило его общественную ценность и значимость.

В то же время законодатель добавил еще одну статью – 13 (прим.), которая регулирует форму и порядок заключения Брачного договора. Обязательной является письменная форма договора и регистрация его у нотариуса. Новацией является требование государственной регистрации Брачного договора в организации по государственной регистрации недвижимого имущества, если договор содержит условия возникновения, перехода, прекращения или ограничения прав на недвижимое имущество.

2. В Кодексе Республики Беларусь о браке и семье нет специальной статьи, регулирующей личные имущественные и неимущественные права и обязанности супругов, один из которых является иностранцем или лицом без гражданства. В ст. 228 содержится лишь общая норма, устанавливающая, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Республике Беларусь правами и несут обязанности в брачных и семейных отношениях наравне с белорусскими гражданами.

В то же время в законодательстве ряда стран имеются специальные нормы, регулирующие отношения супругов. В Семейном кодексе России содержится ст. 161, в которой регулируются личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов, являющихся гражданами разных государств. В качестве основной коллизионной нормы регулирования указанных отношений определено законодательство государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства, а

¹ Дигесты Юстиниана / Харитонов, Е.О. Основы римского частного права. – Ростов н/Д, 1999. – С. 397.

при отсутствии совместного места жительства – законодательство государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Правовые отношения супругов, не имеющих совместного места жительства, определяются на территории России по законодательству Российской Федерации. При заключении брачного договора или соглашения об оплате алиментов друг другу, супруги, не имеющие общего гражданства или места жительства, могут избрать применимое право для регулирования названных отношений.

Закон Украины «О международном частном праве» 2005 г. также предусматривает возможность выбора права супругами для регулирования своих отношений, если они не имеют общего личного закона, а также общего места жительства, и если при этом личный закон ни одного из них не совпадает с правом государства их общего места жительства. Соглашение о выборе права прекращается, если личный закон супругов становится общим.

3. В Минской конвенции 1993 г. и Кишиневской конвенции 2002 г. личные и имущественные правоотношения супругов определяются на основе следующих привязок:

- по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой они имеют совместное местожительство;

- при проживании супругов в разных странах и наличии общего гражданства действует законодательство той страны, гражданство которой они имеют;

- при разном гражданстве и проживании в разных странах действует законодательство той страны, где супруги имели последнее место жительства;

- если супруги не имели совместного места жительства, применяется законодательство той страны, учреждение юстиции которой рассматривает дело;

- если правоотношение касается недвижимого имущества, применяется законодательство страны, где находится это имущество.

Компетенция по делам о личных и имущественных правоотношениях супругов принадлежит учреждениям страны, законодательство которой применяется.

4. Двусторонние договоры о правовой помощи, заключенные Республикой Беларусь с Польшей, Латвией, Литвой, Вьетнамом, Китаем, Болгарией, и договоры о правовой помощи, заключенные бывшим СССР с Финляндией, Кубой, Чехией, Словакией, Италией, действующие в отношении Республики Беларусь по праву правопреемства, также содержат коллизионные нормы по регулированию личных и имущественных отношений между супругами.

В Договоре между Республикой Беларусь и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях в ст. 27 содержатся

следующие коллизионные нормы по регулированию личных и имущественных отношений между супругами:

– если супруги имеют общее гражданство – применяется законодательство страны, гражданство которой они имеют;

– если супруги имеют гражданство разных стран – применяется законодательство страны, на территории которой они совместно проживают;

– если у супругов нет ни общего гражданства, ни страны совместного проживания – применяется законодательство страны, суд которой ведет дело.

Дела, касающиеся личных и имущественных отношений между супругами, подлежат компетенции суда той страны, гражданами которой они являются. Если супруги проживают на территории другой Договариваемой страны, то суд этой страны также будет являться компетентным в решении дела.

При отсутствии общего гражданства и наличии совместного места жительства компетентным является суд той Договариваемой Стороны, на территории которой совместно проживают супруги. При проживании супругов на территории двух Договариваемых Сторон в решении дел компетентны суды обеих Договариваемых Сторон.

§ 4. 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 г. № 136-З (в ред. Закона от 04.01.2010 г.) 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 иностран-

ными 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, безвестно 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 г. установление и оспаривание отцовства или материнства определяется по

законодательству 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 г. и Кишиневская конвенция 2002 г., 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. Во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению 1896 г. различается статус детей, рожденных в браке, и статус внебрачных детей. Согласно ст. 19 Раздела «Семейное право» брачное происхождение ребенка подчиняется праву, которое определяет общие последствия брака для матери при рождении ребенка. Если в этот момент супруги являются гражданами различных государств, ребенок считается рожденным в браке, при условии, что он считается брачным по праву одного из этих государств. При расторжении брака до рождения ребенка определяющим является момент его расторжения: ребенок вправе оспорить факт рождения в браке также согласно праву государства, в котором он имеет постоянное место жительства.

Статус внебрачных детей определен в ст. 20 Вводного закона ГГУ и имеет следующие нормы:

– происхождение внебрачных детей подчиняется праву государства, гражданкой которого является мать при рождении ребенка. Это правило действует и для возникших вследствие беременности обязательств отца по отношению к матери. Отцовство может быть установлено также и согласно праву государства, гражданином которого является отец в момент рождения ребенка, или согласно праву государства, в котором ребенок имеет постоянное место жительства;

– к правоотношению между родителями и внебрачным ребенком применяется право государства, в котором ребенок имеет постоянное место жительства.

Установление статуса внебрачных детей имеет целью особую социальную защиту внебрачных детей путем предоставления различных социальных льгот, возможности бесплатного получения образования и т.д. Внебрачные дети пользуются преимуществами и при получении алиментов: если обязанное лицо платит алименты нескольким детям в разных семьях, то внебрачный ребенок имеет право на первоочередное их получение.

§ 5. Международная кодификация брачно-семейных отношений

Ведущая роль в международной кодификации 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 гг., однако они не получили широкого признания, хотя Российская империя в них участвовала. В статусе межправительственной организации, который она получила в 1955 г., Гаагская конференция в 50-е годы XX века начала проводить новую международную кодификацию брачно-семейных отношений. Ее результатом стали следующие конвенции:

- Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей 1956 г.;
- Конвенция о признании и исполнении решений в отношении алиментных обязательств, касающихся детей 1958 г.;
- Конвенция о компетенции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних 1961 г.;
- Конвенция о компетенции, применимом праве и признании решений об усыновлении 1965 г.;
- Конвенция о признании разводов и судебного разлучения супругов 1970 г.;
- Конвенция о признании и исполнении решений, касающихся алиментных обязательств 1973 г.;
- Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам 1973 г.;
- Конвенция о праве, применимом к режиму собственности супругов 1978 г.;
- Конвенция о заключении брака и признании его недействительным 1978 г.;
- Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г.;
- Конвенция о защите детей и сотрудничестве по вопросам международного усыновления 1993 г.;
- Конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве по вопросам ответственности родителей и о мерах по защите детей 1996 г.;
- Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи 2007 г.;
- Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам 2007 г.

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 г. и Конвенция о защите детей и сотрудничестве по

вопросам международного усыновления 1993 г., 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 г. Эта Конвенция призвана регулировать такое негативное последствие распавшихся смешанных браков, как незаконный вывоз бывшими супругами своих детей в другую страну, а также нарушения права матери или отца 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 г., 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 г. № 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 местонахождение 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;

f) инициировать судебные или административные процедуры с целью возвращения ребенка или, если это необходимо, организовать эффективное осуществление права доступа;

g) обеспечивать, когда это необходимо, правовую помощь и консультации юриста, включая участие адвоката;

i) 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 возвратить 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:

a) 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;

b) 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.

§ 6. 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 обязан-

ности 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. Из многосторонних конвенций, регулирующих взыскание алиментов, наибольшее распространение получила Конвенция о взыскании алиментов за границей, заключенная в Нью-Йорке 20 июня 1956 года. В настоящее время в Конвенции участвует более 120 государств. Республика Беларусь присоединилась к названной Конвенции Указом Президента Республики Беларусь от 27 сентября 1996 года № 386.

Конвенция имеет целью обеспечить любому лицу, которое находится на территории какой-либо из Договаривающихся Сторон, взыскание алиментов от другого лица, которое находится под юрисдикцией какой-либо другой Договаривающейся Стороны. Эта цель реализуется органами, которые именуются передаточными и промежуточными инстанциями. Договаривающаяся Сторона в момент депонирования ратификационной грамоты о присоединении поручает одному или нескольким административным или судебным учреждениям выполнение на своей территории функций передаточных инстанций. Одновременно с этим каждая сторона поручает публичному или частному учреждению выполнение на своей территории функций промежуточной инстанции. Согласно Указу Президента Республики Беларусь функция передаточной инстанции возложена на Министерство юстиции, промежуточной инстанции – на районные (городские) суды Республики Беларусь.

Конвенция 1956 г. предусматривает следующую процедуру взыскания алиментов. Истец, находящийся на территории одного из государств-участников Конвенции, которое именуется «государство истца», подает просьбу в передаточную инстанцию другого государства, именуемого «государство ответчика».

Просьба должна сопровождаться всеми относящимися к делу документами, включая доверенность, уполномочивающую промежуточную инстанцию действовать от имени истца или назначить какое-либо другое лицо, которое должно действовать от имени истца. Просьба должна сопровождаться фотографией истца и, по возможности, фотографией ответчика.

Каждая из Договаривающихся Сторон сообщает Генеральному Секретарю ООН о том, какие доказательства обычно требуются по закону государства промежуточной инстанции для подтверждения требований об алиментах, в каком порядке эти доказательства должны представляться и какие другие требования должны при этом выполняться.

Передаточная инстанция иностранного государства должна принять все меры для соблюдения закона государства промежуточной инстанции. Помимо требований закона государства промежуточной инстанции, в просьбе должны содержаться следующие сведения:

- а) имя и фамилия, адрес, дата рождения, гражданство и род занятий истца, если это необходимо, фамилия и адрес его законного представителя;
- б) имя и фамилия ответчика и, если они известны истцу, его последовательные адреса в течение пяти последних лет, дата его рождения, его гражданство и род занятий;
- в) подробное изложение оснований и предмета просьбы и все другие относящиеся к делу сведения, касающиеся, в частности, средств и семейного положения истца и ответчика.

Передаточная инстанция препровождает документы в промежуточную инстанцию государства ответчика, разве только убедиться в том, что просьба является недобросовестной. По просьбе истца препровождаются решения, окончательное или предварительное, и любое другое судебное постановление об алиментах, вынесенные в пользу истца компетентным судебным учреждением какой-либо из Договаривающихся Сторон, и, если это необходимо и возможно, протоколы по делу об иске.

До препровождения документов передаточная инстанция убеждается в том, что эти документы представлены в соответствующей форме. При этом передаточная инстанция может сообщить промежуточной инстанции свое мнение об основательности просьбы и рекомендовать предоставление истцу бесплатной юридической помощи и освобождение его от расходов.

Производство в государстве-ответчике может заключаться в производстве по выдаче экзекватуры, или регистрационном производ-

стве, или новом иске, основанном на полученном постановлении.

Промежуточная инстанция принимает от имени истца все надлежащие меры для взыскания алиментов, включая заключение мировой сделки, предъявление иска об алиментах и ведение соответствующего дела, приведение в исполнение любого решения, определения или другого судебного постановления.

Характерно, что Конвенция 1956 г. не обладает приоритетом в отношении национального законодательства государства ответчика, что установлено в п. 3 ст. 6: «Несмотря ни на какие постановления настоящей Конвенции, законом, на основании которого разрешаются все вопросы, возникающие в связи с любым таким иском или делом, является закон государства ответчика и, в частности, частное международное право этого государства».

Конвенция предусматривает освобождение истцов от уплаты расходов и пошлин, которые существуют для резидентов или граждан государства, где эти дела ведутся. Передаточные и промежуточные инстанции также не должны требовать никакого вознаграждения за услуги, предоставляемые ими согласно Конвенции.

Государства, законами которых установлены ограничения для денежных переводов за границу, предоставляют высший приоритет денежным переводам, предназначенным для уплаты алиментов или покрытия расходов по любому судебному делу, проведенному на основании Конвенции.

Для сокращения сроков вступления в силу решений о взыскании алиментов государства могут заключать и двусторонние соглашения. Беларусь подписала с Россией соглашение об упрощенной процедуре взыскания алиментов. Эта процедура предусматривает взаимное исключение экзекватуры решений о взыскании алиментов, т.е. решение суда, принятое в Беларуси или России, будет выполняться напрямую без процесса признания в другой стране.

3. Новые акты по регулированию алиментных обязательств приняты Гаагской конференцией по международному частному праву на ее Двадцать первой сессии в ноябре 2007 года: Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи¹ и Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам².

Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи должна заменить Гаагскую конвенцию о признании и исполнении решений, касающихся алиментных обязательств, от 2 октября 1973 года и Гаагскую конвенцию о признании и исполнении решений в отношении алиментных обяза-

¹ Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи // Журнал Международного частного права. – 2008. – № 3(61). – С. 37–67.

² Протокол о праве, применяемом к алиментным обязательствам // Журнал Международного частного права. – 2008. – № 3(61). – С. 94–103.

тельств, касающихся детей, от 15 апреля 1958 года. В качестве целей Конвенции 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, супругов, но и других членов семьи.

Применительно к супругу Конвенция применяется с рядом ограничений: а) заявление о взыскании алиментов может быть подано только совместно с алиментным требованием в отношении ребенка, т.е. требование о содержании супруга возможно только при наличии детей; б) возможно только признание и исполнение уже вынесенного решения в другом государстве; в) заявление о содержании супруга (без заявления требования в отношении ребенка) не может быть подано через Центральный орган.

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. 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.

Статья 49 Гагской конвенции содержит согласование с Нью-Йоркской конвенцией 1956 года. В ней указано, что данная Конвенция заменяет Конвенцию ООН о взыскании алиментов за границей от 20 июня 1956 года, поскольку сфера применения последней совпадает

со сферой применения данной Конвенции. Безусловно, Гагская конвенция гораздо совершеннее и шире Нью-Йоркской конвенции, но преимущество последней состоит в том, что это действующая Конвенция с широким участием государств. В связи с этим вряд ли стоит денонсировать Нью-Йоркскую конвенцию с целью присоединения к Конвенции 2007 года. В то же время разработка и принятие Гагской конференцией по международному частному праву Конвенции о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи – значительный шаг в развитии регулирования брачно-семейных отношений и нормы Конвенции будут востребованы как в отношениях между государствами, так и в национальном праве отдельных государств.

4. Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам, 2007 года призван заменить Гагскую конвенцию о праве, применимом к алиментным обязательствам, от 2 октября 1973 года и Гагскую конвенцию о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, от 24 октября 1956 года. Вместе с тем Протокол дополняет Гагскую 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.

Алиментные обязательства регулируются правом государства обычного места жительства кредитора, за исключением, 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;
- b) право государства места жительства любой стороны;
- c) 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).

Сфера действия применимого права к алиментным обязательствам включает следующие вопросы:

- a) может ли, в каком размере и от кого кредитор требовать алименты;

в) размер выплаты задолженности, которую может потребовать кредитор;

с) основание для исчисления размеров алиментов и их индексации;

д) кто имеет право возбуждать процесс о взыскании алиментов;

е) срок исковой давности в деле о взыскании алиментов;

ф) размер алиментного обязательства должника, если государственный орган требует компенсацию за выплаченные алименты (ст. 11).

Протокол оставить применение обратной отсылки (ст. 12).

В отношении применения иностранного права, определенного согласно Протоколу, может быть отказано только в случае, если последствия применения иностранного права будут явно противоречить публичному порядку суда (ст. 13).

При определении размера алиментов должны быть учтены потребности кредитора и средства должника, а также любая компенсация, которую кредитору предоставляли вместо периодических алиментных платежей (ст. 14).

В целом Протокол отражает произошедшие изменения в вопросе избрания применимого права. Поскольку он не затрагивает никакого другого международного документа, в котором участвует или намеревается участвовать Договаривающееся государство, то участие Республики Беларусь в Протоколе было бы весьма полезным.

