

ISSN 2221-1314

Белорусский государственный университет

**АКТУАЛЬНЫЕ
ПРОБЛЕМЫ
МЕЖДУНАРОДНОГО
ПУБЛИЧНОГО
И МЕЖДУНАРОДНОГО
ЧАСТНОГО ПРАВА**

СБОРНИК
НАУЧНЫХ ТРУДОВ

Основан в 2009 году

Выпуск 5

МИНСК
БГУ
2013

УДК 341 (082)

В сборнике представлены научные труды ученых-юристов, посвященные актуальным проблемам международного публичного и международного частного права. В статьях использованы международно-правовые акты по состоянию на 30 мая 2013 года.

Редакционная коллегия:

кандидат юридических наук, доцент *Е. В. Бабкина* (отв. ред.);
доктор юридических наук, профессор *Ю. П. Бровка* (председатель);
кандидат юридических наук, доцент *А. Е. Вашкевич* (отв. ред.);
доктор юридических наук, профессор *Д. М. Демичев*;
доктор юридических наук, профессор *С. Г. Дробязко*;
член-корреспондент НАН Беларуси,
доктор юридических наук, профессор *В. Г. Тихина*;
доктор юридических наук, профессор *Н. Г. Юркович*

ПРЕДИСЛОВИЕ

Вниманию читателей предлагается пятый выпуск сборника научных трудов по международному публичному и международному частному праву. Согласно Приказу Председателя Высшей аттестационной комиссии Республики Беларусь от 16.05.2013 г. № 57 данный сборник включен в Перечень научных изданий Республики Беларусь для опубликования результатов докторских исследований в 2013 г. (по международному частному праву, международному праву, европейскому праву). Издание подготовлено сотрудниками и аспирантами кафедр международного права и международного частного и европейского права факультета международных отношений Белорусского государственного университета, а также практикующими юристами, сотрудниками государственных органов Республики Беларусь.

Сборник традиционно включает два раздела. В первом из них публикуются научные статьи, посвященные важнейшим проблемам международного публичного права, в том числе поддержанию мира и международной безопасности в рамках взаимодействия ОБСЕ с другими международными организациями; сравнительному анализу института ответственности в международном и внутригосударственном праве; месту односторонних актов государств в системе источников международного права. В нем также анализируются проблемы европейской интеграции на примере судебной системы ЕС, рассматриваются организационно-правовые механизмы Евразийского экономического сообщества. Отдельная статья посвящена роли Пекинской конференции 1995 г. в формировании механизма реализации гендерного равенства на международном и национальных уровнях.

Во втором разделе сборника отражены научные исследования, посвященные актуальным вопросам международного частного права (МЧП): анализируется коллизионное регулирование договорных отношений в новейших источниках МЧП, рассматривается специфика правового регулирования института усыновления в некоторых европейских странах, исследуется правовое положение трудящихся-иммигрантов в Республике Беларусь, а также значительное количество иных вопросов, представляющих существенный научный и практический интерес.

Настоящее издание будет весьма полезным как для преподавателей и студентов юридических специальностей, так и для практикующих юристов.

А. Е. Вашкевич,
*кандидат юридических наук,
доцент*

Раздел I

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СООБЩЕСТВА

В. И. Голуб

В статье рассмотрены перспективные направления развития организационно-правовых основ Таможенного союза и Единого экономического пространства в рамках Евразийского экономического сообщества, а также влияние на их эффективность фактора наднациональности.

The article covers perspective development directions of the organizational and legal framework in Customs Union and Common Economic Space within Eurasian Economic Community as well as influence of the supranational factor to their efficiency.

Ключевые слова: Таможенный союз, Единое экономическое пространство, Евразийское экономическое сообщество.

Keywords: Customs Union, Common Economic Space, Eurasian Economic Community.

Эффективность интеграционного объединения напрямую зависит от того, насколько его организационная и правовая структуры соответствуют объективным закономерностям развития экономических отношений между его членами, целям и задачам, поставленным в его учредительных и программных документах.

По мнению ряда ученых, для успешного интегрирования важно создание в региональной экономической группировке совместных органов управления, отдельные решения которых были бы обязательными для всех ее участников [1, с. 56; 2, с. 132].

Рассмотрим первоначально необходимость внедрения элементов наднациональности в организационно-правовую систему Евразийского экономического сообщества (ЕвразЭС).

Вопрос не столько в том, требуется ли применение элементов принципа наднациональности в процессе выработки решений органов ЕвразЭС, а в возможности достижения целей и задач ЕвразЭС в те сроки, которые предусмотрены его учредительными и программными актами, без применения этого принципа.

По мнению Ж. М. Кембаева, мировой опыт показывает, что «само функционирование региональных интеграционных объединений возможно лишь при условии передачи существенной части суверенитета наднациональным органам» [3, с. 152].

Следует отметить, что в зарубежной и отечественной науке международного права термин «наднациональность» не имеет устоявшегося юридического смысла и является дискуссионным [4, с. 32].

Наднациональность в организационной структуре и праве региональных интеграционных объединений можно охарактеризовать, выделив следующие элементы:

- детально регламентированная исключительная компетенция, которой государства наделяют определенный международный орган;
- независимость чиновников органов интеграционных объединений, представление ими не государства, а соответствующих организаций;
- принятие решений органами интеграции, как правило, простым или квалифицированным большинством голосов;
- обязательность решений органов организации для всех ее участников, даже для тех, которые голосовали против них [5, с. 140];
- прямое действие решений органов интеграции (без необходимости трансформации в национальное право государств-членов) не только для государств-членов, но и для их органов и граждан [6, с. 36];
- приоритетность актов интеграционных объединений над актами национального законодательства соответствующей компетенции [6, 7].

Опыт интеграции общего рынка стран Южного конуса (МЕРКОСУР) показал, что для успешной реализации механизмов интеграции необходима поэтапная передача странами-участницами части своих национальных полномочий в пользу общих наднациональных структур [1, с. 143].

Только те моменты функционирования МЕРКОСУР на определенном этапе его развития, которые были связаны с внедрением элементов наднациональности (вернее с невнедрением) в его организационно-правовую структуру, были обозначены экспертами как слабые места из-за отсутствия наднациональных органов (лишь в 2002 г., спустя 11 лет после начала функционирования МЕРКОСУР, был сформирован первый наднациональный орган – Постоянный ревизионный суд), консенсуального механизма принятия решений, отсутствия прямого действия в принимаемых актах союза, т. е. каждой стороной применялся национальный режим включения указанных актов в свое законодательство [8, с. 70].

Неэффективность интеграционных процессов на постсоветском пространстве Ж. М. Кембаев связывает с несоответствием организационных структур поставленным целям создания развитых форм региональных интеграционных объединений [3, с. 152]. Следовательно, глубокая интеграция невозможна без отхода от классических международно-правовых методов

принятия решений, основанных на единогласии и суверенном равенстве государств, а также построения наднациональных институтов путем передачи части суверенных полномочий от государств-членов к определенному региональному интеграционному объединению [9, с. 151].

Опыт Европейского союза подтверждает важность поиска наиболее оптимального соотношения наднациональных и национальных интересов, которое проявляется в выборе приемлемой концепции реализации принципа «наднациональности», что, безусловно, нужно сделать и в отношении к ЕвразЭС [10, с. 45].

Фактически с момента принятия решения о разработке документов, необходимых для формирования правовой базы Таможенного союза (ТС) и Единого экономического пространства (ЕЭП) в рамках ЕвразЭС, до текущего состояния развития данного образования прошло более 6 лет. В течение этого периода от системы управления, использующей классические международно-правовые методы принятия решений, основанные на суверенном консенсусе государств, участники данных объединений перешли к исторически более оправданной модификации органов управления, имеющих признаки наднациональности.

Совершенствование правовых механизмов наряду с совершенствованием и развитием наднациональных институтов являются приоритетными направлениями развития интеграционных процессов в рамках ЕвразЭС.

К условиям эффективности правовых актов ЕвразЭС и, соответственно, норм, содержащихся в таких актах, можно отнести юридическую точность и четкость правовой нормы; соответствие нормы общепризнанным принципам и нормам международного права; действие конкретной нормы в системе норм договора и системе иных правовых актов ЕвразЭС, а также международной правовой системе в целом; закрепление в норме интересов государства; способность нормы действительно регламентировать соответствующие отношения между государствами – участниками ЕвразЭС. Эффективность правовых актов ЕвразЭС во многом зависит от согласованности этих актов между собой, их непротиворечивости, согласованности рекомендательных актов с международными договорами, заключаемыми в рамках ЕвразЭС, соответствия национального законодательства государств – участников ЕвразЭС международным договорам, заключенным под эгидой этой организации. Коллизии правовых актов ЕвразЭС и национального законодательства государств – членов ЕвразЭС порождают серьезные препятствия для построения интегрированного евразийского экономического пространства [11, с. 96–97].