§ 7. Международное усыновление и международная опека и попечительство

1. Международное усыновление начало быстро развиваться в 90-е годы прошлого столетия. Его главной причиной были 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.

Конвенция о правах ребенка 1989 г. установила, «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».

В мае 1993 г. была принята Конвенция о защите детей и сотрудничестве в области межгосударственного усыновления, в преамбуле

которой содержались 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 г. 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 г. Республика Беларусь присоединилась к Конвенции 1993 г. на основании Указа Президента Республики Беларусь от 02.05.2003 г. № 183.

Роль Центральной инспекции в Беларуси выполняет Национальный центр усыновления Министерства образования Республики Беларусь.

2. Процедуру международного усыновления регулируют Кодекс Республики Беларусь о браке и семье и Положение «О порядке согласования процедуры международного усыновления и взаимодействия с компетентными организациями иностранных государств в рамках данной процедуры», утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 21.09.2004 г. № 1173 (в ред. постановления от 31.01.2007 г. № 122).

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 г. № 1173, определяет порядок согласования процедуры международного усыновления между Министерством образования Республики Беларусь и компетентными государственными органами иностранных государств и взаимодействие Национального центра усынов-

ления 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 иных отношениях, связанных 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 г. (ст. 37) и Кишиневская конвенция 2002 г. (ст. 40) единообразно регулируют вопросы международного усыновления. Основное положение – 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 местопребывание.

В соответствии со ст. 27 Закона Республики Беларусь «О гражданстве Республики Беларусь» 2002 г. 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.

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 г. на международное в Республике Беларусь усыновление было передано 720 детей и оно сравнялось с национальным. В последние годы международное усыновление резко сократилось в результате изменения государственной политики в данном вопросе и активизации усилий по передаче детей, лишившихся родителей, на воспитание в условиях семьи в нашем государстве.

4. 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, устанавливаются 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 Респуб-

лики Беларусь и иностранных граждан или лиц без гражданства над несовершеннолетними 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.

§ 8. Расторжение смешанных браков

1. 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 отсутствие 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, отсутствие совместного проживания, нанесение финансового ущерба семье. В белорусском законодательстве таких оснований 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).

2. Расторжение брака регулируется и в договорах о правовой помощи. Согласно ст. 31 Кишиневской конвенции 2002 г. 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 регулиро-

вании расторжения брака. В Договоре между Республикой Беларусь и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1995 г. 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 местожительство 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.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 544–606.

2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2004.

3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 505–518.

4. Комментарий к Кодексу Республики Беларусь о браке и семье / Т.А. Белова [и др.]; под ред. В.Г. Тихини, В.Г. Голованова. – Минск, 2000.

5. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 277–303.

6. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 715–745.

7. Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – М., 2006. – С. 374–405.

8. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 477–493.

9. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М., 2004. – С. 458–490.

10. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 233–258.

11. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 142–166.

ГЛАВА 16 ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Труд не может стать законом, не будучи правом.

В. Гюго

§ 1. Общие положения регулирования трудовых отношений

1. 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 каждого 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 частноправового¹.

¹ Киселев, И.Я. Зарубежное трудовое право / И.Я. Киселев. – М., 2000. – С. 12.

Публично-правовой метод включает законодательную деятельность государства, которая выражается в принятии законов и подзаконных актов, регулирующих трудовые отношения.

В.П. Звеков утверждает: «В сфере трудового права с большей силой, чем это свойственно гражданскому и семейному праву, проявляет себя публично-правовое начало, ограничивающее действие коллизионных норм страны суда и, как следствие, применение иностранных законов»¹.

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 Западе² 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.

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 преобладают над законодательством.

В последние десятилетия выявилась тенденция сближения двух методов правового регулирования в законодательстве отдельных

¹ Звеков, В.П. Указ. соч. – С. 519.

² Термин «Запад» в данном случае применяется не в географическом, а в социокультурном смысле.

стран путем достижения оптимального соотношения между законодательным и договорным регулированием. Во многом это стало результатом воздействия применяемых под руководством Международной Организации Труда (МОТ) конвенций и рекомендаций, на национальные правовые системы в сфере трудовых отношений.

3. МОТ (International Labour Organization) была образована в 1919 г. и первоначально работала под руководством Лиги Наций, созданной в соответствии с Версальским мирным договором. С 1946 г. МОТ стала первым специализированным учреждением Организации Объединенных Наций, осуществляющим разработку международных стандартов в области труда путем принятия конвенций и рекомендаций, а также контроль за их соблюдением государствами-членами Организации. Принятые по инициативе МОТ конвенции, ратифицированные государствами-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 г. 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 г. в качестве основополагающих в деле охраны труда, к которым относятся: № 29 Конвенция о принудительном или обязательном труде; № 87 Конвенция о свободе ассоциации и защите права на организацию; № 98 Конвенция о праве на организацию и на ведение коллективных переговоров; № 100 Конвенция о равном вознаграждении за труд; № 105 Конвенция об упразднении принудительного труда; № 111 Конвенция о дискриминации в области труда и занятости; № 138 Конвенция о минимальном возрасте для приема на работу; № 182 Наихудшие формы детского труда¹.

4. 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. 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 была сформулирована как «укрепление трехсторонней структуры и поддержание соци-

¹ Стаценко, В.Г. Беларусь в Международной Организации Труда. История и современные проблемы взаимодействия / В.Г. Стаценко. – Витебск, 2007. – С. 205.

ального диалога».¹ Эта концепция сотрудничества предпринимателей, работников и государств получила название трипартизма. Сущность ее состоит в тесном взаимодействии путем диалога, консультаций, переговоров, соглашений представителей трудящихся, предпринимателей и государственных властей. В СССР, соответственно и БССР, трипартизм долгое время отвергался как социал-реформаторская идея, ведущая к усилению эксплуатации трудящихся. В настоящее время ситуация изменилась и в ст. 2 Трудового кодекса Республики Беларусь среди трех главных задач названа задача: «развитие социального партнерства между нанимателями (их объединениями), работниками (их объединениями) и органами государственного управления». Это свидетельствует о признании 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*. Так, в Законе Польши «О международном частном праве» 1965 г. в ст. 32 установлено: «Стороны могут подчинить трудовые правоотношения выбранному ими закону, если он находится во взаимосвязи с этими правоотношениями»². 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. 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

¹ Человек и труд. – 2003. – № 3.

² Международное частное право. Сборник нормативных актов. – С. 365.

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 положения работников по сравнению с законодательством. Выбор права в трудовых отношениях существует в Великобритании, Италии, Канаде, Австрии, Эстонии и других государствах.

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 г., 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 г., 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 (см. гл. 3 § 3). 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.¹

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, принимаемым и для работы на водном и воздушном транспорте. При этом национальность транспортного средства определяется по месту его регистрации. Учитывая, что в морском праве

¹ Киселев, И.Я. Зарубежное трудовое право / И.Я. Киселев. – М., 2000. – С. 179.

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 г. 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 г., 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 закон¹.

Личный закон работодателя применяется, если работник выполняет работу за границей, будучи направленным в командировку или по другим основаниям. Так, в абз. 2 § 52 Закона Венгрии «О международном частном праве» 1979 г. 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»².

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 – место жительства ответчика. В Великобритании стороны могут заключать соглашение о выборе места рассмотрения спора (процессуальное соглашение). В ряде стран для определения компетентного суда применяется принцип наиболее тесной связи трудового правоотношения с правом определенного государства, т.е. рассмотрения спора поручается суду того государства, чье право применяется. Обычно

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство. – С. 517.

² Международное частное право. Сборник нормативных документов. – С. 366.

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 г. о юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (в редакции 1989 г.). Данная Конвенция устанавливает единую подсудность для всех споров, вытекающих из трудовых отношений, по месту выполнения работы (п. 1 ст. 5)¹.

§ 3. Международно-правовое регулирование труда мигрантов

1. Трудовая деятельность мигрантов превратилась в важный экономический фактор мировой экономики. Количество трудящихся-мигрантов, выезжающих в зарубежные страны для трудовой деятельности, превышает 100 млн человек. Денежные переводы мигрантов в 2012 г. в развивающиеся страны составили по данным Всемирного банка 406 млрд долларов, к 2015 г. эта сумма должна достигнуть 534 млрд. В действительности объем пересылаемых средств гораздо больше: часть денег пересылается по неофициальным каналам.

Важность проблемы потребовала проведения кодификации норм, регулирующих правовое положение трудящихся-мигрантов. Эту работу проделали ООН и ее специализированная организация – МОТ.

Генеральная Ассамблея ООН в декабре 1990 г. 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 г. 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 важ-

¹ Международное гражданское процессуальное право. – М., 2001. – С. 135.

нейшие 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 г. 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 г. и нашей страной.

2. 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 г. и Конвенция о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения 1975 г.

Конвенция № 97 (пересмотренная) о трудящихся-мигрантах была принята 1 июля 1949 г. Генеральной конференцией МОТ путем пересмотра Конвенции 1939 г. 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 пособий, необходимых лицам, не отвечающим условиям, необходимым для получения нормальной пенсии;

- 5) налоги, сборы или взносы, уплачиваемые за трудящегося;
- б) судопроизводство по вопросам, содержащимся в Конвенции.

2. Конвенция МОТ от 24 июня 1975 г. № 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:

- а) для пресечения тайного миграционного движения и незаконного найма мигрантов;
- б) против организаторов незаконного тайного передвижения мигрантов, ищущих работу, а также против тех, кто нанимает трудящихся, мигрировавших в незаконных условиях;
- с) в целях предотвращения и ликвидации злоупотреблений, связанных с незаконной миграцией.

Конвенция 1975 г. 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.

Известный белорусский специалист по истории МОТ В.Г. Стаценко отмечает: «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»¹. В настоящее время проблема трудовой миграции стала актуальной и для Республики Беларусь, в связи с чем 97 и 143 Конвенции требуют ратификации, тем более, что объективных препятствий к этому нет.

3. Помимо конвенций МОТ принимает и рекомендации, которые являются 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 отличаются 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 г. 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 заработной платы, 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. В странах СНГ также активно развиваются миграционные процессы, что вызвало необходимость их правового регулирования. В апреле 1994 г. 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 г.²

¹ Стаценко, В.Г. Беларусь в Международной Организации Труда. История и современные проблемы взаимодействия / В.Г. Стаценко. – Витебск, 2007. – С. 209.

² Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь от 22.10.2003 г. – № 3/945.

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 г. 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.

Создание Единого экономического пространства тремя государствами: Республикой Беларусь, Российской Федерацией и Республикой Казахстан – должно привести к созданию единого рынка труда, который в значительной степени будет формироваться за счет процессов трудовой миграции в пределах созданного образования. С этой

целью 19 ноября 2010 г. было заключено Соглашение о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей, которое устанавливает особый правовой режим для трудящихся-мигрантов и членов их семей, въехавших из государств, входящих в ЕЭП.

Наиболее важным в Соглашении является отмена для работодателей ограничений по привлечению рабочей силы из государств, входящих в ЕЭП, а для трудящихся-мигрантов из этих государств отмена получения разрешений на осуществление трудовой деятельности. Трудовые отношения трудящегося-мигранта с работодателем регулируются законодательством государства места работы, указанным Соглашением и оформляются трудовым договором. Трудящийся-мигрант и члены его семьи освобождаются от регистрации в течение 30 суток с даты въезда на территорию государства трудоустройства. Срок временного пребывания трудящегося-мигранта и членов его семьи определяется сроком действия заключенного трудового договора и ограничение этого срока в Соглашении не установлены. В случае досрочного расторжения трудового договора после истечения 90 суток с даты въезда на территорию государства трудоустройства трудящийся-мигрант имеет право в течение 15 дней заключить новый трудовой договор, в том числе с новым работодателем.

Социальное обеспечение трудящихся мигрантов, за исключением пенсионного, производится в соответствии с законодательством государства трудоустройства. Дети трудящегося-мигранта имеют право на посещение дошкольных учреждений, получение образования в соответствии с законодательством государства трудоустройства и международными договорами. Таким же образом регулируется получение трудящимся-мигрантом и членами его семьи безвозмездной медицинской помощи и иной медицинской помощи.

Трудящиеся-мигранты и члены их семей обязаны соблюдать законодательство государства трудоустройства, уважать его культуру и традиции.

Несмотря на достаточно льготный правовой режим, установленный Соглашением 2010 г. для трудящихся-мигрантов из стран Единого экономического пространства, 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 г. и Конвенциях МОТ 1949 и 1975 г. Одновременно с Соглашением о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государства, образующие ЕЭП, заключили межправительственное Соглашение о сотрудничестве по противодействию нелегальной трудовой миграции из третьих государств. В этом документе определены направления сотрудничества государств Таможенного союза по противодействию нелегальной трудовой миграции из государств, не входящих в ЕЭП.

В качестве основных направлений в Соглашении определены:

– разработка и реализация согласованной политики по противодействию нелегальной трудовой миграции;

– осуществление согласованных мер в отношении трудящихся-мигрантов, физических и юридических лиц, организующих или содействующих нелегальной трудовой миграции. Таким образом, государства, образовавшие ЕЭП, выразили твердое намерение регулировать процессы трудовой миграции внутри созданного интеграционного образования и в то же время оградить единый трудовой рынок от наплыва нелегальных трудовых мигрантов из третьих стран.

§ 4. Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь

1. Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь осуществляется Конституцией Республики Беларусь, Трудовым кодексом, Законом Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» от 4 января 2010 г., Законом Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции» от 30 декабря 2010 г. и иными нормативно-правовыми актами.

В отношении иностранцев действует положение ст. 11 Конституции Республики Беларусь, устанавливающее национальный режим применительно к их правам и обязанностям, которое 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 г. «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 от 30 декабря 2010 г. «О внешней трудовой миграции». В Законе содержится 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-иммигрантов по каким-либо основаниям; недопустимость подмены трудовых отношений, основанных на трудовых договорах, обязательствами, возникающими из гражданско-правовых договоров Республики Беларусь.

2. 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.

3. Порядок получения разрешения на привлечение иностранной рабочей силы определен в Инструкции о порядке выдачи разрешения на привлечение в Республику Беларусь иностранной рабочей силы и специального разрешения на право занятия трудовой деятельностью в Республи-

ке Беларусь, утвержденной постановлением Министерства внутренних дел от 7 июля 2011 г. № 247. Разрешение на привлечение иностранцев для осуществления трудовой деятельности выдается нанимателю Департаментом по гражданству и миграции при наличии заключения областного или Минского городского комитета по труду, занятости и социальной защите населения. Для получения разрешения наниматель или его представитель подает в Департамент по гражданству и миграции заявление установленной формы, а также другие документы. Каждый трудящийся-иммигрант обязан получить специальное разрешение на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь. Заявление о выдаче специального разрешения подается нанимателем либо его представителем в подразделение по гражданству и миграции по месту государственной регистрации нанимателя Республики Беларусь. Для получения заключения о возможности осуществления иностранцем трудовой деятельности в Республике Беларусь подразделение по гражданству и миграции направляет запрос в орган по труду, занятости и социальной защите по месту государственной регистрации нанимателя. Прием на работу иностранцев без специального разрешения влечет к административной ответственности нанимателей.

4. 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 указаны:

- 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. В частности, 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:

- соблюдение законодательства Республики Беларусь;
- наличие специального разрешения на трудовую деятельность;
- выезд 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.

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 другое.

§ 5. Правовое регулирование труда граждан Республики Беларусь за рубежом

1. 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 от 30 декабря 2010 г. «О внешней трудовой миграции» 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 1 января 2013 г. лицензии на трудоустройство имели 74 субъекта Республики Беларусь, информацию о которых 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 обмана 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.

2. В ранее действовавшем Законе Республики Беларусь «О трудовой миграции» 1998 г. 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 Республике 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 закон не устанавливает обязанность уведомления подразделений миграции о выезде за пределы Республики Беларусь для трудоустройства. Очевидно, что законодатель понимает всю сложность введения обязательного контроля за процессом трудовой миграции.

В ч. II ст. 13 Закона установлено, что трудовая деятельность трудящихся-эмигрантов в государстве трудоустройства осуществляется в соответствии с законодательством государства трудоустройства, что соответствует основной коллизионной привязке в трудовом праве.

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.

Юридические лица и индивидуальные предприниматели, осуществляющие деятельность по трудоустройству за пределами Республики Беларусь, 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.

3. В ст. 20 Закона регулируется трудоустройство за пределами Республики Беларусь по студенческим программам. Такое 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.

4. Беларусь активно развивает экономическое сотрудничество со многими странами мира. В ряде случаев такое сотрудничество предполагает осуществление проектов в странах-партнерах белорусскими предприятиями и организациями. Так, по соглашениям с Республикой Венесуэла белорусская сторона взяла на себя обязательства построить в этой стране предприятия по сборке белорусских тракторов, большегрузных автомобилей, карьерных самосвалов, бытовой техники. Кроме этого белорусские строители должны построить в этой латиноамериканской стране двадцать тысяч квартир. Созданное совместное венесуэльско-белорусское предприятие, где белорусской стороне принадлежит 40% акций, ведет добычу нефти, предназначенной для Беларуси. Разработка нефтяного месторождения ведется белорусскими специалистами и в Исламской Республике Иран.

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 не выступали. Согласно соглашению о строительстве Республикой Беларусь жилья в Венесуэле, только 10% специалистов и рабочих будут составлять представители белорусской стороны, а остальные 90% – местная рабочая сила. В такой ситуации белорусская сторона, отвечающая за весь ход строительства, не может определять условия и режим труда венесуэльских рабочих, которые подчинены местному законодательству.

При направлении белорусских граждан за рубеж в командировку, правовое регулирование производится в соответствии с Инструкцией о порядке и условиях предоставления гарантий и компенсаций при служебных командировках за границу, утвержденной постановлением Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь от 30 июля 2010 г. № 115.

Инструкция определяет порядок и условия предоставления гарантий и компенсаций работникам, военнослужащим, лицам рядового и начальствующего состава органов внутренних дел, финансовых рас-

следований Комитета государственного контроля Республики Беларусь, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям при служебных командировках за границу, в том числе на обучение (стажировку, семинар, конференцию и иные мероприятия, связанные с повышением квалификации).

Расчет и выплата денежных средств командированным работникам производится на основании приказа (распоряжения) нанимателя о направлении работника в командировку.

Наниматель при командировании работников за границу обязан выдать задание на командировку, которое должно носить конкретный характер. В задании должно быть указано государство и цель командировки, время нахождения за границей, план встреч и переговоров, перечень вопросов, подлежащих решению или изучению. За работником, направленным в командировку, сохраняется место работы (службы) и должность, а также заработная плата (денежное довольствие) в размере среднего заработка в течение всего срока командировки. При продолжительности командировки за границу, в том числе в связи с обучением и стажировкой более 60 дней, лицам, которым принимающая сторона обеспечивает питание и производит выплату пособия на личные расходы, средний заработок по основному месту работы, начиная с 61-го дня, не сохраняется.

§ 6. Социальное обеспечение трудящихся-мигрантов

1. Допуская труд иностранцев в государстве, законодатель обязан заботиться об их социальном обеспечении. В соответствии с Конвенцией МОТ № 97 о трудящихся-мигрантах (пересмотренной в 1949 г.) 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 г. 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 Соглашении о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей 2010 г., заключенного в рамках ЕЭП, предусматривается, что социальное обеспечение трудящихся-мигрантов, за исключением пенсионного, производится в соответствии с законодательством государства трудоустройства. Дети трудящихся-мигрантов имеют право на посещение дошкольных учреждений, получение образования в соответствии с законодательством государства трудоустройства и международными договорами. Получение трудящимся-мигрантом и членами его семьи безвозмездной неотложной медицинской помощи и иной медицинской помощи регулируется законодательством государства трудоустройства и международными договорами.

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 г., ратифицированный Республикой Беларусь 9 ноября 1999 г., 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.

2. 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 г.

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.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 607–645.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 462–483.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 519–540.
4. Киселев, И.Я. Зарубежное трудовое право: учебник / И.Я. Киселев. – М., 2000.
5. Комментарий к Трудовому кодексу Республики Беларусь / под общ. ред. Г.А. Василевича. – Минск, 2000.
6. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 746–760.
7. Международная Организация Труда и права человека / авт.-сост. А.А. Войтик. – Минск, 2002.
8. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 458–476.
9. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М., 2004. – С. 491–510.
10. Стаценко, В.Г. Беларусь в Международной Организации Труда: история и современные проблемы взаимодействия / В.Г. Стаценко. – Витебск, 2007.
11. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 273–288.

ГЛАВА 17 МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

Правосудие есть неизменная и постоянная
воля представлять каждому его право.

Дигесты Юстиниана

Forum regit processum (суд правит процессом).

§ 1. Предмет международного гражданского процесса

1. Международный гражданский процесс вызывает среди специалистов не меньше споров, чем и само международное частное право. Некоторые авторы отмечают не совсем удачное название этой отрасли международного частного права, поскольку исходя из буквального ее значения может сложиться представление о существовании некой наднациональной судебной инстанции, компетентной в гражданских делах. М.М. Богуславский считает, что термин «международное процессуальное право» более удачный¹. Но с таким суждением вряд ли можно согласиться. Применительно к предмету международного гражданского процесса международным является не его источник, а поставленная цель: осуществление гражданского правосудия путем взаимодействия государств.

Представляется, что международное гражданское процессуальное право и международный гражданский процесс – понятия не тождественные, хотя и очень близкие, переходящие друг в друга. Международное гражданское процессуальное право – это совокупность правовых норм, регулирующих защиту процессуальных прав всех субъектов международного частного права в пределах определенного государства, а также обеспечение процессуальных прав представителей данного государства и его самого за рубежом. Международный гражданский процесс – это непосредственная реализация норм международного гражданского процессуального права в практической деятельности правоприменительных органов отдельных государств.

Дискуссионным является и вопрос о включении международного гражданского процесса в предмет международного частного права; большинство представителей российской школы международного частного права относят международный гражданский процесс к национальному процессуальному праву, обосновывая изучение вопросов международного гражданского процесса в международном частном праве тесной взаимосвязью между ними и необходимостью отслеживания использования норм международного частного права в практической деятельности судов.

¹ Богуславский М.М. Указ. соч. – С. 486.

В вопросе соотношения международного частного и международного гражданского процессуального права интересна позиция немецкого процессуалиста Х. Шака, утверждающего: «международное гражданское процессуальное и международное частное право являются не приложением, а дополнением друг друга»¹. В доказательство самостоятельности международного гражданского процессуального права как правовой отрасли и его равновеликости международному частному праву немецкий юрист приводит следующие аргументы: 1) структура обеих отраслей допускает параллели материального права и подсудности; 2) обеим известны собственно коллизионные нормы и нормы материального права, рассчитанные на регулирование отношений с иностранным элементом; 3) обе отрасли используют одинаковые точки соприкосновения с целью достижения параллельного движения подсудности и применимого права; 4) обе отрасли права преследуют цель использовать иностранное право в правовой системе своей страны, а при невозможности разрешения данной задачи, обращаются к оговорке о публичном порядке².

2. Уяснению сущности международного гражданского процесса помогает и позиционирование его относительно частного и публичного права, различаемых в теории права. В большинстве случаев международное гражданское процессуальное право относят к публичному праву, поскольку отношения в судебном процессе подчинены жесткой государственной регламентации. Однако в международном гражданском процессе ряд вопросов разрешается путем применения подходов, характерных для частного права, – это возможность заключения соглашений о выборе территориальной и родовой подсудности, возможность для участников процесса в любой момент заключить мировое соглашение, возможность выступления лица в процессе от своего имени, но в защиту чужих интересов.

Традиционно в международном гражданском процессе выделяют следующие правовые институты:

- порядок определения международной подсудности, под которой понимают определение компетентного суда для рассмотрения дела с наличием иностранного элемента;
- процессуальное положение иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных организаций, международных организаций, иностранных государств, представителей иностранных государств и международных организаций;
- порядок установления содержания норм иностранного права;
- исполнение поручений иностранных судов и обращение к

¹ Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право: учебник; пер. с нем. / Х. Шак. – М., 2001. – С. 10.

² Там же. – С. 11.

иностранным судам с просьбой об исполнении поручений;

- признание и исполнение иностранных судебных решений;
- совершение нотариальных действий по выдаче и удостоверению документов и признание документов, выданных за рубежом;
- рассмотрение споров в порядке международного коммерческого арбитража;
- признание и исполнение решений иностранных международных арбитражей.

§ 2. Источники международного гражданского процесса

Взаимосвязь между международным частным правом и международным гражданским процессуальным правом присутствует как в международных соглашениях, так и во внутреннем национальном законодательстве отдельных государств. Уже в Кодексе Бустаманте, принятом странами Латинской Америки в 1928 г., одна из четырех книг, его составляющих, называлась «Международное процессуальное право». Законы о международном частном праве ряда государств содержат процессуальные нормы наряду с коллизионными материальными нормами.

Это отличает первый принятый в мировой практике Закон «О международном частном праве и процессе Чехословакии» (1963 г.). Присутствуют процессуальные нормы в законах о международном частном праве Венгрии, Швейцарии, Италии, Индии, Канады, ЮАР, Грузии и других государств. В Законе Украины «О международном частном праве» процессуальные нормы содержатся в трех заключительных разделах в десяти статьях.

4. С целью унификации процессуальных норм, применяемых в отношениях с наличием иностранного элемента, государства заключают универсальные и региональные конвенции, а также двусторонние договоры о правовой помощи.

Главные универсальные конвенции по международному гражданскому процессу были разработаны и приняты в рамках Гаагской конференции по международному частному праву.

К ним относятся: Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г. (Присоединение Республики Беларусь – постановление Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 7 мая 1993 г. № 2306-ХІІ), Конвенция, отменяющая требования легализации иностранных официальных документов от 15 октября 1961 г. (постановление Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 3 июня 1992 г. № 1704-ХІІ), Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам от 15 ноября 1965 г. (Указ Президента Республики Беларусь от 7 апреля 1997 г. № 229), Конвенция о получении доказательств за грани-

цей по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 г. (Закон Республики Беларусь от 14 мая 2001 г.), Конвенция о международном доступе к правосудию от 25 октября 1980 г. (Указ Президента Республики Беларусь от 29 октября 1997 г. № 553).

Примером региональных конвенций, где решаются процессуальные вопросы, могут служить конвенции, заключенные в рамках СНГ: Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г. (Киевское соглашение), Соглашение о размере государственной пошлины и порядке ее взыскания при рассмотрении хозяйственных споров между субъектами хозяйствования разных государств 1993 г., Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территории государств-участников Содружества 1998 г. (Беларусь не участвует).

В Конвенциях о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 и 2002 гг. также содержатся процессуальные нормы.

Между Республикой Беларусь и Российской Федерацией 17 января 2001 г. было подписано двустороннее Соглашение о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь.

Договоры о правовой помощи Республики Беларусь, заключенные с рядом государств, регулируют вопросы правовой защиты имущественных и неимущественных прав граждан другой Договаривающейся Стороны, порядок сношения судов, органов прокуратуры и нотариата, объем правовой помощи в совершении процессуальных действий, в составлении, пересылке и вручении документов, порядок исполнения просьб об оказании правовой помощи, признание документов, получение информации о законодательстве и др.

5. Регулирование международного гражданского процесса в национальном законодательстве Республики Беларусь содержится в Гражданском процессуальном кодексе, принятом в 1998 г., Хозяйственном процессуальном кодексе, принятом в 1998 г., действующем в редакции Закона Республики Беларусь от 6 августа 2004 г., в Законе Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» от 9 июля 1999 г., Законе Республики Беларусь «О нотариате и нотариальной деятельности» от 18 июля 2004 г., постановлении Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 2 декабря 2005 г. № 31 «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц».

В ГПК Республики Беларусь имеется раздел X «Международный гражданский процесс» и Приложение № 4 «Исполнение в Республике Беларусь судами решений иностранных судов и арбитражей

(третейских судов), если стороной по делу является гражданин, осуществляющий деятельность без образования юридического лица».

В новой редакции ХПК Республики Беларусь вопросы международного гражданского процесса разрешены в трех главах: главе 27 «Производство по рассмотрению хозяйственных (экономических) споров и иных дел с участием иностранных лиц», главе 28 «Производство по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений» и главе 29 «Производство по делам об обжаловании решений международных арбитражных (третейских) судов, находящихся на территории Республики Беларусь, и о выдаче исполнительного документа».

В ГПК и ХПК Республики Беларусь подробно регламентированы правила ведения международного гражданского процесса на основе следующих принципов:

- 1) предоставление иностранным гражданам и лицам без гражданства процессуальных прав, равных с правами граждан Республики Беларусь;
- 2) применение процессуальных норм белорусского законодательства при рассмотрении дел с участием иностранных граждан, юридических лиц, государств, международных организаций при рассмотрении дел судами Республики Беларусь или арбитражами;
- 3) приоритет международных договоров в случае расхождения норм, содержащихся в договорах и нормах национального процессуального права;
- 4) предоставление иммунитета иностранным государствам, международным организациям, руководителям и персоналу дипломатических и консульских представительств иностранных государств и международных организаций;
- 5) применение ответных мер в случае нарушения иммунитета Республики Беларусь или ее представителей в иностранных государствах.

§ 3. Общие подходы в определении международной подсудности

1. Международная подсудность – это компетенция национальных судов и арбитражей по гражданским делам, в которых присутствует иностранный элемент. Правила международной подсудности содержатся в международных договорах и национальном праве отдельных государств. К международным договорам, разрешающим вопросы подсудности, относятся как универсальные договоры, так и региональные, а также двусторонние договоры, которые представлены договорами о правовой помощи.

Включение в международные договоры норм о международной подсудности имеет своей целью разрешить конфликты, которые могут быть двух видов: «положительные» (судебные системы двух и более

государств претендуют на подсудность по одному делу) и «отрицательные» (все судебные системы отказывают в подсудности по делу). Как уже отмечалось, выбор подсудности часто предшествует выбору применимого права, поскольку эта функция в ряде случаев выполняется судами и арбитражами, принявшими к рассмотрению дело.

Однако в определенных случаях выбор подсудности одновременно означает и выбор применимого материального права. Такая норма, например, содержится в Кишиневской конвенции 2002 г. в случаях, когда супруги имеют гражданство разных государств, то применяется законодательство страны, учреждение юстиции которой рассматривает дело о расторжении брака (п. 2 ст. 31). В то же время возможны ситуации, когда само применимое право определяет компетентный суд. Примером может служить норма, сформулированная в п. 3 ст. 35 Кишиневской конвенции, которая гласит: «По делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд Договаривающейся Стороны, законодательство которой подлежит применению в соответствии с пунктами 1 и 2 настоящей статьи».

Следует различать прямую и косвенную подсудность. Прямая подсудность присутствует при вынесении самого решения о рассмотрении правового спора. Косвенная подсудность является оценочной и присутствует при вынесении решений по поводу компетенции иностранных судов и арбитражей в случае, когда суд рассматривает вопрос о признании или исполнении решений, выносимых в другом государстве. Главной и определяющей в международном гражданском процессе является прямая подсудность, о которой и будет идти речь. Косвенная подсудность применяется при нарушении прямой подсудности.

2. В праве большинства государств применительно к международному гражданскому процессу различают общую, особую и исключительную подсудность.

Общая подсудность основана на правиле «actor sequitur forum rei» (истец обращается в суд по месту жительства ответчика). Как отмечает Х. Шак: «Место жительства представляет собой хорошую привязку для международной подсудности, так как иск в месте, где сосредоточены жизненные интересы ответчика, будет его меньше всего обременять, облегчая ему свою защиту, и с другой стороны – истец обычно может рассчитывать найти там основную часть имущества, на которое может быть обращено взыскание»¹.

Из этого правила исходит Закон «О международном частном праве» Швейцарии: «Если настоящий Закон не предусматривает специальной компетенции, то компетентными являются суды или ведомства по месту жительства ответчика» (ст. 2).

¹ Шак, Х. Указ. соч. – С. 91.