Для оптимального развития ЕвразЭС важное значение имеет прогнозирование вариантов развития интеграции государств – членов данного интеграционного объединения в будущем. Прогнозирование таких вариантов правового характера развития интеграции способно решить следующие

задачи, являющиеся наиболее острыми для международной организации постсоветского типа, какой и является ЕвразЭС, а именно: 1) определение правовых направлений продолжения и углубления интеграции в рамках международной организации (большое значение будут иметь качественные показатели интеграционного сближения государств, а также возможность вступления в организацию новых членов); 2) выявление коллизионных форм внутри правовой базы самого межгосударственного объединения, а также несоответствие национальных законодательств государств – членов межгосударственного объединения, затрудняющее достижение согласования их воли, а значит, и выработку согласованных позиций за счет разработки и принятия единого международно-правового акта по определенному кругу вопросов; 3) определение приоритетных сфер углубления интеграции (экономика, социальное развитие, здравоохранение и т. д.) в рамках межгосударственного объединения на основе мониторинга различных показателей; 4) синхронизация сроков по вступлению в силу международно-правовых актов межгосударственного объединения в государствах-членах, имеющих различные внутригосударственные процедуры вступления их в силу; 5) совершенствование организационно-правовых форм выполнения международных договоров и решений органов ЕвразЭС [11, с. 96–97].

Совершенствование правовой базы ТС и ЕЭП осуществляется на двух уровнях: наднациональном и национальном. На наднациональном уровне реализуются мероприятия по кодификации законодательств ТС и ЕЭП, на национальном – ведется активная работа по гармонизации (унификации и сближению) законодательств их государств-членов.

Для дальнейшей интеграции в рамках ТС и ЕЭП должен быть реализован потенциал этих интеграционных объединений в сфере совершенствования и дальнейшего развития их договорно-правовой базы по таким направлениям, как, например, формирование согласованной промышленной, транспортной, энергетической и аграрной политики. Должна быть усиlena производственная кооперация, предполагающая создание (в необходимых случаях) совместных транснациональных корпораций. Кроме того, раскрытию потенциала названных объединений послужит разработка и обеспечение экономической безопасности государств-участников, а также развитие сотрудничества в вопросах миграционной политики, обеспечение совместимости стандартов образования, развитие связей в сфере культуры, по линии парламентов, деловых сообществ. Необходимо дальнейшее развитие межрегионального и приграничного сотрудничества, наднациональных институтов. Эффективность реализации указанных направлений сотрудничества зависит от продуманного, высококвалифицированного мониторинга правовых актов. В частности, необходим контроль за выполнением не только внутренних нормативных актов государств-участников, но и заключенных ими международных договоров в рамках интеграционных объединений [12, с. 95–96].

В настоящее время активизировались усилия по формированию ЕЭП – пространства, в котором функционируют однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных правовых норм, существует единая инфраструктура и проводится согласованная налоговая, денежно-кредитная, валютно-финансовая, торговая и таможенная политика, обеспечивающие свободное движение товаров, услуг, капитала и рабочей силы, и которое формируется государствами, имеющими общую историю, правовые традиции, а главное – общие экономические цели и интересы. Основными целями формирования ЕЭП, в которое войдет и территория Республики Беларусь, являются:

- эффективное функционирование общего (внутреннего) рынка товаров, услуг, капитала и труда;
- создание условий стабильного развития структурной перестройки экономики сторон в интересах повышения жизненного уровня их населения;
- проведение согласованной налоговой, денежно-кредитной, валютно-финансовой, торговой, таможенной и тарифной политики;
- развитие единых транспортных, энергетических и информационных систем;
- создание общей системы мер государственной поддержки развития приоритетных отраслей экономики, производственной и научно-технической кооперации [13, с. 106].

Имеющийся механизм формирования ЕЭП при его сопоставлении с фактической социально-экономической и политической ситуацией на постсоветском пространстве позволяет дать положительную оценку перспективам развития данного межгосударственного интеграционного объединения. Становление Евразийского союза требует структурирования социальных функций, выстраивания жизнедеятельности общества «под цель». Следовательно, интеграционные процессы неразрывно связаны и с целеполаганием – проективным отношением к будущему состоянию постсоветского пространства, и с целенаправлением – организацией функционирования для достижения идеальной цели. Ключевая роль в этом процессе может принадлежать Евразийскому парламенту, который будет выполнять как законотворческие функции, так и, с учетом опыта Европейского союза, функции консультативного органа [13, с. 112–113].

Тем не менее путь дальнейшего углубления и продвижения процессов интеграции в рамках ЕвразЭС, скорее всего, будет далеко не простым, как из-за имеющихся различий в национальных законодательствах государств – членов ТС и ЕЭП, так и иногда различий в самих подходах и взглядах его сторон на ход дальнейшей унификации и гармонизацию законодательств, обусловленных беспрецедентными темпами интеграции в рамках ЕвразЭС.

Мировой опыт показывает, что одним из основных слагаемых успеха и наибольшей сложностью в институциональной системе интеграционных

образований является оптимальное сочетание межгосударственных и наднациональных элементов, позволяющих обеспечивать баланс интересов отдельных стран-членов и интеграционных образований в целом [14, с. 62].

Таким образом, гармонизация (сближение и унификация) законодательств государств – членов ТС и ЕЭП, с одной стороны, а также поиск и реализация оптимальной модели соотношения наднационального и национального регулирования в рамках ТС и ЕЭП, с другой, являются приоритетными направлениями развития указанных объединений.

Остается надеяться, что трудности переходного периода не скажутся на управляемости ТС и ЕЭП, проведении интеграционных процессов, а предпринимаемые их участниками меры по совершенствованию организационно-правовой базы позволят сделать такие процессы более гладкими и сбалансированными.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Заварзина В. В. Совершенствование международно-правового статуса таможенных союзов : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 – М., 2009.
2. Кембаев Ж. М. Сравнительно-правовой анализ комиссий Евразийского союза и Европейского союза // Соврем. право. – 2012. – № 12. – С. 129–132.
3. Кембаев Ж. М. Правовые аспекты экономической интеграции на постсоветском пространстве: проблемы и перспективы // Известия высш. учеб. заведений. Правоведение. 2007. – № 3. – С. 146–154.
4. Рыжов В. Б. Международно-правовые модели региональных интеграционных объединений (на примере Европейского союза, МЕРКОСУР и ЕвразЭС) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 – М., 2007. – 231 л.
5. Бирюков М. М. Европейский союз, Евроконституция и международное право. – М. : Науч. кн., 2006.
6. Фещенко А. С. Явление наднациональности в деятельности международных организаций // Сов. ежегод. междунар. права. 1987. – М., 1988. – С. 159–171.
7. Барков А. В. Правовой статус Евразийского экономического сообщества : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 – М., 2003. – 195 л.
8. Ловут А. А. МЕРКОСУР: современный этап развития, особенности функционирования и торговой политики в отношении третьих стран // Рос. внешнеэкон. вестн. – 2010. – № 6. – С. 64–73.
9. Кембаев Ж. М. О правовых вопросах интеграционных процессов на евразийском пространстве // Соврем. право. – 2011. – № 9. – С. 88–94.
10. Шибаева Е. А. К вопросу о наднациональном характере универсальных международных организаций // Моск. журн. междунар. права. – 1992. – № 4. – С. 34–58.
11. Каширкина А. А., Морозов А. Н. Правовые аспекты интеграции на постсоветском пространстве в рамках ЕвразЭС: проблемы и перспективы // Журн. рос. права. – 2010. – № 2. – С. 91–103.
12. Туунов О. И. Об особенностях развития интеграционных процессов на постсоветском пространстве // Журн. рос. права. – 2012. – № 8. – С. 92–98.

13. Лукьянова В. Ю. О формировании Единого экономического пространства // Журн. рос. права. – 2012. – № 9. – С. 105–113.

14. Чеботарева Е. Д. Опыт создания и основные слагаемые успешной деятельности Таможенного союза ЕС // Рос. внешнеэкон. вестн. – 2010. – № 6. – С. 61–63.

Статья поступила в редакцию 10.07.2013 г.

К ВОПРОСУ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ В УСЛОВИЯХ РАЗВИТИЯ МНОЖЕСТВЕННОГО ГРАЖДАНСТВА

А. А. Григорьев

Статья посвящена регламентации отдельных проблем множественного гражданства. Автор предлагает пути решения выявленных проблем в праве Республики Беларусь.

The article is dedicated to the regulation of individual problems of multiple nationality. The author offers the solutions to the problems identified in the law of the Republic of Belarus.

Ключевые слова: множественное гражданство, право Республики Беларусь.

Keywords: multiple nationality, citizenship of the Republic of Belarus.