Особая подсудность основана на разнообразных привязках. Так в семейно-брачных отношениях главным критерием определения подсудности является гражданство сторон правоотношения. По договорным спорам применяется привязка к месту исполнения обязательства. К особой подсудности относится подсудность, осуществляемая по выбору истца.

Исключительная подсудность устанавливается каждым государством в виде перечня специальных случаев подсудности. Отклонение от предписаний исключительной подсудности недопустимо и результатом нарушения будет непризнание решения суда, нарушившего исключительную подсудность.

3. В судебной практике большинства государств допускается и договорная подсудность. Ее наличие отвечает общему либеральному духу гражданского права. Обоснованием выбора подсудности является принцип диспозитивности, действующий в гражданском процессе. Если стороны имеют право распоряжаться предметом спора, по аналогии они могут определять судьбу всего судебного процесса в целом, включая отказ от рассмотрения спора в национальном суде. Соглашение о подсудности допустимо только по отношению к общей и особой подсудности в виде изменения предусматриваемых ими правил подсудности.

Форма соглашения о подсудности представляет собой договор, который заключается в соответствии с материальным правом, свойственным договору (*lex causae*), но допустимость и действие такого договора определяются процессуальным правом.

В правовом отношении соглашение о подсудности состоит из двух взаимосвязанных элементов – дерогации (отказа от подсудности, установленной законом) и пророгации (выбора другой подсудности).

Немецкий автор Х. Шак указывает, что статут пророгационного соглашения, как правило, совпадает с обязательственным статутом договора, поэтому целесообразно выбирать для главного договора то же самое право, что и для связанного с ним соглашения о подсудности¹. В то же время стороны могут подчинять соглашение о подсудности, заключенное после возникновения спора, праву, отличающемуся от обязательственного статута договора, поскольку статут соглашения о подсудности самостоятелен.

Если пророгационные соглашения не влекут отрицательных последствий для сторон, то дерогация может иметь негативный результат, если вынесенное на основе пророгации решение суда необходимо исполнить в стране, юрисдикция суда которой была устранена в результате дерогации. Суд, от которого зависит исполнение решения иностранного суда, может и не признать избранной сторонами подсудности.

¹ Шак, Х. Указ. соч. – С. 214.

§ 4. Определение подсудности дел с наличием иностранного элемента в законодательстве Республики Беларусь

1. Подсудность дел с наличием иностранного элемента определяется в Гражданском процессуальном и Хозяйственном процессуальном кодексах Республики Беларусь.

В ст. 545 ГПК Республики Беларусь установлены общие правила подсудности дел судам Республики Беларусь с участием иностранных физических и юридических лиц: «Судам Республики Беларусь подсудны дела по искам иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц к ответчикам, имеющим место жительства, или место пребывания, или место нахождения в Республике Беларусь. Судам Республики Беларусь подсудны также дела по искам к иностранным гражданам и лицам без гражданства, если они имеют место жительства на территории Республики Беларусь, и к иностранным юридическим лицам, если в Республике Беларусь находится орган управления, представительство или филиал такого юридического лица».

Исключительная подсудность определена в ст. 48 ГПК: «Иски о правах на земельные участки, здания, помещения, сооружения, другие объекты, прочно связанные с землей, а также об освобождении имущества от ареста предъявляются по месту нахождения этих объектов или арестованного имущества».

Иск кредитора наследодателя, предъявляемый до принятия наследства наследниками, подсуден суду по месту нахождения наследственного имущества или основной его части.

Иск к перевозчику, вытекающий из договора перевозки грузов, пассажиров или багажа, предъявляется по месту нахождения перевозчика, к которому в установленном порядке была предъявлена претензия или должна была быть предъявлена претензия».

2. Хозяйственные суды Республики Беларусь рассматривают хозяйственные и иные дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной хозяйственной деятельности иностранными организациями, международными организациями, иностранными гражданами, лицами без гражданства, если:

- 1) ответчик находится или проживает на территории Республики Беларусь или здесь находится его имущество;
- 2) орган управления, филиал или представительство иностранного лица находятся на территории Республики Беларусь;
- 3) спор возник из договора, по которому исполнение должно иметь место или имело на территории Республики Беларусь;
- 4) спор возник из неосновательного обогащения, имевшего место на территории Республики Беларусь;

5) истец по делу о защите деловой репутации находится в Республике Беларусь;

б) спор возник из отношений, связанных с обращением ценных бумаг, выпуск которых имел место на территории Республики Беларусь;

7) заявитель по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение, указывает на наличие этого факта на территории Республики Беларусь;

8) спор возник из отношений, связанных с государственной регистрацией имен и иных объектов и оказанием услуг в международной ассоциации сетей Интернет на территории Республики Беларусь;

9) в иных случаях – при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Республики Беларусь (ч. 1 ст. 235).

В соответствии со ст. 546 ГПК Республики Беларусь и ч. 1 ст. 237 ХПК Республики Беларусь стороны могут по соглашению между собой изменить подсудность в отношении определенного дела, заключив пророгационное соглашение. При этом такое соглашение не может изменять исключительную подсудность дела судам соответствующего государства, и оно должно быть оформлено в письменной форме.

Запрет изменения исключительной компетенции иностранного суда путем заключения пророгационного соглашения призван не допустить конфликта юрисдикции государств.

3. Республика Беларусь является участницей Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г. (Киевского соглашения), а также Минской и Кишиневской конвенций стран СНГ, а также ряда двусторонних договоров о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, где получили разрешение и вопросы подсудности. Поскольку нормы международных договоров, заключенных Республикой Беларусь и вступивших в силу, обладают приоритетом в случае их противоречия национальным нормам, то в отношениях белорусских юридических и физических лиц с юридическими и физическими лицами государств-участников договоров подсудность дел будет определяться по нормам международных договоров. В Киевском соглашении государств СНГ компетентным судом определен суд государства, на территории которого:

а) ответчик имел постоянное место жительства или место нахождения на день предъявления иска;

б) осуществляется торговая, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика;

в) исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющееся предметом спора;

г) имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;

д) имеет постоянное место жительства или место нахождения истец по иску о защите деловой репутации;

е) находится контрагент-поставщик, подрядчик или оказывающий услуги (выполняющий работы) и спор касается заключения, изменения и расторжения договоров (п. 1 ст. 4).

Компетентные суды государств-участников СНГ рассматривают дела и в других случаях, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этому суду (п. 2 ст. 4).

Исключительная подсудность установлена в Соглашении 1992 г. в отношении исков субъектов хозяйствования о праве собственности на недвижимое имущество и дел, связанных с деятельностью государственных органов (п. 3, 4 ст. 4).

4. В Кишиневской конвенции 2002 г. в ст. 22 установлены общие положения, касающиеся подсудности. Главное правило подсудности – предъявление исков к физическим лицам независимо от их гражданства в суды по месту жительства, а иски к юридическим лицам – в суды Договаривающейся Стороны, на территории которой находится орган управления юридического лица, его представительство либо филиал (п. 1 ст. 22).

Суды Договаривающейся Стороны компетентны и в случаях, когда на ее территории:

а) осуществляется торговля, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика;

б) исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющегося предметом спора;

в) имеет постоянное место жительства или место нахождения истец по иску о защите чести, достоинства и деловой репутации (п. 2 ст. 22).

Исключительная компетенция судов установлена по искам о праве собственности и иных вещных правах на недвижимое имущество по месту его нахождения (ч. 1 п. 3 ст. 22).

Иски к перевозчикам, вытекающие из договоров перевозки грузов, пассажиров и багажа, предъявляются по месту нахождения управления транспортной организации, к которой в установленном порядке была предъявлена претензия (ч. 2 п. 3 ст. 22).

В соответствии с ч. 1 п. 1 ст. 23 Конвенции суды Договаривающихся Сторон могут рассматривать дела и в других случаях в соответствии с письменным соглашением сторон, достигнутым до рассмотрения дела по существу.

При этом исключительная подсудность, установленная в самой Конвенции, а также в законодательстве соответствующей Договаривающейся Стороны, не может быть изменена соглашением сторон (ч. 2 п. 1 ст. 23).

Если в ходе процесса достигнуто соглашение о передаче спора, суд по заявлению ответчика прекращает производство по делу (п. 2 ст. 23). Данная

норма требует разъяснения: почему именно по заявлению ответчика прекращается производство по делу. Это связано с тем, что ответчик считается в процессе «слабой» стороной и его права оберегаются особенно тщательно.

§ 5. Процессуальное положение иностранных физических и юридических лиц

1. Конституция Республики Беларусь в ст. 60 гарантирует каждому защиту его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки. Статья 16 Закона Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» от 4 января 2010 г. предоставляет иностранцам в Республике Беларусь право пользоваться всеми средствами защиты прав и свобод личности, предусмотренными законодательными актами Республики Беларусь.

В ч. 1 ст. 541 ГПК Республики Беларусь установлено: «Иностранные граждане и лица без гражданства имеют право беспрепятственного обращения в суды Республики Беларусь и пользуются в них всеми гражданскими процессуальными правами наравне с гражданами Республики Беларусь». Равные права с белорусскими юридическими лицами предоставляются и иностранным юридическим лицам, если иное не предусмотрено законодательными актами, международными договорами и соглашениями сторон (ч. 2 ст. 541).

Такие же процессуальные права и обязанности предоставляются иностранным юридическим лицам, иностранным гражданам и лицам без гражданства нормами Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь.

Следует отметить, что и ГПК и ХПК Республики Беларусь предусматривают возможность установления Правительством Республики Беларусь ответных ограничений в отношении граждан и юридических лиц тех государств, в которых допускаются специальные ограничения гражданских процессуальных прав граждан и юридических лиц Республики Беларусь.

2. Длительное время в ряде государств существовала практика взимания с иностранцев специального судебного залога (*cautio judicatum solvi*). Залог брался с иностранного истца при подаче иска в обеспечение судебных расходов, которые может понести ответчик, если истцу будет отказано в иске.

Конвенции по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г. в ст. 17 установила недопустимость судебного залога: «От граждан одного из Договаривающихся государств, имеющих место жительства в одном из этих государств и выступающих в судах другого из этих государств в качестве истцов или третьих лиц, не может быть потребовано никакого залога или обеспечения в какой бы то ни было форме на основа-

нии того, что они являются иностранцами или не имеют постоянного или временного места жительства в данной стране».

Следует отметить, что в судебной практике Республики Беларусь взимание залога с иностранцев не применялось и не применяется.

В договорах о правовой помощи с участием Республики Беларусь предусмотрена возможность освобождения участников процесса от уплаты судебных расходов, предоставления им процессуальных льгот. Например, в п. 1 ст. 2 Кишиневской конвенции 2002 г. указано: «Граждане каждой из Договаривающихся Сторон и другие лица, проживающие на ее территории, освобождаются от уплаты и возмещения судебных и нотариальных пошлин и издержек, а также пользуются бесплатной юридической помощью на территориях других Договаривающихся Сторон на тех же условиях, что и собственные граждане».

В Договоре между Республикой Беларусь и Китайской Народной Республикой о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 11 января 1993 г. в п. 1 ст. 15 установлено: «Гражданин одной из Договаривающихся Сторон на территории другой Договаривающейся Стороны оплачивает судебные расходы на равных условиях и в одинаковом объеме с гражданами этой Договаривающейся Стороны».

3. Договоры о правовой помощи, заключенные Республикой Беларусь с другими государствами, решают вопросы защиты гражданами личных имущественных и неимущественных прав на основе взаимности. В договорах предусмотрено право свободного и беспрепятственного обращения граждан в суды, прокуратуру, органы внутренних дел, нотариальные конторы и иные учреждения юстиции другого государства, компетентные в гражданских, семейных и трудовых делах. Иностранцы граждане имеют право выступать в них, предъявлять иски, возбуждать ходатайства, делать заявления, а также осуществлять иные процессуальные действия.

Все иностранные граждане и лица без гражданства, а также юридические лица пользуются в белорусских судах общей юрисдикции, а также в хозяйственных судах всеми процессуальными правами наравне с гражданами и юридическими лицами Республики Беларусь.

В связи с процессуальными правами иностранных граждан и лиц без гражданства возникает вопрос об их гражданской процессуальной правоспособности и дееспособности. Решение этих вопросов определяется *личным законом* иностранных граждан и лиц без гражданства.

Личный закон иностранных граждан устанавливается по закону их гражданства, а в отношении лиц без гражданства – по праву государства постоянного места жительства, а при отсутствии такового – по праву государства его пребывания.

Процессуальная правоспособность юридического лица определяется по закону государства, на территории которого оно учреждено.

Приведенные правила процессуального законодательства соответствуют общим нормам о правоспособности и дееспособности иностранных граждан и иностранных юридических лиц, установленным в разделе VII ГК Республики Беларусь.

4. Важным является вопрос о представителях иностранных участников в международном гражданском процессе. Согласно ст. 551 ГПК Республики Беларусь: «При ведении дел в судах Республики Беларусь иностранные граждане и юридические лица вправе свободно и беспрепятственно пользоваться услугами как иностранных представителей, в том числе и адвокатов, так и представителей, в том числе и адвокатов, Республики Беларусь. Иностранные представители, в том числе и адвокаты, пользуются в гражданском судопроизводстве такими же правами и несут такие же обязанности, как и представители, в том числе и адвокаты, Республики Беларусь».

При отсутствии в белорусском праве института обязательного судебного представительства представлять интересы иностранных граждан в суде могут как белорусские граждане, так и иностранцы, при условии наличия надлежащим образом оформленной доверенности.

Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре» от 15 июня 1993 г. устанавливает, что оказание юридической помощи иностранным физическим и юридическим лицам, а также лицам без гражданства на территории Республики Беларусь осуществляется адвокатами специализированной Белорусской коллегии адвокатов (Белинюрколлегии).

Защиту интересов иностранных граждан и юридических лиц могут осуществлять и консульские учреждения. Согласно ч. 2 ст. 552 ГПК Республики Беларусь: «Должностные лица консульских учреждений иностранных государств (консульские должностные лица) вправе представлять без поручения и доверенности интересы своих граждан в судах Республики Беларусь, если эти граждане в связи с отсутствием или по другим уважительным причинам не имеют возможности защищать свои права и интересы. Такое представительство может продолжаться до тех пор, пока гражданин не поручит ведение дела другому представителю или не возьмет защиту своих прав и интересов на себя».

Такое же право имеет консул Республики Беларусь в соответствии с законодательством государства пребывания в отношении интересов граждан Республики Беларусь, если они отсутствуют и не поручили ведение дел какому-либо лицу или не в состоянии защищать свои интересы по иным причинам.

§ 6. Установление содержания норм иностранного права

1. Как уже отмечалось, главная причина возникновения международного частного права – необходимость применения к правоотношениям с наличием иностранного элемента норм иностранного права, что в каждом

конкретном случае определяются коллизией нормой национального права или нормой, содержащейся в международных договорах государства.

Вопросы установления содержания и применения норм иностранного права регулируются в ст. 1095 ГК и ст. 26 ХПК Республики Беларусь, ст. 37 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» 1999 г.

В ГПК и КоБС Республики Беларусь нет норм, регулирующих установление и применение иностранного права, что представляется явным правовым пробелом.

Главное требование законодательства в отношении норм иностранного права – применение их в соответствии с официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Иначе говоря, иностранное право должно применяться точно так же, как оно применяется в стране, где оно непосредственно действует.

Очевидно, что белорусский суд или арбитраж должны применять не только иностранные законы, но и обычаи, а также судебные прецеденты, если требуется применить правовые нормы стран общей системы права (*common law*).

2. Применению иностранного права всегда предшествует установление его содержания, поскольку суд *ex officio* не обязан знать иностранное право. В соответствии с п. 2 ст. 1095 ГК и ч. 2 ст. 26 ХПК в целях установления содержания норм иностранного права суд (хозяйственный суд) вправе обратиться за содействием и разъяснением к Министерству юстиции, иным компетентным государственным органом Республики Беларусь, в том числе находящимся за границей, либо привлечь экспертов. Иными компетентными органами могут быть Министерство иностранных дел Республики Беларусь, дипломатические и консульские представительства в иностранных государствах.

Согласно п. 3 ст. 1095 ГК и ч. 3 ст. 26 ХПК, лица, участвующие в деле, вправе предоставлять документы, подтверждающие существование и содержание норм иностранного права, на которое они ссылаются для обоснования своих требований или возражений, и иным образом содействовать суду в установлении содержания таких норм.

В ч. 4 ст. 26 ХПК Республики Беларусь содержится норма, которая позволяет хозяйственному суду по требованиям, связанным с предпринимательской деятельностью, возложить на стороны обязанность доказывания существования и содержания норм иностранного права. В ч. 2 ст. 37 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» говорится об обязанности сторон представлять доказательства, подтверждающие содержание норм иностранного права, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений. В ч. 5 ст. 26 ХПК имеется указание на то, каким должен быть документ, подтверждающий установление норм

иностранный права, а именно: копия соответствующего нормативно-правового акта должна быть заверена и переведена на язык судопроизводства в хозяйственном суде.

3. Установлению содержания иностранного права могут способствовать взаимные обязательства государств об информировании друг друга о содержании своего национального права. С этой целью принята Европейская конвенция об информации о зарубежном праве, подписанная в Лондоне 7 июня 1968 г., дополненная Протоколом от 15 марта 1978 г. Конвенция принималась в рамках Совета Европы, но она открыта и для государств, не входящих в эту организацию. Республика Беларусь присоединилась к Европейской конвенции об информации о зарубежном праве и Дополнительному протоколу к ней Указом Президента Республики Беларусь от 3 февраля 1997 г. № 121¹. При присоединении была сделана следующая оговорка: «Республика Беларусь применяет Дополнительный протокол к Европейской конвенции об информации о зарубежном праве, за исключением положений главы 2 этого Протокола»². Исключенная глава Протокола предусматривает, что запросы на информацию могут исходить не только от юридического органа, но также от любого органа или лица, действующих в рамках официальной системы оказания правовой помощи или консультирования от имени малообеспеченных лиц, и касаться тех разбирательств, которые еще только предполагаются.

Участники Конвенции обязались предоставлять друг другу информацию о своем праве и судебном производстве в гражданских и коммерческих областях, а также о своих юридических органах, имеющих право запрашивать информацию. В запросе об информации указывается юридический орган, который обращается с запросом, а также суть рассматриваемого судебного дела. Также должны приводиться факты, необходимые для правильного понимания иностранного права, а в некоторых случаях, при необходимости прояснения сути запроса, могут быть приложены копии соответствующих документов.

С целью получения запросов на информацию и передачи ее уполномоченному зарубежному принимающему агентству каждое государство должно назначить принимающее и передающее агентство. В Указе Президента Республики Беларусь о присоединении к Европейской конвенции 1968 г. функции принимающего и передающего агентства возложены на Министерство юстиции Республики Беларусь.

Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам стран СНГ 1993 и 2002 гг. содержат полностью совпадающую по содержанию ст. 15 «Информация о правовых вопросах», согласно которой центральные учрежде-

¹ Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь от 23.02.2001 г. – № 1/2218.

² Глава 2 Протокола.

ния юстиции по запросу предоставляют друг другу сведения о действующем или действовавшем внутреннем законодательстве своих стран и практике его применения.

Специальные статьи о взаимном предоставлении информации по правовым вопросам содержатся и в двусторонних договорах о правовой помощи Республике Беларусь.

Более широко и всесторонне решается этот вопрос в Соглашении о взаимном сотрудничестве и обмене правовой информацией между Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь и Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, заключенном 12 февраля 1997 г.¹

3. В п. 4 ст. 1095 ГК и в ч. 6 ст. 26 ХПК Республики Беларусь установлено, что в случаях, если несмотря на принятые меры установить содержание иностранного права не удалось, то применяется право Республики Беларусь. При этом в ГК говорится о «разумных сроках». Очевидно, что необходимость установления содержания иностранного права увеличивает срок рассмотрения дел с наличием иностранного элемента.

В соответствии с ч. 3 ст. 158 ГПК Республики Беларусь дела с участием иностранных граждан, проживающих за границей, и иностранных юридических лиц подлежат рассмотрению судом первой инстанции не позднее одного года со дня поступления заявления в суд. В ХПК Республики Беларусь в отношении аналогичных дел срок рассмотрения продлевается хозяйственным судом на срок, установленный договором о правовой помощи для направления поручений в учреждения юстиции или другой компетентный орган иностранного государства, а при отсутствии в договоре такого срока или отсутствии указанного договора – на срок не более шести месяцев (ч. 3 ст. 241). Обращают на себя внимание следующие моменты:

- во-первых, разница в сроках рассмотрения дел с участием иностранных граждан и юридических лиц в ГПК и ХПК;
- во-вторых, срок для направления поручений в договорах о правовой помощи, заключенных Республикой Беларусь, нигде не установлен;
- в-третьих, законодатель не обосновывает продление процессуальных сроков рассмотрения дел необходимостью установления содержания иностранного права путем обращения в компетентные органы и организации, находящиеся за пределами Республики Беларусь.

Неприменение или неправильное применение материальной нормы иностранного права влечет за собой отмену или изменение решения по делу с участием иностранных лиц в кассационном порядке, поскольку согласно ст. 403 ГПК Республики Беларусь: «Решение является незаконным, если суд:

- 1) применил не подлежащую применению норму материального права;

¹ Вестник Высшего Хозяйственного Суда. – 1997. – № 2.

2) неправильно применил подлежащую применению норму материального права;

3) неправильно истолковал нормативный акт».

Такие же последствия возникают и при нарушениях, связанных с применением норм иностранного права в хозяйственном процессе (ст. 280, 297 ХПК Республики Беларусь).

§ 7. Правовая помощь в международном гражданском процессе

1. В международном гражданском процессе под правовой помощью понимается взаимное выполнение поручений учреждениями юстиции государств. Необходимость правовой помощи обусловлена тем обстоятельством, что суды и другие органы государств имеют компетенцию только на территории собственных государств, но судопроизводство, в котором участвуют иностранные физические и юридические лица, зачастую требует производства определенных судебных действий, как то: вручение повесток, получение доказательств, допрос свидетеля и т.д. на территории другого государства. Провести такие действия можно только прибегнув к помощи учреждений юстиции иностранного государства.

Как отмечал М.И. Брун: «Обычай давать друг другу поручения (*commissions rogatoires*) освещен веками; при этом соблюдается правило, что когда к туземному суду обращаются с просьбой исполнить какое-либо поручение, ему нечего проверять компетенцию суда-просителя, а нужно только сообразоваться с собственной компетенцией и с тем, не противоречит ли поручение добрым нравам или общественному порядку страны»¹.

2. При обращении с поручением к иностранному суду одним из важнейших вопросов является способ передачи поручения. В мировой практике сложились следующие основные способы обращения с поручением:

1) обращение в дипломатическом порядке, где действует схема: министерство юстиции – министерство иностранных дел – консульские отделы посольств в иностранных государствах;

2) обращение через центральные органы юстиции по схеме: министерство юстиции государства «А» – министерство юстиции государства «Б»;

3) назначение специального представителя в иностранном государстве для выполнения поручения (применяется в англо-американской судебной системе);

4) непосредственное сношение между судебными учреждениями при передаче судебных поручений.

¹ Брун, М.И. Указ. соч. – С. 929.

Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. установила порядок передачи судебных поручений консулом запрашивающего государства властям запрашиваемого государства. Эти власти направляют консулу документ, удостоверяющий исполнение судебного поручения или объясняющий причины, по которым исполнение не могло состояться (ч. 1 ст. 9).

В ч. 2 ст. 9 Конвенции 1954 г. указано, что каждое Договаривающееся государство может заявить, уведомив другие Договаривающиеся государства, что оно желает, чтобы судебные поручения, подлежащие исполнению на его территории, передавались ему дипломатическим путем. В таком случае судебные поручения будут передаваться для исполнения соответствующими учреждениями через министерство иностранных дел государства.

Присоединяясь к Гаагской конвенции 1954 г., СССР в ноте от 17 сентября 1966 г. заявил, что судебные документы иностранных органов власти, предназначенные для вручения лицам, проживающим на территории СССР, должны передаваться для исполнения соответствующим советским учреждениям в дипломатическом порядке через МИД СССР. Поскольку Республика Беларусь присоединилась к Гаагской конвенции 1954 г. в порядке ее правопреемства, то в отношении Республики Беларусь также действует дипломатический путь передачи поручений, которые должны исполняться на территории нашего государства.

Иначе регулируется вопрос о передаче поручений в Гаагской конвенции о международном доступе к правосудию от 25 октября 1980 г. Согласно указанной Конвенции, каждое Договаривающееся государство должно назначить центральные органы для получения и передачи просьб о правовой помощи, направленных на основании Конвенции, и принятия по ним мер и выполнения необходимых действий. В соответствии с Указом Президента Республики Беларусь от 29 октября 1997 г. № 553, оформившим присоединение Республики Беларусь к Конвенции о международном доступе к правосудию 1980 г., Министерство юстиции определено в качестве центрального органа для получения просьб о правовой помощи, а также органом для передачи просьб в центральные органы других государств.

Просьбы о правовой помощи, составленные в соответствии с формуляром, приложенным к Конвенции, подлежат передаче без вмешательства других властей (ч. 2 ст. 4). В то же время в ч. 3 ст. 4 Конвенции говорится: «Ничто в данной статье не препятствует тому, чтобы поручения передавались по дипломатическим каналам».

В Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. суды и иные органы государств-участников СНГ обязуются оказывать взаимную правовую помощь, которая включает: вручение, пересылку документов и

выполнение процессуальных действий, в частности: проведение экспертизы, заслушивание сторон, свидетелей, экспертов и других лиц.

При оказании правовой помощи компетентные суды и иные органы государств-участников СНГ сносятся друг с другом непосредственно. При исполнении поручений компетентные суды и иные органы, у которых испрашивается помощь, применяют законодательство своего государства. При выполнении поручений документы излагаются на языке запрашивающего государства или на русском языке.

3. Наиболее детально вопросы оказания правовой помощи урегулированы в Минской конвенции 1993 г. и Кишиневской конвенции 2002 г.

Договаривающиеся Стороны сносятся друг с другом через свои центральные территориальные или другие органы юстиции, если Конвенциями не установлен иной порядок сношений.

Объем правовой помощи в отношении гражданских дел включает: пересылку и вручение адресату документов, производство осмотров, проведение экспертиз, допрос сторон, гражданских истцов, гражданских ответчиков, их представителей.

При исполнении поручений об оказании правовой помощи учреждение юстиции запрашиваемой Договаривающейся Стороны применяет свое законодательство, но по просьбе учреждения юстиции запрашивающей Договаривающейся Стороны оно может применить процессуальные нормы запрашивающей Договаривающейся Стороны, если они не противоречат законодательству запрашиваемой Договаривающейся Стороны. При этом запрашивающая Договаривающаяся Сторона должна представить текст процессуального закона (п. 1 ст. 8 Конвенции).

В Конвенциях установлен порядок вызова потерпевших, гражданских истцов и ответчиков, их представителей, свидетелей, экспертов и других лиц. Всем указанным лицам возмещаются расходы, связанные с проездом, а также пребыванием на территории вызвавшей Стороны и неполученная зарплата за дни отвлечения от работы; эксперты имеют также право на вознаграждение за проведение экспертиз.

Выданные по установленной форме и скрепленные гербовой печатью документы на территории одной из Договаривающихся Сторон принимаются на территориях всех других Договаривающихся Сторон без какого-либо специального удостоверения.

Пересылка документов о регистрации актов гражданского состояния осуществляется бесплатно непосредственно через органы регистрации актов гражданского состояния Договаривающихся Сторон с уведомлением граждан о пересылке документов. Договаривающиеся Стороны обязались также пересылать друг другу без перевода и бесплатно документы об образовании, трудовом стаже и другие документы, касающиеся личных, имущественных или неимущественных прав и интересов граждан.

4. В Республике Беларусь процедура исполнения поручений судов иностранных государств и обращение с поручениями в иностранные государства регулируются, помимо международных договоров, нормами ГПК и ХПК Республики Беларусь.

В соответствии со ст. 560 ГПК суды Республики Беларусь исполняют переданные им в установленном порядке поручения иностранных судов о производстве отдельных процессуальных действий (вручении повесток и других процессуальных документов, допросе сторон и свидетелей, проведении экспертизы, осмотре на месте и др.).

Не могут быть исполнены поручения иностранных судов в случае, если:

- 1) исполнение поручения противоречило бы суверенитету или угрожало бы безопасности Республики Беларусь;
- 2) исполнение поручений не входит в компетенцию суда.

Поручения иностранных судов о производстве отдельных процессуальных действий исполняются в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

В свою очередь суды Республики Беларусь, при наличии международного договора, могут обращаться к иностранным судам с поручениями о производстве отдельных процессуальных действий. Порядок сношения судов Республики Беларусь с иностранными судами определяется национальным законодательством и международными договорами Республики Беларусь.

5. В Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь поручения о совершении отдельных процессуальных действий регулирует ст. 204, где указано, что хозяйственный суд исполняет переданные ему в порядке, установленном законодательными актами и (или) международными договорами Республики Беларусь, поручения иностранных судов и компетентных органов иностранных государств о совершении отдельных процессуальных действий (вручение повесток и других документов, получение письменных доказательств, проведение экспертизы, осмотр на месте и др.).

Не подлежат исполнению поручения иностранного суда или компетентного органа иностранного государства, если:

- 1) исполнение поручения противоречит публичному порядку Республики Беларусь;
- 2) исполнение поручения не относится к компетенции хозяйственного суда Республики Беларусь;
- 3) подлинность поручения как документа, на основании которого испрашивается совершение отдельных процессуальных действий, не установлена.

Хозяйственный суд выносит определения об исполнении поручения или об отказе в его исполнении, которые направляются соответ-

ствующему иностранному суду или компетентному органу иностранного государства. Определения об исполнении поручения или об отказе в его исполнении могут быть обжалованы в установленном порядке.

Хозяйственные суды Республики Беларусь могут в свою очередь обращаться в иностранные суды или компетентные органы иностранных государств с поручениями о совершении отдельных процессуальных действий.

§ 8. Исполнение решений иностранных судов по гражданским делам

1. Решения судов по гражданским и хозяйственным делам имеют юридическую силу только на территории государства, где они вынесены. Государство не обязано исполнять решение иностранного суда, поскольку оно обладает суверенитетом на своей территории, а решение иностранного суда – это посягательство на суверенное право государства быть единственным вершителем правосудия. Однако в практике международного общения закрепился обычай исполнения на условиях взаимности решений иностранных судов по гражданским и хозяйственным делам.

По характеру реализации в иностранном государстве решения иностранных судов делятся на решения, которые требуют лишь признания факта, установленного в решении, а также решения, для исполнения которых необходимо производство определенных юридических действий.

Примером признания решений иностранных судов может быть признание факта расторжения брака, установления отцовства, признание решения о международном усыновлении. В таком случае от судебной системы иностранного государства не требуется никаких действий, соответственно не принимаются и акты по признанию решения, вынесенного в другом государстве.

В случае необходимости исполнения решения иностранного суда должны быть проведены определенные действия принудительного характера, связанные с изъятием имущества, взысканием долга и т.п.

За длительное время взаимодействия судебных органов различных государств в мире сложились следующие системы исполнения решений иностранных судов:

- система экзекватуры, т.е. принятия судом постановления, которое санкционирует исполнение иностранного судебного решения в данном государстве;

- система формальной проверки решения иностранного суда с точки зрения непротиворечия его публичному порядку страны и соответствия ряду других условий;

– система регистрации решения в специальном реестре (в странах общего права).

2. В Республике Беларусь исполнение решений иностранных судов судами общей юрисдикции и хозяйственными судами основано на системе экзекватуры. Это значит, что решение иностранного суда реализуется посредством принятия определения белорусским судом, санкционирующего его исполнение или отказывающего в исполнении.

В ГПК Республики Беларусь 1998 г. исполнение решений иностранных судов регулируется ст. 561 и Приложением 4. В соответствии со ст. 561 порядок исполнения в Республике Беларусь решений иностранных судов определяется соответствующими международными договорами Республики Беларусь. Решение иностранного суда может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет с момента вступления его в законную силу, если иное не установлено международным договором Республики Беларусь.