В настоящее время в мире растет внимание к институту множественного гражданства (бипатризма, биполизма), который в ряде государств получил регламентируемое развитие. Это обусловлено, прежде всего, глобализацией мировой экономики, космополитизацией хозяйственных отношений, развитием системы прав человека, в том числе в сфере одного из самых консервативных прав – права на гражданство, признанием свободного определения личностью своего правового статуса в контексте уважения прав человека, необходимостью решения государствами демографических проблем для обеспечения потребностей национальных экономик и обороноспособности. В этой связи все больше стран начинают признавать бипатризм, способствуя его распространению. Наряду с государствами, традиционно развивающими бипатризм, например Испания, страны Латинской Америки, Канада, Швейцария, Израиль, Франция, Италия, Болгария, Турция, ряд стран относительно недавно принял законы, направленные на лояльное отношение к бипатризму или развивающие его. В числе таких стран, находящихся географически в различных регионах, целесообразно выделить следующие: Исландия (с 1999 г. признала бипатризм для отдельных категорий лиц), Финляндия (с 1 июня 2003 г. допустила развитие бипатризма), Австралия (с 2002 г.), Грузия (с 2002 г.), Молдова (с 2003 г.), Ирак (с 2005 г.), Армения (с 2005 г.), Новая Зеландия (с 2005 г., хотя она

ограниченно признавала бипатризм с 1949 г.), Кыргызстан (с 21 октября 2007 г.), Бельгия (с 28 апреля 2008 г.), Венгрия (с 20 августа 2010 г.), Польша (с 15 августа 2012 г. в связи со вступлением в силу закона от 2 апреля 2009 г.), Латвия (с 9 мая 2013 г.). Следует отметить, что Исландия, Ирак, Армения и Кыргызстан решали вопросы о допустимости бипатризма в ходе референдумов, что свидетельствует не только о высочайшей актуальности соответствующих вопросов, но также и об их сложности. Особые черты бипатризма получил в связи с развитием гражданства ЕС, Союзного государства России и Беларуси и ряда иных международных объединений.

Поэтому отечественные и зарубежные исследователи все чаще обращаются к изучению гражданства и двойного гражданства (А. В. Белов, А. Е. Вашкевич, М. Ф. Чудаков, О. И. Чуприс и др.) [1–5]. Однако до настоящего времени не получило достаточного правового освещения в отечественной науке правопреемство гражданства БССР и других союзных республик при структурировании новых гражданств новых государств на постсоветском пространстве. Данный вопрос приобретает в контексте бипатризма особое значение, так как неурегулированные с использованием норм международного права вопросы правопреемства гражданства государств практически всегда ведут к образованию бипатризма. Также остается не рассмотренным ряд иных проблемных вопросов, связанных с формированием нового права о гражданстве после 1991 г.

Цель данного исследования состоит в разработке отдельных проблем международной и национально-правовой регламентации института множественного гражданства, в том числе в связи с правопреемством белорусского гражданства, формулирование на этой базе предложений по совершенствованию такой деятельности.

Для Республики Беларусь вопрос бипатризма не лишен актуальности, в том числе в свете глобализационных экономических и демографических процессов, но в большей степени из-за необходимости развития межгосударственных отношений на постсоветском пространстве, имевшем ранее внутренний федеративный бипатризм в рамках Союза ССР, когда каждый гражданин союзной республики обладал всеми правами, свободами и обязанностями гражданина республики местопребывания. Примером этому может служить Закон Республики Беларусь от 1 августа 2002 г. «О гражданстве Республики Беларусь» (в редакции Закона Республики Беларусь от 4 января 2010 г.) [6], который с 2006 г. устранил в ряде случаев необходимость отказа от гражданства при натурализации, что увеличивает число случаев бипатризма, в том числе возникшего вследствие несогласованности законодательства различных стран в области гражданства), а также существенно изменил подходы к множественному гражданству по сравнению с Законом Республики Беларусь от 18 октября 1991 года «О гражданстве Республики Беларусь» [7], устранил жесткий запрет на двойное гражданство

и установил возможность его развития. Так, согласно статье 11 Закона 2002 года за лицом, являющимся гражданином Республики Беларусь, не признается принадлежность к гражданству иностранного государства, если иное не предусмотрено международными договорами (ранее часть вторая статьи 1 Закона Республики Беларусь от 18 октября 1991 года «О гражданстве Республики Беларусь» с 30 декабря 1999 г. устанавливала, что гражданин Республики Беларусь вообще не может быть одновременно гражданином другого государства, за исключением случаев, предусмотренных этим Законом, что открыто санкционировало отдельные виды бипатризма (бипатризм детей) при запрете его основных случаев, которые в настоящее время допускаются, но официально не признаются). Граждане Республики Беларусь, имеющие также иное гражданство, не могут на этом основании быть ограничены в правах, уклоняться от выполнения обязанностей или освобождаться от ответственности, вытекающих из гражданства Республики Беларусь.

Таким образом, Закон 2002 г. допустил существование бипатризма, но преимущественно в скрытой форме, путем непризнания на соответствующей территории иностранных гражданств бипатрида с гражданством Республики Беларусь, он не решил всех вопросов данного правового статуса, которые традиционно возникают в данной сфере на территориях третьих государств, в том числе вопросы дипломатической защиты бипатридов. При этом Главой государства указывалось на то, что Республика в настоящее время не предполагает вводить массово множественное гражданство [8]. В этой связи следует отметить, что такая позиция не является одиночной. Многие из стран, включая те, которые ранее признавали двойное гражданство, отказались от политики благоволения ему, например Казахстан, Словакия. Ряд государств даже на постсоветском пространстве не поддерживают бипатризм, например Украина, Туркменистан. Однако большая часть стран СНГ законодательно допустила возможность множественного гражданства и сохраняет ее до настоящего времени (Армения, Киргызстан, Молдова, Россия, Таджикистан). При этом Грузия отказалась от ранее жестких запретов в отношении бипатризма, сократив число стран, противодействующих ему.

Следует обратить внимание на то, что у постсоветских государств не существует единых подходов к тому, как формировать гражданство. Так, например, страны Прибалтики, формируя свое гражданство, восстановили действовавшие до их вхождения в состав СССР законы о гражданстве, проигнорировав нормативные правовые акты и международные договоры о гражданстве, заключенные данными республиками, в том числе с Польшей в 1944 г., что порождает бипатризм во взаимоотношениях с Беларусью, Россией и рядом иных государств СНГ и дальнего зарубежья. При этом многие из руководителей этих стран имеют двойное гражданство.

В отличие от стран Прибалтики, ряд бывших союзных республик в 1991 г. принял за основу версальский подход, который был применен государствами – победителями в Первой мировой войне при образовании новых государств из частей бывших Австро-Венгрии, Германской и Российской империй. В данной ситуации гражданства структурировались по так называемому *нулевому варианту*, без учета обладания жителями соответствующих территорий гражданством государств-предшественников, сохранивших свое существование, что позволяло отложить на второй план проблемы множественного гражданства, безусловно возникающие при распаде ранее единых государств. По такому пути изначально пошли Украина, Россия, Беларусь и ряд иных республик. При этом, как следует из послания Президента России Федеральному собранию от 12 декабря 2012 г., Россия отходит от данной системы с учетом особой значимости подданства и гражданства России до октября 1917 года, а также гражданства РСФСР, что, однако, не должно увеличить количества случаев бипатризма: «Поручаю разработать ускоренный порядок предоставления российского гражданства нашим соотечественникам, носителям русского языка и русской культуры, прямым потомкам тех, кто родился и в Российской империи, и в Советском Союзе. Тем, кто хочет переехать на постоянное жительство в нашу страну и, соответственно, отказаться от своего сегодняшнего гражданства» [9].

При этом в СНГ не существует единой системы договорных норм международного права, направленных на устранение множественного гражданства, которое возникает при правопреемстве и дальнейшем развитии государств. Это обусловлено преимущественно различиями подходов государств к множественному гражданству при правопреемстве гражданства СССР новыми республиками. Так, Российская Федерация изначально предложила избрать путь признания множественного гражданства, что обеспечивало сохранение традиционных связей между государствами и их жителями при наличии прежде федерального бипатризма в рамках СССР, когда многие даже и не помнили о своих гражданствах в силу того, что каждый гражданин союзной республики полностью обладал правами, свободами и ответственностью гражданина той республики, в которой он проживал. Однако в данном подходе также усматривались риски нелояльности и угроза зависимости от России, иных государств при большом числе бипатридов с двойным гражданством. При этом в связи с известными проблемными вопросами в области добычи и транспортировки углеводородного сырья Туркменистан в 2003 году поставил вопрос о прекращении двойного гражданства. 10 апреля 2003 г. президентами Туркменистана и России подписан протокол о прекращении действия соглашения о двойном гражданстве от 23 декабря 1993 г. [10]. По договоренности президентов ограничения бипатризма могут вводиться лишь для новых его случаев после прекращения договора. Граждане этих стран сохранили бипатризм, хотя Туркменистан и

предложил биполидам до 22 июня 2003 г. выбрать одно из гражданств, введя затем конституционный запрет бипатризма, что также впоследствии оправдано допущением двойного гражданства в нестабильном Афганистане. Однако данный протокол не нашел поддержки, прежде всего у оппозиционной части российского парламента, который отказался денонсировать договоры с Туркменистаном, регламентирующие вопросы множественного гражданства. В этой связи до настоящего времени договоры признаются российской стороной действующими [11]. Президент Республики Беларусь 16 октября 2012 г. четко заявил о том, что бипатризм с Российской Федерацией устанавливать в массовом порядке еще не намерен ввиду того, что: 1) он не устанавливается в массовом порядке Беларусью с иными странами, в том числе с Польшей и Украиной; 2) данное явление может неблагоприятно сказаться на миграционной обстановке внутри страны вследствие увеличения числа мигрантов-бипатридов и создания иных проблем в данной сфере; 3) предоставляется широкий круг прав для граждан России при их проживании в Беларуси; 4) существуют возможности индивидуального предоставления двойного гражданства спортсменам и иным лицам, в которых заинтересована Республика Беларусь, по решению Главы государства [8]. При этом переход с 2012 г. Польши к признанию множественного гражданства путем отказа от его запрещения [12] не только в случаях возвращения репатриантов не может не беспокоить белорусское общество, которым негативно воспринято введение даже «карты поляка», позволяющей реализовывать часть прав иностранцам на льготных условиях в Польше [13].