Под решениями иностранных судов, как указано в ч. 3 ст. 1 Приложения 4, понимаются решения по гражданским делам в отношении граждан, приговоры по уголовным делам в части возмещения ущерба, причиненного преступлением, а также, если это предусмотрено международным договором Республики Беларусь, актами иных органов иностранных государств.

Процедура принудительного исполнения в Республике Беларусь решений иностранных судов и арбитражей по гражданским делам предусматривает обращение взыскателя с ходатайством в областной, Минский городской суд по месту жительства или нахождения должника. В случае если должник не имеет места жительства (нахождения) в Республике Беларусь либо место жительства (нахождения) его неизвестно, взыскатель обращается с ходатайством в суд по месту нахождения его имущества. Ходатайство должно содержать:

1) имя (наименование) взыскателя, а также его представителя, если оно подается представителем, с указанием их постоянного или временного места жительства, а если взыскателем является юридическое лицо – его места нахождения;

2) имя (наименование) должника и указания его постоянного или временного места жительства, а если должником является юридическое лицо – его местонахождение;

3) просьбу взыскателя о разрешении принудительного исполнения.

К ходатайству прилагаются документы, предусмотренные международным договором, а если это не предусмотрено договором, то представляются следующие документы: засвидетельствованная копия решения иностранного суда; официальный документ об извещении о рассмотрении дела стороны, против которой вынесено решение, если она не приняла участие в процессе; заверенный перевод указанных документов на русский или белорусский язык.

Ходатайство о разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда рассматривается в открытом судебном заседании с извещением должника о времени и месте его рассмотрения. неявка без уважительной причины должника, если ему была вручена повестка, не является препятствием к рассмотрению ходатайства.

По результатам рассмотрения ходатайства суд выносит определение о разрешении принудительного исполнения или об отказе в нем. Вынесенное определение может быть обжаловано или опротестовано в Верховном Суде Республики Беларусь.

Отказ в разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда, согласно ст. 5 Приложения 4 ГПК, допускается в следующих случаях:

1) решение по законодательству государства, на территории которого оно вынесено, не вступило в законную силу;

2) сторона, против которой вынесено решение, была лишена возможности принять участие в процессе вследствие того, что ей не было своевременно и надлежащим образом вручено извещение о рассмотрении дела;

3) рассмотрение дела относится к исключительной компетенции суда Республики Беларусь или иного органа;

4) имеется вступившее в законную силу решение суда Республики Беларусь, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям, или в производстве суда Республики Беларусь имеется дело, возбужденное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям до возбуждения дела в иностранном суде;

5) истек срок давности предъявления решения к принудительному исполнению, предусмотренный статьей 468 ГПК Республики Беларусь;

б) исполнение решения противоречило бы суверенитету Республики Беларусь или угрожало бы безопасности Республики Беларусь либо противоречило бы основным принципам законодательства Республики Беларусь.

3. Минская конвенция 1993 г. и Кишиневская конвенция 2002 г. также регламентируют признание и исполнение решений, вынесенных судами других Договаривающихся Сторон. К таким решениям относятся решения учреждений юстиции Договаривающихся Сторон по гражданским и семейным делам, включая утвержденные судом мировые соглашения по таким делам и нотариальные акты в отношении денежных обязательств, приговоры судов по уголовным делам в части возмещения ущерба, взыскания штрафов и конфискации, решения судов о наложении ареста на имущество, включая денежные средства на банковских счетах, в целях обеспечения иска.

В ст. 55 Кишиневской конвенции и ст. 52 Минской конвенции регулируется признание решений, не требующих исполнения. Такие решения, вынесенные учреждениями юстиции каждой из Договаривающихся Сторон и вступившие в силу, признаются на территориях других Договаривающихся Сторон без специального производства при условии, если:

- учреждение юстиции запрашиваемой Договаривающейся Стороны не вынесло ранее по этому делу решения, вступившего в законную силу;

- дело в соответствии с Конвенциями, а в случаях, не предусмотренных ими, согласно законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой решение должно быть признано, не относится к исключительной компетенции учреждений юстиции этой Договаривающейся Стороны.

Указанные условия относятся также к решениям об установлении опеки и попечительства и к решениям о расторжении брака, вынесенным учреждениями, компетентными согласно законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой вынесено решение. Ходатайство о признании и исполнении решения подается заинтересованной стороной в компетентный суд Договаривающейся Стороны, где оно подлежит исполнению. Обе Конвенции допускают подачу ходатайства в суд, вынесший решение по делу в первой инстанции, который направляет его в суд, компетентный вынести решение по ходатайству.

Суд, рассматривающий ходатайство о признании и исполнении решения, ограничивается установлением факта, что условия, предусмотренные Конвенциями, соблюдены. При наличии условий суд выносит решение об исполнении.

Порядок признания и исполнения решений определяется по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой должно быть осуществлено исполнение.

В признании и исполнении судебных решений может быть отказано в случаях, если:

- решение вынесено с нарушением положений, установленных Конвенцией 2002 г.¹;

- в соответствии с законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой вынесено судебное решение, оно не вступило в законную силу и не подлежит исполнению, за исключением случаев, когда решение подлежит исполнению до вступления в законную силу;

- ответчик не принял участия в судебном процессе вследствие того, что ему или его уполномоченному лицу не был своевременно и надлежащим образом вручен вызов в суд;

¹ В Конвенции 1993 г. аналогичное положение отсутствует.

– по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию на территории Договаривающейся Стороны, где должно быть признано и исполнено решение, было уже ранее вынесено вступившее в законную силу решение или имеется признанное решение суда третьего государства, либо, если учреждением юстиции этой Договаривающейся Стороны было ранее возбуждено производство по данному делу, не завершённое на момент поступления ходатайства о признании и исполнении решения учреждения юстиции другой Договаривающейся Стороны;

– согласно положениям обеих Конвенций, а в случаях, не предусмотренных ими, согласно законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой должно быть признано и исполнено судебное решение, дело относится к исключительной компетенции ее учреждения юстиции;

– отсутствует документ, подтверждающий соглашение сторон по делу о договорной подсудности;

– истек срок давности исполнения, предусмотренный законодательством запрашиваемой Договаривающейся Стороны;

– признание и исполнение решения противоречит публичному порядку запрашиваемой Договаривающейся Стороны¹.

§ 9. Исполнение решений иностранных судов по хозяйственным делам

1. В Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь вопросы о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов по хозяйственным делам регулируются в гл. 28.

В большинстве случаев это регулирование совпадает с регулированием, содержащимся в Гражданском процессуальном кодексе, но имеются и некоторые отличия. Так, решения иностранных судов и иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение хозяйственными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено законодательством или международным договором Республики Беларусь либо на основе взаимности (ч. 1 ст. 245). Обращение в хозяйственный суд о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения называется заявлением, а не ходатайством.

Иначе сформулировано основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения по мотивам публичного порядка: в ГПК говорится о противоречии суверенитету Республики Беларусь или угрозе безопасности либо противоре-

¹ Указанный пункт отсутствует в Конвенции 1993 г.

ции основным принципам законодательства Республики Беларусь, а в ХПК о противоречии публичному порядку Республики Беларусь. Представляется, что такое различие формулировок не способствует конкретизации понятия «публичный порядок».

Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 26 марта 2003 г. № 402 «О ставках государственной пошлины и предоставлении дополнительных льгот по ее уплате» (с изменениями и дополнениями) за подачу заявления об исполнении решений иностранных и международных (арбитражных) судов установлена государственная пошлина в размере 10 базовых величин. При подаче заявления об исполнении решения иностранного суда или арбитража в Республике Беларусь заявитель должен приложить документ об оплате пошлины. При отсутствии такого документа суды возвращают заявление.

2. Соглашение правительств государств-участников СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 года (Киевское соглашение) предусматривает взаимное признание и исполнение вступивших в законную силу решений компетентных судов одного государства-участника Содружества Независимых Государств на территории других государств-участников. Приведение в исполнение решений производится по ходатайству заинтересованной стороны. К ходатайству, в соответствии со ст. 8 Соглашения, прилагаются:

- должным образом заверенная копия решения суда о принудительном исполнении;
- официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, если это не видно из текста самого решения;
- доказательства извещения другой стороны о процессе;
- исполнительный документ.

В приведении в исполнение решения может быть отказано по просьбе стороны, против которой оно направлено. Это возможно лишь в случаях, если сторона, против которой вынесено решение, докажет компетентному суду по месту приведения в исполнение решения, что:

- судом запрашиваемого государства-участника Содружества ранее вынесено вступившее в законную силу решение по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию;
- имеется признанное решение компетентного суда третьего государства-участника Содружества, по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию;
- спор в соответствии с настоящим Соглашением разрешен некомпетентным судом;
- другая сторона не была извещена о процессе;
- истек трехгодичный срок давности предъявления решения к принудительному исполнению.

3. Важные дополнения по порядку исполнения решений иностранных судов содержатся в методических рекомендациях «О правовой помощи при разрешении хозяйственных (экономических) споров и исполнении судебных постановлений с участием иностранных лиц», утвержденных постановлением Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 18 октября 2006 г. № 90.

В рекомендациях указано, что на основании Киевского соглашения 1992 г. исполняются решения арбитражных, хозяйственных (экономических) государственных судов. При этом ходатайство и документы оформляются взыскателем самостоятельно и подаются им непосредственно в компетентный суд государства, где решение подлежит исполнению.

На основании Минской конвенции признаются постановления судов об утверждении мирового соглашения, нотариальные акты, а также решения судов по хозяйственным делам – для государств, не являющихся участниками Киевского соглашения и Кишиневской конвенции. При этом ходатайство и прилагаемые к нему документы подаются в компетентный суд, где решение подлежит исполнению, либо в суд, вынесший решение по первой инстанции. Аналогичный порядок подачи ходатайства об исполнении решения предусмотрен и в Кишиневской конвенции.

В большинстве договоров о правовой помощи, заключенных Республикой Беларусь, ходатайство и прилагаемые к нему документы подаются в суд, вынесший решение по первой инстанции. Договоры, заключенные с Китайской Народной Республикой, Республикой Польша, Венгерской Республикой, Социалистической Республикой Вьетнам, предусматривают подачу ходатайства и документов как в суд, вынесший решение по первой инстанции, так и непосредственно в суд, компетентный разрешить вопрос о признании решения.

В государствах, с которыми Республика Беларусь не имеет договорно-правовой основы для признания и принудительного исполнения решений судов, исполнение иностранных решений происходит на основании международных принципов вежливости и взаимности. Ходатайство о признании и принудительном исполнении решений хозяйственных судов Республики Беларусь оформляется взыскателем самостоятельно в соответствии с национальным законодательством, если международным договором не предусмотрено иное. При оформлении ходатайства следует использовать формы, рекомендуемые в приложениях к международным договорам, а в случае отсутствия таких форм, содержащиеся в приложениях № 1–10 к методическим рекомендациям. Ходатайство должно содержать наименование взыскателя, его почтовый и юридический адреса, банковские реквизиты. Также должны быть указаны название должника, его адреса и реквизиты.

4. В отношениях между Республикой Беларусь и Российской Федерацией установлен особый порядок взаимного исполнения су-

дебных актов по хозяйственным делам. Он основан на Соглашении между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о порядке взаимного исполнения судебных актов хозяйственных судов Республики Беларусь и арбитражных судов Российской Федерации от 17 января 2001 г., вступившего в силу 29 июля 2002 г.¹

Согласно ст. 1 указанного Соглашения судебные акты компетентных судов Сторон не нуждаются в специальной процедуре признания и исполняются в таком же порядке, что и судебные акты судов своего государства на основании исполнительных документов судов, принявших решение.

Исполнительные документы, подписанные судьей и скрепленные гербовой печатью компетентного суда, представляются на русском языке и не требуют легализации (ст. 2).

Если необходимо взыскать денежные средства, то исполнительный документ направляется взыскателем непосредственно в банк или иную кредитную организацию, обслуживающую должника. Банк или иная кредитная организация на основании исполнительного документа производят списание присужденной суммы со счета должника в таком же порядке, что и при получении указанных документов от организации, находящейся на территории своего государства.

Если взыскатель не располагает сведениями о нахождении денежных средств должника или на счете должника недостаточно средств для погашения всей присужденной суммы долга, исполнительный документ направляется взыскателем (или по его указанию банком либо кредитной организацией) судебному исполнителю (судебному приставу – исполнителю) для исполнения в соответствии с законодательством Стороны, на территории которой необходимо произвести исполнение (ст. 3).

При этом государственная пошлина за исполнение решений российских арбитражных судов в Республике Беларусь не уплачивается.

§ 10. Нотариальные действия и легализация документов

1. Нотариальные действия широко востребованы в гражданско-правовых отношениях с присутствием иностранного элемента. Нотариусы в Республике Беларусь принимают документы, выданные белорусским и иностранным гражданам за рубежом, а в свою очередь белорусские нотариусы удостоверяют и составляют документы, предназначенные для использования за пределами нашего государства.

В соответствии со ст. 1 Закона Республики Беларусь «О нотариате и нотариальной деятельности в Республике Беларусь» от 18 ию-

¹ Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь от 23 сентября 2002 г. – № 3/480.

ля 2004 г. нотариат включает государственных и частных нотариусов, уполномоченных должностных лиц местных исполнительных и распорядительных органов, дипломатических агентов дипломатических представительств Республики Беларусь и консульских учреждений Республики Беларусь. За пределами Республики Беларусь нотариальные действия совершают консульские должностные лица и дипломатические агенты в случае выполнения консульских функций дипломатическими представительствами Республики Беларусь.

В функции нотариальных органов входят следующие действия, имеющие отношение к международному частному праву: удостоверение документов, предназначенных для предъявления за границей; принятие документов, выданных за границей; свидетельство верности перевода документов с одного языка на другой; охрана имущества, оставшегося после смерти иностранного гражданина, или имущества, причитающегося иностранному гражданину после смерти гражданина Республики Беларусь за границей; в отдельных случаях принятие наследственного имущества для передачи наследникам, находящимся в Республике Беларусь; принятие на хранение документов от иностранных граждан; обеспечение доказательств, необходимых для ведения дел в органах иностранных государств; иные нотариальные действия, предусмотренные законодательством Республики Беларусь.

Нотариус исполняет переданные ему в установленном порядке поручения органов юстиции иностранных государств об оказании правовой помощи, за исключением случаев, если:

- исполнение поручений противоречит суверенитету Республики Беларусь или угрожает ее национальной безопасности;
- исполнение поручений не входит в компетенцию нотариуса;
- исполнение поручений противоречит законодательству Республики Беларусь.

Исполнение поручений органов юстиции иностранных государств об оказании правовой помощи производится нотариусами в соответствии с законодательством Республики Беларусь, в том числе международными договорами Республики Беларусь.

В то же время белорусский нотариус вправе обращаться к органам юстиции иностранных государств об оказании правовой помощи в порядке, установленном законодательством Республики Беларусь, в том числе международными договорами Республики Беларусь.

2. В ст. 103 Закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Республике Беларусь» указано, что в соответствии с нормами международного права нотариус принимает составленные за пределами Республики Беларусь документы при условии их легализации, если иное не предусмотрено законодательством Республики Беларусь, в том

числе международными договорами Республики Беларусь.

На таких же условиях в других государствах принимаются документы, составленные в Республике Беларусь и выданные иностранным гражданам.

Легализация – это специальная форма удостоверения документа, предназначенного для использования в другом государстве. Постановлением Министерства иностранных дел Республики Беларусь от 16 августа 2010 г. № 16 «Об организации работы по осуществлению консульской легализации официальных документов в Республике Беларусь и за пределами Республики Беларусь» была утверждена Инструкция, регулирующая легализацию документов. Легализация официальных документов в Республике Беларусь производится Главным консульским управлением, консульским пунктом Министерства иностранных дел. Такая процедура предусмотрена для официальных документов, исходящих из судебных учреждений и нотариусов, учреждений образования, государственных архивов, иных органов и организаций. При этом легализуемые документы должны быть предварительно засвидетельствованы соответственно в Министерстве юстиции, Министерстве образования, Департаменте по архивам и делопроизводству Министерства юстиции. Документы, исходящие из иных органов и организаций, не требуют предварительного засвидетельствования.