Напомним, что Беларусь, как и Республика Польша, сформировала свое гражданство в первой четверти XX в. При этом, в отличие от Беларуси, Польша полностью сохранила правопреемство своего гражданства, а Беларусь с конца 1991 г. начала формировать свое гражданство по новым правилам, признав гражданами Республики Беларусь только тех граждан СССР, которые проживали на ее территории в день вступления в силу Закона Республики Беларусь от 18 октября 1991 г. «О гражданстве Республики Беларусь» (с некоторыми исключениями для военнослужащих и других категорий граждан) [14]. Отказ Беларуси обеспечить полное правопреемство в отношении нормативной (в том числе международно-правовой) системы регламентации белорусского гражданства до 1991 г. и в то же время продолжение регламентации польского гражданства с 1919 г. и одновременное устранение в 2012 г. этой страной запретов на множественное гражданство создает угрозы развития бипатризма Польши с Беларусью и рядом иных стран, в том числе в отношении граждан, имевших до 17 сентября 1939 г. гражданство Польши, до 1992 г. гражданство БССР. Отметим, что порядок принятия в гражданство Литбел законодательно оформлялся уже через полтора месяца после ее создания Декретом СНК от 15 апреля 1919 г. [15, л. 28 об]. После оккупации Польшей части белорусской территории, за

ключения в 1921 г. Мирного договора между Россией и Украиной с одной стороны и Польшей с другой [16] постановлением СНК ССРБ от 19 ноября 1921 г. «О принятии иностранцев в гражданство Белоруссии» [17] впервые была сделана попытка урегулировать белорусское гражданство как гражданство самостоятельного государства. С этого начался также новый этап развития бипатризма в Беларуси – переход от регламентации скрытого международно-правового биполизма (при отсутствии признания гражданства одной из стран гражданства) к открытому. Названный акт отменен лишь постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 3 марта 1992 г. № 112 [18] в связи с принятием Закона о гражданстве 1991 г. Также недавно (15 августа 2007 г.) признано утратившим силу постановление СНК ССРБ от 4 августа 1922 г. «Положение об иностранцах в ССР Белоруссии» [19], также решавшее ряд вопросов гражданства. Однако некоторые исследователи в СССР (А. Г. Гойхбарг, Д. А. Гайдуков) еще до 1941 г. считали нормы республиканских актов о гражданстве отошедшими в прошлое [20, с. 45; 21, с. 63].

Изначально белорусское гражданство формировалось в рамках основного принципа советской власти (измененного изречения апостола Павла): «Не трудящийся да не ест». В этой связи многие из соотечественников были затем лишены прав гражданства, а иностранные трудящиеся, жившие в ССРБ, а затем и в СССР (БССР), наделялись политическими правами и обязанностями наравне с гражданами и без получения гражданства. При этом согласно постановлению от 19 ноября 1921 г. иностранцев принимал в гражданство СНК ССРБ. Натурализуемые лица не обязывались выходить из своих гражданств. Статья 8 этого постановления лишила имеющих иные гражданства лиц – граждан Белоруссии права «апеллировать для защиты своих интересов к правительству той страны, гражданами которой они ранее состояли». Такая норма была характерна для права СССР (в измененном виде имеется и в Законе «О гражданстве Республики Беларусь» 2002 г.). В начале 1930-х гг. вопросы гражданства решались местными Советами депутатов, но в период сталинских репрессий из-за угроз «мирового шпионажа» гражданство, как правило, даровалось властями республики (СНК, Верховным Советом, Президиумом Верховного Совета БССР) и Союза ССР.

Международно-правовое регулирование гражданства ССРБ почти не осуществляла ввиду ограниченности ее международных связей. Важнейшим международным договором того времени, затрагивавшим бипатризм, был Договор об образовании Союза Советских Социалистических Республик (30 декабря 1922 г.) [11], пункт 21 которого признал сохранение биполизма и в федерации: «Для граждан республик устанавливается единое союзное гражданство», при котором гражданин каждой республики являлся гражданином СССР. Проект положения о гражданстве БССР, готовившийся в

связи с появлением гражданства СССР, установил, что живший в БССР гражданин иной республики СССР наделялся всеми правами и обязанностями граждан БССР, не приобретая ее гражданства, но мог и получить его, подтвердив принадлежность к гражданству любой республики СССР. Часть правил определения гражданства БССР по рождению закреплял и Кодекс законов о браке, семье и опеке Белорусской ССР [22]. Внутренний bipatrizm равноправных граждан СССР, ограничение международной правосубъектности союзных республик (хотя прием в их гражданство давал гражданство СССР) и развитие СССР как страны с жесткими федеративными связями уменьшали значение гражданств республик.

Со сталинских времен распространилось мнение о том, что любой постоянный житель республики имел ее гражданство и терял его, покидая республику [23]. Полагаем, что это не совсем верно, учитывая правила приема в гражданство БССР и выхода из него, определявшиеся правом БССР [24, с. 299]. Представляется, что синтез правоприменительной практики и формальных норм привел к тому, что граждане СССР, прибывавшие на территорию республики, надеялись ее гражданством и могли сохранять гражданства других республик, что порождало не всегда поощрявшийся bipatrizm.

Кроме того, институт внутреннего множественного гражданства в федеративных государствах имеет международно-правовое значение, особенно в близких СССР типах федераций, что ярко проявляется при видоизменении и распаде государств, их территориальных переделах. Отметим, что в основном международно-правовое регулирование гражданства БССР осуществлялось в середине XX в. В это время БССР заключила два двусторонних договора (Соглашение между Правительством БССР и Польским комитетом национального освобождения об эвакуации белорусского населения с территории Польши и польских граждан с территории БССР от 9 сентября 1944 г. и Дополнительный протокол к нему от 25 ноября 1945 г.) [25, с. 207–216] (впоследствии на базе этих соглашений политика избегания bipolizma неоднократно подтверждалась и ПНР, например, в Законе о польском гражданстве от 8 января 1958 г. Позже в 1957, 1958 и 1965 гг. СССР и ПНР заключали договоры об урегулировании вопроса о гражданстве лиц с двойным гражданством и о его предотвращении [11]. Таким образом, произошел практический переход от ограниченного признания bipatrizma к его взаимному устраниению), а также участвовала в многосторонних договорах, касавшихся гражданства (Мирный договор с Италией и Конвенция ООН о гражданстве замужней женщины) [25, с. 105–106; 26]. Двусторонние договоры БССР не исключали bipatrizm, а многосторонние в целом стремились его устраниить. При этом национальное право сохраняло регламентацию гражданства БССР, о чем свидетельствует даже перечень признавшихся утратившими силу правовых актов в 1991 г. [14].

Основным международно-правовым инструментом регламентации множественного гражданства в Беларуси по-прежнему остаются договоры, направленные на устранение бипатризма, хотя Беларусь после 1991 г. не заключила ни одного договора об устраниении множественного гражданства или его запрещении. Для Беларуси сохранили свое действие почти все международные договоры СССР об устраниении и уменьшении числа случаев двойного гражданства, заключенные с бывшими союзниками, включая Польшу. Правда, до 1992 г. с согласия ФРГ прекратили действие договоры ГДР и СССР. Также в 1992 г. Венгрия заявила о прекращении для нее действия конвенции с СССР 1963 г. о предотвращении двойного гражданства в отношении Беларуси с 21 декабря 1991 г., выразив этим свое отношение к исчезновению СССР и появлению новых государств. По мнению венгерской стороны, «с этой даты перестало существовать советское гражданство, и поэтому нет того круга физических лиц, на которых распространялась данная Конвенция» [27]. При этом во взаимоотношениях с Россией эта Конвенция прекращена 31 мая 1996 г. после принятия Федерального закона о прекращении ее применения и вступления в силу Протокола между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики об инвентаризации двусторонних договоров от 6 марта 1995 г. [11]. В этих условиях с принятием Венгрией закона от 26 мая 2010 г., системно развивающего двойное гражданство в Венгрии, с 20 августа 2010 г. [28] исчезла значительная часть барьеров для развития двойного гражданства между Венгрией и Беларусью, Венгрией и Россией и рядом иных стран, в том числе противодействующих множественному гражданству.

В Беларуси предприняты попытки создания системы правопреемства международных договоров в сфере устраниния бипатризма. Так, Протокол между Республикой Беларусь и Чешской Республикой об урегулировании вопросов правопреемства в отношении международных договоров между бывшим Союзом Советских Социалистических Республик и бывшей Чешской и Словацкой Федеративной Республикой от 17 мая 2001 г. подтвердил выполнение международных договоров СССР в силу статьи 12 Соглашения об образовании Содружества Независимых Государств от 8 декабря 1991 г., в том числе Договора о предотвращении возникновения двойного гражданства от 6 июня 1980 г. [29]. Однако не все государства соглашаются признать правопреемство договоров СССР об устранинии бипатризма. Полагаем, что отсутствие у части соседей Беларуси готовности к активному сотрудничеству не способствует регулированию отношений множественного гражданства.

В законодательстве Республики Беларусь в целом обеспечена имплементация основных положений документов ООН в сфере защиты прав человека, сформированных еще при участии СССР. При этом многие из норм права нуждаются в уточнении в целях имплементации норм между-

народного права, определяющих правовой статус личности, действующих для Республики Беларусь. Так, основополагающий закон в сфере определения статуса гражданина – Закон Республики Беларусь от 1 августа 2002 г. «О гражданстве Республики Беларусь» [6], предусмотрев, в том числе с учетом предложений автора, нормы об избежании двойного и иного множественного гражданства, не учел оговоренных в статье 3 Конвенции о гражданстве замужней женщины (подписанной в Нью-Йорке белорусским представителем 7 октября 1957 г. и ратифицированной Указом Президиума Верховного Совета Белорусской ССР от 19 сентября 1958 г.) положений о том, что каждое договаривающееся государство соглашается, что иностранка, состоящая замужем за кем-либо из его граждан, может приобрести по своей просьбе гражданство своего мужа в специальном упрощенном порядке натурализации [26]. Представляется, что данная ситуация должна быть исправлена при дальнейшем совершенствовании законодательства, учитывая, что в судебной практике уже появились дела, в ходе рассмотрения которых стороны требовали исполнения соответствующих норм Конвенции. При этом полагаем допустимым упрощенную натурализацию как для супруги, так и для супруга, что соответствует конституционным нормам о равенстве полов, а также договорным нормам Совета Европы в сфере гражданства. Кроме того, полагаем возможным при смешанных браках установление права на множественное гражданство, что должно способствовать более свободной адаптации супруга (супруги) с иностранным гражданством в новом обществе и сохраняет условия для восстановления прежнего статуса при неудачном браке, что также соответствует практике многих европейских государств.

При этом в практике Республики Беларусь возникают новые проблемы как для ее законодательства, так и законодательства иных государств. Так, статьей 21 Закона Республики Беларусь от 7 января 2012 г. «О вспомогательных репродуктивных технологиях» [30] предусмотрена возможность заключения возмездного договора суррогатного материнства, предусматривающего обязанность генетической матери или женщины, воспользовавшейся донорской яйцеклеткой, принять от суррогатной матери ребенка (детей) после его (их) рождения и срок, в течение которого должен быть принят ребенок (дети), что может быть воспринято как завуалированный договор купли-продажи человеческого существа, который недопустим с точки зрения дальнейшей имплементации норм международных договоров о противодействии рабству. В этой связи полагаем оправданным исключение любой правовой возможности торговли людьми. При этом в данной ситуации остается нерешенным ряд юридических вопросов, касающихся определения правового статуса ребенка, в том числе: каковы правовые последствия заключения договора для ребенка, лиц, имевших отношение к его рождению, включая ситуацию отказа заказчицы (ее правопреемников)

от приема ребенка (невозможности приема ребенка), отказа ребенка от связи с соответствующими лицами, и условия применения в отношении названных лиц Декрета Президента Республики Беларусь от 24 ноября 2006 г. № 18 «О дополнительных мерах по государственной защите детей в неблагополучных семьях» [31]; кого можно указывать в качестве матери в свидетельстве о рождении, кто и где вправе его получать (особенно в случаях проживания лиц, претендующих на звание матери, в разных странах); права родителей на содержание в старости; права ребенка на алименты, наследство и, наконец, какого гражданства должен быть ребенок при суррогатном материнстве в условиях, когда лица, претендующие на звание родителей, обладают разными гражданствами (что может осложниться в условиях множественного гражданства при рождении такого ребенка за пределами Республики Беларусь, в стране, признающей право почвы, после заключения соответствующего договора суррогатного материнства на территории Республики Беларусь); с какого момента возникает у ребенка гражданство Республики Беларусь, например, если выносившая его мать не обладает таким гражданством, но таким гражданством обладает ее супруг, либо супруг заказчицы или сама заказчица; прекращается ли гражданство ребенка, переданного от белорусской женщины, родившей его, иным лицам в соответствии с договором о суррогатном материнстве, если эти лица не являются гражданами Республики Беларусь; существуют ли гарантии того, что рожденные в соответствии с договорами о суррогатном материнстве дети, переданные иностранным гражданам, не будут использоваться за рубежом в сфере трансплантационного бизнеса, как защитить права таких детей, учитывая, что законодательство преимущественно ориентировано на защиту прав лиц, заказывающих услуги по суррогатному договору.

До издания рассматриваемого закона законодательство Республики Беларусь также в целом не препятствовало развитию суррогатного материнства и решало большую часть из названных вопросов, допуская использование традиционной для таких случаев правовой схемы, при которой женщина, не собиравшаяся оставаться матерью после рождения ребенка, отказывалась от него, а генетические доноры могли его усыновить (удочерить). Однако в Республике Беларусь создана в целом эффективная система защиты усыновляемых детей, которая также не позволяла каждому проводить усыновление (удочерение), в том числе по морально-нравственным причинам, что не гарантировало безусловную возможность генетических родителей взять ребенка на свое воспитание. При этом в стране имеется система ограничений при усыновлении (удочерении) детей иностранными гражданами и вывозе их за границу, которая может и должна быть усовершенствована. Так, в целях защиты детей от жестокого обращения Российская Федерация заключила в 2012 г. международные договоры с США и Французской Республикой [11], предусматривающие сохранение у усынов-

ляемых (удочеряемых) детей гражданства России даже при получении ими гражданства названных государств и обеспечении в дальнейшем постоянного контроля за судьбой данных детей, что не просто позволяет поставить под сомнение взгляды отдельных белорусских исследователей о недопустимости множественного гражданства, его исчезновении и утрате его значения, подтверждая ранее изложенное нами предположение о развитии в международном праве множественного гражданства и формировании права на него, а говорит о возможности более цивилизованной и эффективной защиты прав детей, в том числе при появлении новых технологий в биологической сфере. Представляется, что такой опыт мог бы использоваться и в праве Беларуси. При этом, учитывая новую практику однополых браков, введенную отдельными странами, в том числе Францией, Испанией, Нидерландами, полагаем невозможным допущение усыновления (удочерения) такими парами, в том числе в связи с тем, что данное обстоятельство способствует раскрытию тайны усыновления (удочерения) при биологической невозможности деторождения, а также не соответствует нормам христианской морали [32].

Учитывая, что в Беларуси установлены различные правила использования принципа «эффективного гражданства» для правовой регламентации правового статуса иностранных граждан, обладающих множественным гражданством (например, подготовленная с участием автора статья 1103 Гражданского кодекса Республики Беларусь [33] и статья 2 Закона Республики Беларусь от 4 января 2010 г. «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» [34]), полагаем необходимость взаимного согласования данных правил. При этом, исходя из верховенства норм кодекса над нормами иных законов, полагаем оправданным использовать основные правила статьи 1103 Гражданского кодекса Республики Беларусь. Однако считаем, что данные нормы могут быть дополнительно усовершенствованы при условии включения в них положений о том, что правовой статус гражданина при использовании соответствующих правил «эффективного гражданства» должен определяться прежде всего самим гражданином, что позволит также исключить конфликт суверенитетов при использовании данного принципа и способствует более эффективной защите прав человека на гражданство.

При этом с учетом сложившейся правоприменительной практики об индивидуальном предоставлении двойного гражданства в Республике Беларусь [8] полагаем оправданным закрепление в законодательстве четких норм о возможности бипатризма в Республике Беларусь и в случаях, не предусмотренных международными договорами, а также возможности расширения прав Главы государства в этой сфере.

Кроме того, при возможном формировании политики бипатризма, предпосылки чему созданы прекращением действия отдельных международных

договоров СССР о воспрепятствовании множественному гражданству, отсутствием международных договоров об избежании двойного и иного множественного гражданства со странами СНГ, развивающими бипатризм, а также рядом иных государств, придерживающихся аналогичной политики, что позволяет гражданам самостоятельно решать вопрос о приобретении ими дополнительных гражданств, полагаем приемлемым (наряду с Латвией [35], Бельгией [36]) с учетом необходимости защиты национальных интересов указывать в законодательных актах нормы о том, в отношении каких государств бипатризм не будет признаваться при отсутствии международных договоров о его регламентации с соответствующими странами, что позволяет регулировать систему бипатризма с наименьшими угрозами для суверенитета страны.

С учетом изложенного представляется возможным сделать следующие выводы.

В настоящее время увеличивается число государств, признающих и развивающих множественное гражданство путем формирования соответствующих норм национального права и международных договоров в контексте формирования права на множественное гражданство. В этой связи для Беларуси возникла необходимость формирования новых норм права, которые бы минимализировали угрозы множественного гражданства и использовали его благоприятные последствия в условиях необходимости удовлетворения экономических, демографических и иных потребностей государства и развития системы прав человека.

Страны СНГ не выработали единой позиции в отношении множественного гражданства. Во многом это обусловлено различием подходов к правопреемству гражданств бывших союзных республик при формировании новых гражданств. Формирование новых гражданств на постсоветском пространстве привело к увеличению числа случаев множественного гражданства, которое пока не нашло своей достаточной правовой регламентации, что в перспективе может породить серьезные проблемы в различных сферах государственных и общественных отношений.