Легализация официальных документов за пределами Республики Беларусь осуществляется в загранучреждениях Республики Беларусь. Представляемые на легализацию документы должны предварительно пройти легализацию в Министерстве иностранных дел либо ином уполномоченном органе иностранного государства. Как видно, Инструкция фактически предусматривает двойную легализацию документов.

Непосредственно сама легализация включает указание фамилии, имени, отчества, должности, лица, производящего легализацию, а также фамилии, имени, отчества, должности лица, подписавшего выданный документ, и свидетельство подлинности печати на документе. Легализованный документ вносится в реестр с указанием номера и краткого содержания. За легализацию взимается консульский сбор.

Для проведения легализации документов, выдаваемых в государстве пребывания, консульское учреждение должно располагать образцами подписей должностных лиц и оттисками печатей учреждений, уполномоченных удостоверить документы. В свою очередь консульские учреждения Республики Беларусь направляют в вышеуказанные учреждения государства пребывания образцы подписей должностных лиц, уполномоченных осуществлять легализацию, и оттиски печатей консульского учреждения.

3. Как следует из вышеизложенного, консульская легализация документов является достаточно сложной бюрократической процедурой, к тому же требующей дополнительных финансовых расходов от лиц, которым требуются документы, выданные в иностранном государстве или предназначенные для предъявления в иностранном государстве.

С целью упрощения удостоверения документов, предназначенных для использования за рубежом, 5 октября 1961 г. была принята Гагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов. В настоящее время участниками Гагской конвенции являются более 70 государств мира. Республика Беларусь присоединилась к Конвенции 1961 г. на основании постановления Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 3 июня 1992 г. № 1704-ХП «О процедуре правопреемственности Республики Беларусь в отношении международных договоров бывшего СССР»¹.

Конвенция отменяет легализацию официальных документов, которые были совершены на территории одного из Договаривающихся государств и должны быть представлены на территории другого Договаривающегося государства. К таким документам, в соответствии со ст. 1 Конвенции, относятся:

- а) документы, исходящие от органа или должностного лица, подчиняющихся юрисдикции государства, включая документы, исходящие от прокуратуры, секретаря суда или судебного исполнителя;
- б) административные документы;
- с) нотариальные акты;
- д) официальные пометки, такие, как отметки о регистрации; визы, подтверждающие определенную дату; заверения подписи на документе, не засвидетельствованном у нотариуса.

Вместе с тем Конвенция не распространяется на документы, совершенные дипломатическими или консульскими агентами, и административные документы, имеющие прямое отношение к коммерческой или таможенной операции.

Единственной формальностью, которая может быть потребована для удостоверения подлинности подписи и качества, в котором выступило лицо, подписавшее документ, и, в надлежащем случае, подлинности печати или штампа, скрепляющего этот документ, является проставление апостиля компетентным органом государства, в котором этот документ был совершен.

Апостиль проставляется на самом документе или на отдельном листе, скрепленном с документом. Он должен соответствовать образцу, приложенному к Конвенции, и представляет собой квадрат со сто-

¹ Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1992. – № 21. – Ст. 342.

роной не менее 9 см, внутри которого помещен заголовок на французском языке «Apostile (Convention de la Haye du 5 octobre 1961) и указаны десять пунктов для заполнения текста, первый из которых обозначает страну выдачи документа.

Апостиль проставляется по ходатайству подписавшего лица или любого предъявителя документа.

Подпись, печать или штамп, проставленные на апостиле, не требуют никакого заверения.

Каждое государство-участник Конвенции назначает органы, которым предоставляются полномочия на проставление апостиля.

В Республике Беларусь в соответствии с постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15 декабря 1992 г. № 754 «О мерах по реализации положений Гаагской конвенции от 5 октября 1961 г., отменяющих необходимость легализации иностранных официальных документов» (в последующих редакциях) право проставления апостиля на официальных документах, направляемых государственными учреждениями Беларуси для использования на территории государств-участников Гаагской конвенции, имеют:

- Министерство юстиции – на документах, исходящих из учреждений юстиции и судов;

- Министерство образования – на документах, исходящих из подведомственных учреждений образования;

- Департамент по архивам и делопроизводству Министерства юстиции – на документах, исходящих из республиканских архивных учреждений;

- Министерство иностранных дел – на всех иных видах документов.

Апостиль не проставляется, согласно ст. 3 Конвенции, если законы, правила или обычаи, действующие в государстве, в котором представлен документ, либо договоренность между двумя или несколькими государствами отменяют или упрощают данную процедуру или освобождают документ от легализации.

В Минской конвенции 1993 г. (ст. 13) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 12) имеются положения, устанавливающие, что документы, которые на территории одной из Договаривающихся Сторон выданы или засвидетельствованы компетентным учреждением либо специально на то уполномоченным лицом в пределах его компетенции и по установленной форме и скреплены гербовой печатью, принимаются на территориях всех других Договаривающихся Сторон без какого-либо специального удостоверения.

Аналогичные положения содержатся и в двусторонних договорах о правовой помощи, заключенных Республикой Беларусь.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. – С. 278–430.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 487–554.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 543–586.
4. Леанович, Е.Б. Международное частное право: учеб. пособие / Е.Б. Леанович. – Минск: ИВЦ Минфина, 2008. – С. 320–334.
5. Маршачкова, Т. Новый порядок взаимного исполнения Россией и Беларусью судебных актов по хозяйственным спорам / Т. Маршачкова // Российская юстиция. – 2002. – № 12. – С. 12–13.
6. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 562–591.
7. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М., 2004. – С. 511–570.
8. Нешатаева, Т.Н. Международный гражданский процесс: учеб. пособие / Т.Н. Нешатаева. – М., 2001.
9. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 289–306.
10. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 167–211.
11. Шак, Х. Международное процессуальное право: учебник; пер. с нем. / Х. Шак. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – 560 с.

ГЛАВА 18 МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ

Каждый юрист должен знать, что арбитраж лучше, чем государственный суд, что примирение сторон лучше, чем обращение в арбитраж, а предотвращение споров лучше, чем примирение.

М. Богуславский

§ 1. Понятие международного арбитража и его виды

1. Нормативное определение международного арбитража в законодательстве Республики Беларусь отсутствует, как и в международных актах, принятых для его регулирования.

Под международным арбитражем понимается рассмотрение споров, возникающих при проведении внешнеэкономических сделок 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 называлась в римских Законах XII таблиц (V в. до н.э.). 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. В Статуте Великого княжества Литовского 1588 г. наряду с государственными судами назывался «полюбовный суд» – это третейский суд, который рассматривал гражданские споры. Название суда, на наш взгляд, очень точно отражает его сущность и главную цель – полюбовно, т.е. миролюбиво, взаимоприемлемо решить спор между сторонами. В качестве судей в нем выступали комиссары, назначаемые из лиц того сословия, к которому принадлежали стороны.

В Европе в XVIII–XIX вв. произошло формирование международного коммерческого арбитража, разбиравшего споры между субъектами разных 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 взяли на себя функцию разрешения споров между представителями разных государств. В июне 1914 г. была образована Международная торговая палата в Париже,

при которой был учрежден Международный арбитражный суд, являющийся одним из наиболее авторитетных арбитражных органов в настоящее время. В других странах арбитражные суды были созданы в дальнейшем также, как правило, при национальных торгово-промышленных палатах.

2. 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 отвлекается 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 г., в которой участвует в настоящее время более 130 государств мира.

Все эти преимущества, не без основания признаваемые деловыми кругами за арбитражем, создают ситуацию, когда около 80% всех мировых внешнеэкономических контрактов содержат указание на арбитражное рассмотрение возможных споров.

3. 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 – «к этому», «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

1. 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 *arbitro et bono*, если стороны договорились наделить его такими полномочиями».

2. 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.

3. 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.

Заключившие письменное арбитражное соглашение стороны считаются согласившимися на применение Правил коммерческого арбитража в той редакции, которая действовала на момент, когда были выполнены административные 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 ААА может передать его ведение любому из своих подразделений (офисов). ААА создает и утверждает Национальный список коммерческих арбитров и в соответствии с Правилами производит назначение арбитров.

Возбуждение разбирательства в соответствии с арбитражной оговоркой в контракте, производится путем представления истцом в любое подразделение ААА 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 ААА 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 ААА.

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 также 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, представляющие важнейшие торговые регионы мира. В 1987 г. ЛМТС ввел понятие «советов потребителей», к которым относятся адвокаты, работающие в компаниях, международные адвокаты и адвокатские фирмы, практикующие международные ар-

битры. В 1989 г. были образованы Европейский совет, Североамериканский совет и Азиатско-Тихоокеанский совет; 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 также 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. 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 является Конституция Республики Беларусь, Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» (в ред. Закона Республики Беларусь от 27.12.1999 г. № 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 г. 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:

- между любыми субъектами права, возникающими из внешнеэкономической деятельности, если местонахождение или место жительства хотя бы одного из этих субъектов находится за границей;

- между предприятиями с иностранными инвестициями, созданными на территории Республики Беларусь и споров этих юридических лиц с другими юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями Республики Беларусь;

- между иностранными юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями-иностранцами, разных споров экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на разрешение международного арбитража и это не запрещено законодательством Республики Беларусь.

Регламент МАС был утвержден постановлением Президиума БелТПП от 6 июня 2000 г., с изменениями и дополнениями от 2 марта 2004 г.

3. В Республике Беларусь действует Белорусская универсальная товарная биржа, созданная в соответствии с постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 декабря 2003 г. № 1719. Для разрешения споров по биржевым сделкам, заключенным на биржевых торгах, в соответствии с соглашением сторон биржевой сделки, создана Арбитражная комиссия, осуществляющая деятельность в соответствии с Законом Республики Беларусь «О товарных биржах» от 5 января 2009 г. Положение об Арбитражной комиссии открытого акционерного общества «Белорусская универсальная товарная биржа», утвержденное протоколом Правления ОАО, в качестве основных задач Арбитражной комиссии определяет:

- 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 сторонами, развитие внешнеэкономической деятельности участников биржевой торговли;

- осуществление правовой профилактики в сфере биржевой деятельности;

- укрепление авторитета ОАО «Белорусская 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».

4. Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов» начал свою деятельность 1 июля 2010 г. 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 г., Законом Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. «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 и ему еще предстоит завоевывать авторитет у субъектов хозяйствования страны.

5. Помимо арбитражных судов в Республике Беларусь в последнее время идет создание третейских судов. Это новый вид правосудия, созданный в соответствии с Законом Республики Беларусь от 16 июля 2011 г. № 301-З «О третейских судах», вступивший в силу с 26 января 2012 г.

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.

Для создания и деятельности постоянно действующего третейского суда его учредители (если суд создается как некоммерческая организация) либо юридическое лицо (если суд создается в качестве его обособленного подразделения) должны утверждать регламент постоянно действующего третейского суда. В регламенте должен быть определен порядок деятельности постоянного третейского суда, правила третейского разбирательства, список третейских судей, содержащий сведения об их профессиональной деятельности. Регламент постоянно

действующего третейского суда должен соответствовать типовому регламенту постоянно действующего третейского суда, утвержденному постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 18 января 2012 г. № 52. Если постоянно действующий третейский суд создается в качестве некоммерческой организации, он должен иметь устав, утвержденный его учредителями, где содержатся сведения о структуре и компетенции органов постоянно действующего третейского суда, порядке образования и использования его имущества. Постоянно действующий третейский суд при юридическом лице действует на основе положения, утвержденного руководителем юридического лица.

Постоянно действующие третейские суды, созданные в качестве некоммерческих организаций, подлежат государственной регистрации, а третейские суды, созданные в качестве обособленных подразделений, подлежат постановке на учет.

В качестве принципов деятельности третейского суда в Законе определены: законность, независимость, состязательность и равенство сторон, автономия воли сторон, конфиденциальность, соблюдение права сторон на юридическую помощь, содействие сторонам в достижении ими мирового соглашения на любой стадии третейского разбирательства, обязательность для сторон решений третейского суда, окончательность принятых третейским судом решений, возмездность деятельности третейских судей.

Для того чтобы спор оказался на рассмотрении в третейском суде, необходимо заключение третейского соглашения между сторонами. Третейское соглашение может быть заключено в письменной форме в виде самостоятельного соглашения сторон или в виде третейской оговорки – отдельного положения, включенного в договор. Субъектами третейского соглашения могут быть дееспособные физические или юридические лица. Государственные органы, включая органы местного самоуправления, не могут быть субъектами третейского соглашения.

Третейский суд после принятия решения о наличии у него компетенции на разрешение конкретного спора, выносит определение о возбуждении третейского разбирательства, извещает стороны о времени и месте третейского разбирательства, которое должно быть завершено в течение трех месяцев со дня вынесения судом определения о возбуждении третейского разбирательства, если более длительный срок, в пределах одного года, не предусмотрен третейским соглашением.

Решение третейского суда может быть обжаловано стороной третейского разбирательства в порядке, установленном, соответственно, гражданским процессуальным или хозяйственным процессуальным законодательством Республики Беларусь путем подачи заявления в трехмесячный срок со дня получения решения в соответствующий

суд об отмене решения третейского суда. Если спор подлежит юрисдикции общих судов, заявление должно быть подано в соответствующий районный или городской суд, если спор относился к компетенции хозяйственных судов, хозяйственный суд области или города Минска.

§ 4. Арбитражное соглашение

1. 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 предварительного отказа от иммунитета арбитражное соглашение с участием государства не имеет смысла.

2. 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 г.: «Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусмотриваемое 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».

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. этот же вопрос решает еще более определенно: «Отвод государственного суда по неподсудности, основанный на наличии арбитражного соглашения и заявленный в государственном суде, в котором возбуждено дело одной из сторон в арбитражном соглашении, должен быть заявлен под угрозой утраты права за пропуском срока до или в момент представления возражений по существу иска, в зависимости от того, рассматривает ли закон страны суда такой отвод, как вопрос процессуального или материального права» (п. 1 ст. VI).

Формулировка «под угрозой утраты права за пропуском срока» в данном случае – это принцип эстоппеля, т.е. потери права ссылаться на норму права в случае умолчания о ее наличии в начале рассмотрения дела.

Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» 1999 г. содержит статью, являющуюся синтезом Европейской конвенции 1961 г. и Конвенции 1958 г.: «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).

3. 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 признания самого контракта недействительным. Данное 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. Бывают 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.

В Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ (в ред. 1982 г.) приведена типовая арбитражная оговорка следующего содержания: «Любой спор, разногласие или требование, возникающие или касающиеся настоящего договора, либо его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ». Помимо указанной формулировки стороны могут добавить по желанию: компетентный орган (название учреждения или имя лица), число арбитров (один или три), место арбитража (город или страна), язык (языки) арбитражного разбирательства.

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»¹.

¹ Функ, Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь. Справочник / Я.И. Функ. – Минск, 2005. – С. 200.

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»¹.

§ 5. Арбитражное рассмотрение споров в Республике Беларусь

1. В Республике Беларусь Международный арбитражный суд при Белорусской торгово-промышленной палате действует с 1994 г.² Его деятельность регулировалась Законом «О Международном арбитражном (третейском) суде» 1993 г.

Главными нормативными актами, определяющими деятельность Международного арбитражного суда при БелТПП, в настоящее время являются:

Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 279-З «О Международном арбитражном (третейском) суде» (в ред. Закона Республики Беларусь от 27.12.1999 г. № 344-З) и Регламент Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате, утвержденный постановлением Президиума Белорусской торгово-промышленной палаты.

Согласно ст. 3 Закона «О Международного арбитражного (третейском) суде» и ст. 13 Регламента Международный арбитражный суд руководствуется в своей деятельности следующими принципами:

- равенства прав сторон;
- свободы выбора сторонами состава суда, применимого права, процедуры и языка судопроизводства;
- договорной подсудности всех рассматриваемых дел;
- приоритета общепризнанных принципов международного права;
- независимости международного арбитражного суда и арбитров;
- конфиденциальности рассмотрения дел;
- содействия окончанию спора посредством заключения сторонами мирового соглашения;
- окончательности выносимых судом решений.