Беларусь, в отличие от отдельных сопредельных государств, обеспечивающих правопреемство своих прежних гражданств и признающих множественное гражданство (например, Латвия, Польша, Россия), и ряда стран СНГ, при формировании своего нового гражданства с 1991 г. не обеспечила правопреемство ранее существовавшего с 1918 г. белорусского гражданства, устранив тем самым отдельные проблемы множественного гражданства и сократив число лиц, которые могут быть признаны ее гражданами, что представляется неоправданным как с правовой точки зрения, так и с точки зрения демографической безопасности, программы по обеспечению которой направлены на возвращение соотечественников и ускоренное увеличение числа населения страны.

Представляется, что обеспечение полного правопреемства белорусского гражданства будет способствовать решению проблем демографической безопасности, привлечению инвестиций и росту экономического и оборонного потенциалов страны, обеспечению прав человека, в том числе права на гражданство, сопряженного с запретом на лишение гражданства, которое может происходить в ряде случаев, в том числе при использовании «нулевого варианта» при формировании гражданства. Вместе с тем признание прежнего белорусского гражданства может повлечь увеличение числа случаев множественного гражданства и сопряженных с ним проблем.

Ввиду того что, в силу несогласованности правовых актов различных государств о гражданстве, возникает множество ситуаций скрытого бипатризма, при котором государство не владеет информацией о том, гражданствами каких еще стран обладает ее гражданин. При этом бипатриды также сталкиваются с проблемами, вызванными необходимостью реализации своих прав и обязанностей в нескольких государствах гражданства, зачастую сопряженных с конфликтами интересов соответствующих государств. К данным условиям Республика Беларусь пока еще не в полной мере готова, что порождает угрозы национальной безопасности при регулируемом развитии институтов множественного гражданства в ряде стран миграционного обмена, в том числе в сопредельных государствах и ряде стран СНГ. Для устранения таких проблем необходимо совершенствование национального права, в том числе путем определения единых подходов к использованию института «эффективного гражданства», применяемого в Республике Беларусь, путем установления единых правил его использования и отказа от него в перспективе при доминировании права человека на выбор самостоятельного признания за ним своего правового статуса. Также необходимо формирование новых норм права с целью обеспечения национальной безопасности, в том числе в экономической и политической сферах, а также направленных на возможность адекватного обеспечения прав, обязанностей и ответственности бипатрида. Ввиду специфики бипатризма и невозможности его устраниния в одностороннем порядке наибольшей эффективности в процессе решения его проблематики можно добиться путем заключения двух- и многосторонних международных договоров, в том числе в рамках интеграционных объединений, в которых участвует Республика Беларусь.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Белов А. В. Международно-правовые аспекты двойного гражданства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / С.-Петербург. гос. ун-т. – СПб., 2002.
2. Ващекевич А. Е. Гражданство Республики Беларусь и стран ЕС: сравнительно-правовой анализ // Европейский союз: история, политика, экономика, право : материалы Междунар. науч.-практ. конф., Минск, 17–18 дек. 1997 г. / Белорус. гос. ун-т. – 1998. – С. 206–210.

3. Богославский А. А. Реализация правового статуса лиц с множественным (двойным) гражданством : конституционно-правовые аспекты : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – Владикавказ, 2011.
4. Ли С. Д. Вопросы гражданства в международном праве : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. – М., 2002.
5. Чуприс О. И. Конституционно-правовые проблемы гражданства в странах Содружества Независимых Государств: сравнительно-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – Минск, 1998.
6. О гражданстве Республики Беларусь : Закон Респ. Беларусь, 1 авг. 2002 г., № 136-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 04.01.2010 г. // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
7. О гражданстве Республики Беларусь : Закон Респ. Беларусь, 18 окт. 1991 г., № 1181-XII // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «Юрспектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
8. Стенограмма пресс-конференции Президента Республики Беларусь А. Г. Лукашенко представителям средств массовой информации регионов России // Официальный интернет-портал Президента Республики Беларусь [Электронный ресурс]. – URL : <http://www.president.gov.by/press140561.html#doc>.
9. Послание Президента Федеральному Собранию 12 декабря 2012 года // Президент России [Электронный ресурс]. – URL : <http://kremlin.ru/news/17118>.
10. Соглашение между Российской Федерацией и Туркменистаном об урегулировании вопросов двойного гражданства [совершено в г. Ашхабаде, 23 дек. 1993 г.] // Собр. законодательства РФ. – 1996. – № 10. – Ст. 830.
11. Консультант Плюс : Беларусь. Версия Проф. Технология. Проф-2012 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. – М., 2013.
12. O obywatelstwie polskim : Ustawa, 2 kwietnia 2009 r. // Dziennik ustaw rzeczypospolitej polskiej. – 2012. – 14 lutego. – Pozycja 161.
13. О позиции Конституционного Суда Республики Беларусь по Закону Республики Польша «О карте поляка» : решение Конст. Суда Респ. Беларусь, 7 апр. 2011 г., № П-258/2011 // Конституционный Суд Республики Беларусь [Электронный ресурс] – Минск, 2011. – URL : <http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=23203>.
14. О введении в действие Закона Республики Беларусь «О гражданстве Республики Беларусь»: постановление Верхов. Совета Респ. Беларусь, 18 окт. 1991 г., № 1182-XII // Ведамасці Вярхоўн. Савета Рэсп. Беларусь. – 1991. – № 32. – Ст. 582.
15. Национальный архив Республики Беларусь. Фонд 810. – Оп. 1. – Единицы хранения: 20, лл. 28–29 // Отдел финансов Минского губернского революционного комитета.
16. Мирный договор между Россией и Украиной с одной стороны, и Польшей с другой [подписано в г. Риге, 18 марта 1921 г.] // Собр. узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 1921. – № 41–42. – Ст. 219.
17. Национальный архив Республики Беларусь. Фонд 6. – Оп. 1. – Единицы хранения: 11, лл. 229–230. Центральный Исполнительный Комитет (ЦИК) БССР.
18. О признании утратившим силу постановления Совнаркома ССРБ от 19 ноября 1921 г.: постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 3 марта 1992 г. № 112 // Збор пастаноў Урада Рэсп. Беларусь. – 1992. – № 7. – Ст. 107.

19. О признании утратившими силу некоторых решений Правительства БССР : постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 15 авг. 2007 г., № 1039 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2007. – № 200. – 5/25660.
20. Гойхбарг А. Г. Международное право. – М. : Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1928.
21. Гайдуков Д. А. Гражданство СССР. – М. : Изд-во «Ведомостей Верховного Совета РСФСР», 1940.
22. О введении в действие кодекса законов о браке, семье и опеке : постановление IV сессии Централ. Исполнит. Ком. Белорус. Социалист. Сов. Респ., 27 янв. 1927 г. // Собр. законов и распоряжений Рабоче-крестьян. правительства Белорус. Соц. Сов. Респ. – Отдел первый. – 1927. – № 7. – Ст. 26.
23. Фарберов Н. О советском гражданстве (консультация) // Известия. – 1946. – 20 нояб. – С. 3.
24. Органы государственного управления Белорусской ССР (1919–1967 гг.) / АН БССР, Ин-т филос. и права ; редкол. : Г. Ф. Басов [и др.]. – Минск : Наука и техника, 1968.
25. Белорусская ССР в международных отношениях : Международные договоры, конвенции и соглашения Белорусской ССР с иностранными государствами (1944–1959) / ред. К. В. Киселева. – Минск : Изд-во АН БССР, 1960.
26. О ратификации Конвенции о гражданстве замужней женщины : Указ Президиума Верхов. Совета Белорус. ССР, 19 сент. 1958 г. // Собр. законов, указов Президиума Верхов. Совета Белорус. ССР, постановлений и распоряжений Совета Министров Белорус. ССР. – 1958. – № 9. – Ст. 155.
27. Нота Посольства Венгерской Республики в Москве от 12 мая 1992 г. № 12/X/28-2/92 // Док. консульского упр. М-ва иностр. дел Респ. Беларусь. – 1 л.
28. 224/2010. (VIII. 4.) Korm. rendelet a magyar állampolgárságról szóló 1993. évi LV. törvény végrehajtásáról szóló 125/1993. (IX. 22.) Korm. rendelet módosításáról // Az Ország háza [Elektronikus forrás]. – URL : <http://www.parlament.hu>.
29. О ратификации Протокола между Республикой Беларусь и Чешской Республикой об урегулировании вопросов правопреемства в отношении международных договоров между бывшим Союзом Советских Социалистических Республик и бывшей Чешской и Словакской Федеративной Республикой : Закон Респ. Беларусь, 1 нояб. 2002 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2002. – № 128. – 2/891.
30. О вспомогательных репродуктивных технологиях : Закон Респ. Беларусь, 7 янв. 2012 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2012. – № 8. – 2/1893.
31. О дополнительных мерах по государственной защите детей в неблагополучных семьях : Декрет Президента Респ. Беларусь, 24 нояб. 2006 г., № 18 : в ред. Декрета Президента Респ. Беларусь от 04.01.2010 г. // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
32. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви // Официальный портал Белорусской Православной Церкви [Электронный ресурс]. – URL : <http://www.church.by>.
33. О внесении дополнений и изменений в Гражданский кодекс Республики Беларусь : Закон Респ. Беларусь, 28 дек. 2009 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2010. – № 6. – 2/1650.
34. О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь : Закон Респ. Беларусь, 4 янв. 2010 г. : в ред. Закона Респ. Бела-

русь от 25.11.2011 // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Наци. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

35. Saeima adopts provisions on recognition of dual citizenship (09.05.2013.) // Latvijas Republikas Saeima [Electronic resource]. – URL : <http://www.saeima.lv/en/news/saeima-news/20957-saeima-adopts-provisions-on-recognition-of-dual-citizenship>.

36. Code de la nationalité belge // DroitBelge.Net [Ressource électronique]. – URL : <http://www.droitbelge.be/codes.aspx#nat>.

Статья поступила в редакцию 20.07.2013 г.

КАТЕГОРИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В МЕЖДУНАРОДНОМ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОМ ПРАВЕ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Е. А. Дейкало

В статье анализируется сущность категории ответственности в международном и внутригосударственном праве. Проводя сравнительно-правовой анализ, автор рассматривает категорию ответственности через призму особенностей, характерных для национального и международного права как различных правовых систем. В результате делается вывод о невозможности и нецелесообразности оценки эффективности функционирования международно-правовой ответственности при помощи категорий внутригосударственного права.

The article is devoted to the analysis of the essence of category of responsibility in international and in national law. Making a comparative legal analysis, the author looks at the category of responsibility taking into account specific features, typical for national and international law systems. One of the main conclusions is about impossibility and inexpediency of evaluation of international responsibility through the categories of national law.

Ключевые слова: правовая система, юридическая ответственность, негативная ответственность, позитивная ответственность, принуждение, правоотношения ответственности, правосознание.

Keywords: legal system, legal responsibility, negative responsibility, positive responsibility, enforcement, legal relationship, sense of justice.

Юридическая ответственность – один из видов социальной ответственности наряду с моральной, религиозной, исторической, политической и т. д., который имеет свои особенности, вытекающие из специфики системы, в которой данный вид ответственности действует, – правовой системы. Общесоциальный характер ответственности присущ юридической ответственности, существующей в любой правовой системе – как во внутригосударственном, так и в международном праве. В рамках национального права речь идет об ответственности членов общества, существующего

внутри государства и являющегося его неотъемлемой частью (т. е. субъектов национального права), перед этим государством. В рамках международного права речь идет об ответственности членов международного сообщества – в основном государств и международных организаций (т. е. субъектов международного права) – за свои действия перед самим данным сообществом.

Процесс становления международно-правовой ответственности проходил довольно сложно и очень долго. Эволюционировав более чем за 100 лет из принципа (конец XIX – начало XX в.) в самостоятельную отрасль международного права (начало XXI в.), международно-правовая ответственность была и остается юридическим стержнем международного права – тем, что делает международное право правом. Итальянский юрист-международник Р. Аго отмечал, что тот, кто отрицает идею ответственности государств, отрицают существование международного правопорядка [1, р. 205]. Вместе с тем концепция ответственности в международном праве неизбежно сталкивается с концепцией суверенитета, которая выражается в принципе суверенного равенства основных субъектов международного права – государств. Французский ученый А. Пелле отмечает в этой связи, что ответственность оказывает влияние на категорию суверенитета, также как и присутствие суверенитета в межгосударственных отношениях не может не влиять на концепцию международно-правовой ответственности (далее – МПО) [2, р. 3].

В определенной степени это осложняет процесс реализации норм международного права. В этой связи функционирование международно-правовой ответственности часто определяют как неэффективное. Более того, иногда с точки зрения некоторых юристов, занимающихся внутригосударственным правом, либо просто людей, скептически настроенных в отношении международного права, такая «неэффективность» ставит под сомнение юридическую сущность международного права, превращая его в некую политическую категорию.

Основной проблемой и одновременно ошибкой в данном контексте является попытка применить содержание основных категорий, связанных с институтом ответственности во внутригосударственном праве (состав правонарушения, вина, ущерб, реализация ответственности, государственное принуждение), к таким же категориям, существующим в рамках международно-правовой ответственности. Так как данные категории a priori не могут применяться в рамках международного права в том смысле, в котором применяются в национальном праве, то в результате таких неудачных попыток, как правило, и появляются нигилистические суждения относительно неполноценности международного права как правовой системы.

На наш взгляд, необходимо полностью абстрагироваться от понимания и оценки эффективности международного права с помощью категорий вну-

тригосударственного права. Проводя сравнительный анализ любых правовых категорий в данном контексте, следует «примерять» к двум данным правовым системам одни и те же понятия, в каждом случае тщательнейшим образом учитывая специфику каждой из указанных систем.

Специфика международного права как системы и его отличие от внутригосударственного проявляется в четырех аспектах: специфические субъекты, специфический объект правового регулирования, специфика процесса нормотворчества и специфика процесса правореализации. В международном праве субъекты, обладающие суверенным равенством, занимаются и правотворчеством, и правореализацией. При этом ключевую роль в этих процессах играет их воля. Итальянский юрист-международник А. Кассезе отмечает, что международный правопорядок – таков, каким его делают сами субъекты [3, р. 3]. Безусловно, все это не может не отразиться на сущности и на понимании категории международно-правовой ответственности. Многие авторы отмечают особую необходимость учета специфики международно-правовой ответственности при исследовании либо оценке данной категории, а особенно при ее сравнении с ответственностью во внутригосударственном праве [2, р. 3; 4, с. 12; 5, с. 38].

Следует особо подчеркнуть, что ни в международном, ни во внутригосударственном праве в настоящий момент не существует общепризнанного определения юридической ответственности, как и, собственно, единого понимания данной категории.

Все рассуждения о понятии ответственности в юриспруденции сводятся, как правило, к соперничеству двух основных концепций – позитивной (проспективной) ответственности и негативной (ретроспективной) ответственности. Позитивная ответственность возникает до совершения правонарушения и состоит в правомерном поведении субъекта, осознании обязанности действовать правомерно. Концепция негативной ответственности сводится к тому, что ответственность может наступать лишь за уже совершившееся правонарушение и всегда должна быть связана с претерпеванием субъектом каких-либо отрицательных последствий.

Подавляющее большинство юристов рассматривают категорию ответственности исключительно в негативном аспекте, отрицая присутствие позитивного аспекта как необходимого и в принципе как юридически значимого.

При этом среди сторонников концепции негативной ответственности существует два основных подхода к сути данной категории. Один заключается в том, что ответственность – это мера государственного принуждения. Данный подход характерен для советской школы теории права [6, с. 36; 7, с. 314; 8, с. 42], а также и для современной российской правовой доктрины [9, с. 636]. Другой подход к понятию ответственности состоит в том, что ответственность – это сама обязанность нести кару за правонарушение или само несение такой кары [7, с. 51]. Данная точка зрения является господствующей в белорусской доктрине теории права [10, с. 416; 11, с. 436].

Несмотря на различное понимание сути негативной ответственности разными авторами, можно выделить ее основные элементы: совершение международно-противоправного деяния, принуждение к исполнению обязанности со стороны государства, юридическое осуждение, общественное осуждение, наказание как отрицательное последствие (либо в форме лишения права, либо в форме возложения обязанности, либо в смешанной форме, сочетающей в себе два данных элемента).

В контексте международно-правовой ответственности можно смело говорить о наличии каждого из этих элементов.

Что касается *совершения международно-противоправного деяния* (далее – МПД), то в соответствии с одним из основных принципов права международной ответственности, имеющим статус обычноправовой нормы, каждое международно-противоправное деяние субъекта международного права влечет за собой его МПО (ст. 1 Проекта статей об ответственности государств за противоправные деяния 2001 г. (далее – ПСОГ) [12] и ст. 3 Проекта статей об ответственности международных организаций 2011 г. (далее – ПСОМО) [13]).

Под *юридическим осуждением* понимается наличие нормативно закрепленных правовых последствий противоправного деяния, что также имеет место в обоих проектах статей (Часть II ПСОГ и Часть III ПСОМО). В контексте МПО также можно говорить о присутствии *общественного осуждения* – осуждения со стороны международного сообщества в случае любого нарушения норм международного права. Причем в отличие от национального права такое общественное осуждение может принимать документальную форму (например, принятие осуждающей резолюции Генеральной Ассамблеи ООН).

Также можно говорить о присутствии в рамках МПО такого элемента, как определенные *отрицательные последствия для правонарушителя*. Однако здесь вряд ли можно употреблять термин «наказание». Использование данного термина предполагает наличие вертикальных правоотношений, в которых один субъект может в принудительном порядке подвергнуть другого какому-либо наказанию. Исходя из суверенного равенства субъектов международного права, нельзя говорить о возможности наказания одним субъектом другого. Тем не менее в международном праве в качестве отрицательных последствий выступают юридические последствия совершения МПД, к которым относятся: обязанность прекратить противоправное деяние, предоставить гарантии его неповторения, если того требуют обстоятельства, и обязанность возместить причиненный ущерб (ст. 28–31 ПСОГ и ст. 28–31 ПСОМО). Таким образом, видно, что в основном отрицательные последствия в международном праве существуют в форме наложения обязательств. Вместе с тем могут быть случаи возникновения таких последствий и в форме лишения прав. Например, когда государство –

член какой-либо международной организации за нарушения устава, либо каких-либо иных правил организации лишается права голоса, либо вообще, в качестве крайней меры, лишается права членства в данной организации.