¹ Функ, Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь. Справочник / Я.И. Функ. – Минск, 2005. – С. 200.

² Юридический адрес Международного арбитражного суда: Республика Беларусь, г. Минск, проспект Победителей, 23, корп. 1, оф. 706, тел./факс 203-28-46; тел. 203-11-47, 203-53-85.

2. Возбуждение дела по арбитражному рассмотрению спора производится путем изложения истцом своих требований в исковом заявлении. В обязательном порядке в заявлении должны быть указаны:

- наименование сторон, их почтовые адреса, телефоны, телефаксы и расчетные реквизиты;
- точное обозначение требований истца и цена иска (если иск подлежит оценке);
- факты, которыми истец обосновывает свои требования, и доказательства, подтверждающие каждый из этих фактов;
- применимое право и его обоснование с указанием подлежащих применению правовых норм;
- сведения об арбитражном соглашении между сторонами и его содержании, а также о соблюдении предварительного внесудебного порядка рассмотрения спора, если это предусмотрено соглашением сторон или вытекает из существа обязательства;
- предложения о числе арбитров и выборе или назначении их, а также фамилия, имя и отчество избранных истцом основного и запасного арбитров, другие необходимые сведения о них;
- перечень прилагаемых к заявлению документов;
- фамилия, имя, отчество представителя истца, его адрес и телефон, если он подписывает исковое заявление;
- подпись истца или его представителя и дата подачи или отправления заявления по почте.

К исковому заявлению в обязательном порядке прилагаются документы или их копии, подтверждающие:

- правоспособность истца по законодательству государства регистрации юридического лица;
- обоснованность искового требования;
- наличие и содержание арбитражного соглашения;
- доказательство соблюдения предварительного внесудебного порядка рассмотрения спора, если это предусмотрено соглашением сторон или вытекает из существа обязательства;
- уплату арбитражного сбора.

Исковое заявление подается в таком количестве экземпляров (копий), чтобы их было достаточно для оставления в деле, пересылки (вручения) другой стороне и каждому из арбитров.

3. Международный арбитражный суд может разрешать споры в составе одного или трех арбитров. Истцы и ответчики выбирают арбитров по своему усмотрению из Рекомендательного списка арбитров или лиц, не внесенных в этот список. При этом арбитром-председателем может быть только лицо, внесенное в Рекомендательный список. Если стороны договорились о разрешении спора единоличным арбитром, то они должны назвать основного и запасного ар-

битра. Если стороны договорились о разрешении спора тремя арбитрами, то истец называет избранных им основного и запасного арбитра в исковом заявлении, а ответчик должен назвать основного и запасного арбитров в течение 30 дней с момента получения копии искового заявления. Два избранных сторонами арбитра в течение десяти дней выбирают основного и запасного арбитра-председателя. Регламент МАС допускает избрание арбитром иностранного гражданина, если избравшая его сторона в течение десяти дней с момента избрания уплатит аванс на издержки, связанные с участием такого арбитра в рассмотрении дела.

4. При подаче искового заявления должен быть оплачен арбитражный сбор, что является необходимым условием возбуждения производства по делу. Размер арбитражного сбора по спорам между субъектами, если местонахождение или местожительство хотя бы одного из них находится за границей Республики Беларусь, зависит от цены иска и определяется по специальной шкале, имеющейся в ст. 50 Регламента Международного арбитражного суда. Если иск не имеет цены, размер арбитражного сбора определяет Председатель МАС в сумме не менее 700 евро. В сумму арбитражного сбора входит регистрационный сбор, который составляет 150 евро, увеличенный на ставку налога на добавленную стоимость. Регистрационный сбор возврату не подлежит. В случае, если дело рассматривает единоличный арбитр, сумма арбитражного сбора уменьшается на 30%. В любом случае сумма арбитражного сбора не может быть ниже 700 евро. Помимо арбитражного сбора должны быть оплачены издержки по рассмотрению дела, которые складываются: 1) из командировочных и иных расходов, понесенных арбитрами; 2) сумм, выплачиваемых свидетелям, экспертам (экспертным учреждениям) и специалистам; 3) расходов, связанных с осмотром на месте, перевозкой и хранением вещественных доказательств; 4) иных расходов.

5. Производство по делу возбуждается в день поступления в МАС надлежаще оформленного искового заявления и оплаты арбитражного сбора. Председатель МАС в недельный срок выносит определение о возбуждении дела и уведомляет об этом стороны. При этом ответчику направляется копия искового заявления с прилагаемыми документами, а также Регламент и Рекомендательный список арбитров.

В течение 30 дней после получения искового заявления ответчик должен направить в МАС ответ на исковое заявление. В ответе должны быть отражены следующие позиции: 1) мнение о наличии, действительности и содержании арбитражного соглашения; 2) ответ по существу заявленных истцом требований; 3) представление доказательства своей правоспособности по законодательству государства регистрации; 4) мнение относительно предлагаемого истцом количества арбитров, указание в качестве основного и запасного арбитров конкретных лиц либо просьба об их назначении Председателем МАС.

Ответчик имеет право предъявить истцу встречный иск, который должен быть рассмотрен совместно с первоначальным, если он направлен к зачету или если его удовлетворение исключает полностью либо в части удовлетворение первоначального иска.

Сформированный в соответствии с Регламентом состав суда готовит дело к судебному разбирательству и, по подготовке всех материалов, назначает время и место рассмотрения дела, заранее известив об этом стороны.

6. Арбитражное разбирательство производится в устной форме, но по определению суда оно может быть рассмотрено только на основе письменных доказательств, если:

1) стороны прямо договорились об отказе от устного разбирательства;

2) истец ходатайствовал в исковом заявлении о рассмотрении дела на основе письменных доказательств и ответчик в ответе на иск согласился с этим предложением;

3) ответчик в письменной форме целиком признал иски требования (п. 1 ст. 28 Регламента).

Однако, если в ходе рассмотрения дела состав суда придет к выводу, что имеющихся в деле письменных доказательств недостаточно или одна из сторон настаивает на устном разбирательстве, состав арбитража принимает определение об устном рассмотрении дела.

В случаях, если одна из сторон не представляет своих возражений по иску, арбитражный суд продолжает разбирательство дела, не рассматривая факт непредставления возражений как признание требований истца.

При неявке одной из сторон на слушание или непредставлении документальных доказательств арбитражный суд вправе продолжить разбирательство дела и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств (ч. 2 ст. 33 Закона).

Стороны могут по своему усмотрению договориться о порядке разбирательства дела составом международного арбитражного суда, при условии соблюдения Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде». При отсутствии такой договоренности состав международного арбитражного суда ведет разбирательство дела в том порядке, который признает необходимым для обеспечения вынесения законного и обоснованного решения. При этом состав международного арбитражного суда обязан соблюдать положения Закона об арбитраже и учитывать мнения сторон, а состав постоянно действующего международного арбитражного суда – также положения арбитражного регламента (ст. 25 Закона).

В соответствии с ч. 1 ст. 31 Регламента МАС при БелТПП данный суд не связан нормами процессуального законодательства Республики Беларусь. Содержание этой нормы свидетельствует о достаточно широком поле судейского усмотрения при проведении арбитражного разбирательства

и активной роли сторон в установлении порядка рассмотрения спора.

7. Первый вопрос, который должен рассмотреть состав арбитражного суда, – это вопрос о собственной компетенции в разрешении конкретного спора. Согласно ч. 1 ст. 22 Закона 1999 г.: «Состав международного арбитражного суда может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения». При этом заявление сторон об отсутствии у состава международного арбитражного суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску (принцип эстоппеля).

В дальнейшем в ходе рассмотрения дела стороны имеют право делать заявления о том, что международный арбитражный суд выходит за пределы своей компетенции.

8. В соответствии с ч. 1 ст. 36 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде»: «Состав международного арбитражного суда разрешает спор в соответствии с правом, которое стороны избрали в качестве применимого к существу спора. 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».

В случае отсутствия соглашения сторон о применимом праве, состав международного арбитражного суда применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми (ч. 2 ст. 36 Закона).

В связи с данным положением необходимо отметить, что в мировой арбитражной практике наметился отход от использования коллизионных норм в качестве указателей применимого права. В Арбитражном Регламенте Международной торговой палаты, действующем с 1 января 1998 г., в п. 1 ст. 17 говорится: «Стороны свободны в достижении договоренности относительно закона, который должен применяться составом арбитража к существу спора. При отсутствии такой договоренности состав арбитража применяет нормы права, которые он сочтет подходящими».¹ Такая же норма относительно определения применимого права содержится в Регламенте Международного арбитража Американской арбитражной ассоциации (ст. 28) и Арбитражном регламенте Института Торговой палаты г. Стокгольма (ст. 24).

Такой подход свидетельствует об изменении отношения к традиционным коллизионным нормам и замене их принципом наиболее тесной связи правоотношения.

9. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г. в ст. 33 предусмат-

¹ Регламент международных арбитражных судов: сборник. – М.: Юристь, 2001.

ривает возможность для арбитражного суда вынесения решения в качестве «дружеских посредников», исходя из принципа *ex aequo et bono*, т.е. по справедливости и доброй совести, а не по формальному закону. Но, согласно Регламенту ЮНСИТРАЛ это возможно «лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили суд на это и если закон, регулирующий арбитражный процесс, допускает такое арбитражное разбирательство».

В Законе Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» нет указания на возможность разрешения спора исходя из принципа *ex aequo et bono*, но в Регламенте арбитражного суда содержится норма о разрешении спора по справедливости, но только при наличии прямо выраженного согласия обеих сторон и если это не противоречит императивным нормам законодательства. Из этого можно сделать вывод, что Международный арбитражный суд при БелТПП может разрешать споры исходя из принципа справедливости.

§ 6. Вынесение решения международным арбитражным судом и его обжалование

1. Арбитражное разбирательство спора завершается вынесением решения или определения о прекращении разбирательства дела.

Вынесение определения о прекращении разбирательства дела возможно в следующих случаях:

- истец отказывается от своего требования, если только ответчик не выдвинет возражений против прекращения разбирательства дела, а состав международного арбитражного суда не признает законной заинтересованность ответчика в получении окончательного решения по спору;

- стороны договариваются о прекращении разбирательства дела;

- международный арбитражный суд приходит к выводу, что продолжение разбирательства дела стало по каким-либо причинам невозможным.

2. В большинстве случаев арбитражное разбирательство заканчивается вынесением решения, в котором международный арбитражный суд должен указать:

- дату принятия решения, состав суда, место и время рассмотрения спора;

- наименование сторон и их представителей с указанием полномочий;

- основания компетенции суда;

- позиции сторон (их требования и возражения с фактическим и правовым обоснованием);

- применимое право;

- содержание принятого по спору решения, включая распределение расходов по делу;

- обоснование решения, если стороны не договорились об отказе от него.

Копии решения в недельный срок должны быть переданы сторонам под расписку или отправлены им заказными письмами с уведомлением о вручении.

Решение арбитражного суда является окончательным и вступает в законную силу с момента его вынесения.

3. Однако Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» в ст. 43 предусматривает возможность обжалования решения арбитражного суда путем подачи ходатайства о его отмене в Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь.

Решение Международного арбитражного суда может быть отменено Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь в случаях, если сторона, подавшая ходатайство, представит доказательства того, что:

- одна из сторон при заключении арбитражного соглашения была полностью или частично недееспособна или это соглашение недействительно по праву, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по праву Республики Беларусь;

- сторона не была надлежащим образом уведомлена об избрании (назначении) арбитров или об арбитражном разбирательстве дела либо по другим уважительным причинам не могла представить в международный арбитражный (третейский) суд свои объяснения;

- решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит положения по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения;

- состав международного арбитражного суда или порядок разбирательства дела не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит Закону Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде»;

- предмет спора не может быть предметом арбитражного разбирательства согласно законодательству Республики Беларусь;

- решение состава международного арбитражного суда противоречит публичному порядку Республики Беларусь.

Как видно из перечисленных шести оснований отмены решения международного арбитража, пять содержат презумпцию нарушения процессуального права и только одно (противоречие публичному порядку) предполагает нарушение материального права.

За всю историю существования Международного арбитражного суда при БелТПП лишь одно из его более чем 450 решений было отменено Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь¹.

Фабула дела была следующей.

По решению МАС при БелТПП от 30.05.2000 г. белорусское предприятие должно было выплатить французской фирме основной

¹ Функ, Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь: справочник / Я.И. Функ. – Минск, 2005. – С. 127–130.

долг, проценты с него, проценты по оплате юридической помощи, возместить арбитражный сбор.

Белорусское предприятие обратилось в Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь об отмене решения Международного арбитражного суда, поскольку оно противоречит публичному порядку Республики Беларусь. Свое ходатайство ответчик мотивировал тем, что у представителя истца на момент подачи иска была неправильно оформлена доверенность: она была подписана не руководителем фирмы, указанным в реестре, а директором, полномочия которого на выдачу доверенности не были подтверждены.

Исследовав представленные доказательства судья Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь пришел к выводу, что предмет спора не мог подлежать судебному разбирательству, как это определено ч. 7 ст. 43 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде», а в силу этого решение МАС подлежит отмене. Кроме этого указанное решение подлежит также отмене в связи с тем, что оно противоречит публичному порядку Республики Беларусь. Последний вывод был основан на том, что МАС принял к производству и рассмотрел спор между сторонами, у представителя одной из которых отсутствовало право на иск, поскольку ее представитель был недееспособен в момент подачи заявления в арбитраж.

§ 7. 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 Международного арбитражного суда при БелТПП и решения иностранных международных арбитражных судов в Республике Беларусь исполняются в порядке, установленном хозяйственным процессуальным законодательством.

Все арбитражные решения признаются и приводятся в исполнение хозяйственными судами в Республике Беларусь, аналогичным образом как и решения иностранных судов, т.е. должна быть проведена процедура экзекватуры.

Взыскатель подает заявление в хозяйственный 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 хозяйственного суда единолично в срок не более одного месяца со дня его поступления в суд. При этом хозяйственный 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 хозяйственный 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 хозяйственный суд выносит определение. В определении 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 г. в Нью-Йорке¹.

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. Таким образом, Конвенция предусматривает исполнение и таких иностранных арбитражных решений, которые вынесены на территории государств, не являющихся участниками Конвенции. В связи с этим

¹ БССР подписала Конвенцию 29.12.1958 г., которая была ратифицирована Президиумом Верховного Совета БССР 13.09.1960 г., вступила в силу для БССР 13.02.1961 г.

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 их 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 проведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. не затрагивает действительности многосторонних или двусторонних соглашений в отношении призна-

ния 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.

Литература:

1. Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. – С. 65–277.
2. Богуславский М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – М.: Юристъ, 2006. – С. 484–596.
3. Звеков, В.П. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С. 587–611.
4. Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С. 766–977.
5. Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – М.: Проспект, 2012. – С. 592–648.
6. Международное частное право: учебник / под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Инфра-М, 2004. – С. 571–602.
7. Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд. – М., 2006. – С. 412–478.
8. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня. – Минск: Книжный Дом, 2007. – С. 307–319.
9. Функ, Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь: справочник / Я.И. Функ. – Минск, 2005.
10. Фисенко, В.Н. Международное частное право: специальная часть / В.Н. Фисенко, И.В. Фисенко. – Минск, 1994. – Кн. 2. – С. 167–211.
11. Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право: учебник; пер. с нем. / Х. Шак. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – 520 с.

Учебное издание

БАРЫШЕВ Владимир Алексеевич

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебное пособие

Технический редактор

Г.В. Разбоева

Корректор

Л.В. Моложавая

Компьютерный дизайн

И.В. Волкова

Подписано в печать

2013. Формат 60x84¹/₁₆. Бумага офсетная.

Усл. печ. л. 24,24. Уч.-изд. л. 25,27. Тираж . Заказ .

Издатель и полиграфическое исполнение – учреждение образования
«Витебский государственный университет имени П.М. Машерова».

ЛИ № 02330/110 от 30.01.2013.

Отпечатано на ризографе учреждения образования

«Витебский государственный университет имени П.М. Машерова».

210038, г. Витебск, Московский проспект, 33.