Что же касается *государственного принуждения*, то, безусловно, в рамках МПО мы не можем говорить о наличии такого элемента в том понимании, в котором он существует во внутригосударственном праве. Это, опять же, обусловлено суверенным равенством государств и отсутствием, вследствие этого, аппарата государственного принуждения в международном праве. Однако, как отмечал советский ученый П. Курис, принуждение нельзя отождествлять только с государственным принуждением [14, с. 18]. По мнению российского профессора И. И. Лукашука, ответственность может реализовываться и без санкций и государственного принуждения [15, с. 16].

В международно-правовых отношениях имеют место определенные механизмы принуждения, которые активизируются в случае невыполнения субъектом своих вторичных обязательств, вытекающих из правоотношений ответственности (т. е. юридических последствий, о которых говорилось выше). К ним относятся контрмеры (индивидуальные меры принуждения) и санкции (коллективные меры принуждения). Здесь также необходимо оговориться, что институт санкций в международном праве имеет совершенно иное содержание, нежели в национальном. Санкции в международном праве выступают не как структурный элемент нормы права, а как отдельный институт, регламентирующий принятие мер принуждения к выполнению вторичных обязательств, вытекающих из правоотношения ответственности. То есть определенные меры принуждения все же могут быть предприняты по отношению к нарушителю международно-правовых норм. При этом их применение регламентировано. Что касается контрмер, то условия, пределы и т. д. строго оговорены в ст. 49–54 ПСОГ и ст. 51–57 ПСОМО; санкций – единого акта, регламентирующего порядок их применения, нет. Тем не менее правила их применения также имеются и должны соблюдаться. Отступление от данных правил само по себе является нарушением международного права.

Таким образом, в международном праве *отсутствует аппарат государственного принуждения, но не сам институт принуждения*.

Исходя из приведенного анализа, можно утверждать, что негативная составляющая МПО имеет место в таком же составе, как и в национальном праве, однако содержание некоторых элементов негативного аспекта в данном случае несколько иное, что абсолютно естественно, если мы говорим об иной правовой системе.

Если говорить о позитивном аспекте категории ответственности, то в нем заключается основная специфика понимания категории МПО. Авторы, придерживающиеся концепции позитивной ответственности, определяют

ее как обязанность действовать правомерно, возникающую у субъекта уже тогда, когда он приступает к исполнению своих обязанностей, а не только тогда, когда он их не выполняет. Ответственность, с точки зрения, в частности, советского юриста П. С. Недбайло, – это положительное отношение индивида к своим обязанностям, чувство долга [16, с. 50–52]. Другой советский теоретик права В. М. Горшнев определял ответственность как признаваемую государством способность лица отдавать отчет в своем противоправном деянии и претерпевать на себе меры государственного принудительного воздействия [17, с. 104]. В. А. Терехов отмечал, что ответственность существует всегда, но применяется только тогда, когда нарушается обязательство и возникает необходимость в призвании к ответственности [18, с. 4–5]. М. С. Строгович говорил, что позитивная ответственность выражается в осознании лицом правового долга, необходимости неуклонно и добровольно исполнять свои обязанности [19, с. 75]. Таким образом, сторонники позитивной ответственности стоят на позиции включения в понятие ответственности не только негативного аспекта, но и позитивного.

Как уже было упомянуто, сторонники понимания ответственности в негативном смысле отрицают присутствие в понятии ответственности позитивного аспекта как необходимого. Хотя некоторые из них (например, белорусский профессор С. Г. Дробязко) справедливо отмечают, что «в обществе ответственность играет немалую роль во внедрении в сознание людей активной ответственности» [11, с. 436]. Коллектив белорусских авторов (А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбаток, В. А. Кучинский), напротив, считает, что позитивную ответственность вообще невозможно рассматривать в качестве юридической, и позиционирует данные категории как «ответственность позитивная» и «ответственность юридическая» [10, с. 422].

Отрижение в понятии ответственности позитивного аспекта как необходимого связано, прежде всего, с пониманием противоправного деяния в национальном праве, а точнее, с пониманием вины как его необходимого элемента. Естественно, вина может присутствовать только в случае уже нарушенной нормы. Позитивный аспект в данном случае кажется необязательным.

Вместе с тем нельзя не отметить, что понимание позитивной ответственности, так же как и негативной, неоднозначно. Данная категория может пониматься в двух смыслах: позитивная ответственность как осознание своего долга перед обществом и позитивная ответственность как обязанность действовать правомерно. Хотя некоторые из упомянутых авторов соединяют данные характеристики позитивной ответственности (в частности, М. С. Строгович), с нашей точки зрения, это совершенно разные трактовки.

Первая связана исключительно с личным отношением субъекта к своим действиям и действительно не может составлять суть юридической кате-

гории. Вторая – может быть не закреплена на нормативном уровне и тогда может являться частью первой (то есть частью личного отношения к своему поведению, когда субъект ощущает свой долг перед обществом и осознает, что он обязан действовать правомерно). Такая ситуация складывается в рамках внутригосударственного права.

Что касается МПО, здесь складывается иная ситуация, при которой общая для всех субъектов обязанность действовать правомерно, соблюдать свои международно-правовые обязательства закреплена на нормативном уровне и, более того, имеет статус императивной нормы. Речь идет об одном из общепризнанных принципов международного права – принципе *pacta sunt servanda* (лат. – договоры должны соблюдаться), который трактуется как принцип добросовестного соблюдения своих обязательств.

Таким образом, принципиальная разница между двумя данными трактовками позитивной ответственности в том, что обязанность осознавать свой долг никоим образом не может быть закреплена в качестве правовой нормы, в отличие от обязанности действовать правомерно, которая может как не иметь нормативного закрепления, так и, напротив, являться нормой права.

Безусловно, субъект национального права тоже обязан действовать в рамках закона. Однако в национальном праве нормативно закреплены лишь конкретные нормы, регулирующие те или иные правоотношения, за нарушение которых субъект несет ответственность. Нарушить же или нет ту или иную норму является личным выбором субъекта и регулируется исключительно нормами как его внутренней, так и общественной морали.

В международном праве, в отличие от национального права, как было отмечено выше, обязанность действовать правомерно закреплена на нормативном уровне, в качестве юридически обязательного правила императивного характера. То есть, нарушая ту или иную норму, субъект международного права не только делает свой выбор, руководствуясь собственными мотивами и интересами, но и нарушает императивную норму международного права. Как отмечает российский юрист-международник О. И. Тиунов, нарушение субъектом международного права своих международных обязательств порождает вопрос о его ответственности не только за отход от заключенного соглашения, но и за нарушение принципа добросовестного соблюдения международных обязательств [20, с. 93]. В данном контексте невозможно согласиться с тезисом упомянутого коллектива отечественных авторов о том, что позитивное понимание ответственности находится вне юридической связи «норма права – правонарушение – правовое воздействие в виде наказания», т. е. не имеет правовой значимости [10, с. 422]. Если выразиться точнее, данный тезис обоснован применительно к ответственности по внутригосударственному праву, но совершен но не работает в применении к международному праву. В случае МПО в ее позитивном аспекте как раз присутствует такая юридическая связь, о

которой говорят авторы: норма права (принцип *pacta sunt servanda*) – правонарушение (в случае нарушения конкретных обязательств всегда нарушается и указанный принцип) – правовое воздействие (наступление определенных юридических последствий).

Таким образом, в отличие от национального права, в международном праве споры о присутствии либо отсутствии позитивного аспекта в понимании МПО безосновательны, так как позитивный аспект в данном случае присутствует a priori. Однако именно в смысле обязанности действовать правомерно российский исследователь Р. Л. Хачатуров отмечает, что позитивная ответственность в международном праве представляет собой общее требование по обеспечению законности и правопорядка для всех субъектов международного права. Если они выполняют свои обязательства, то такое поведение считается юридически ответственным в смысле реализации позитивного аспекта правовой ответственности. То есть сущность позитивной ответственности в международном праве состоит в исполнении обязанности всех субъектов международно-правовых отношений действовать таким образом, чтобы нормы и принципы международного права претворялись в жизнь [21, с. 25].

Таким образом, категория МПО состоит из двух аспектов – позитивного и негативного. И. И. Лукашук, например, называет это «внутренней» и «внешней» ответственностью. Внутренняя ответственность обеспечивает должный уровень выполнения обязательств, за нарушение которых установлена внешняя ответственность [15, с. 14].

Исходя из этого можно сделать вывод, что международная ответственность имеет место всегда: до совершения противоправного деяния она существует в позитивной форме, затем происходит факт совершения противоправного деяния, – и ответственность начинает реализовываться в негативной форме. Также можно утверждать, что до совершения правонарушения ответственность как бы находится в пассивной форме, т. е. нормы, регулирующие юридические последствия совершения международно-противоправного деяния, не активизированы. В случае же совершения противоправного деяния, т. е. наступления основания возникновения ответственности, такие нормы активизируются и ответственность начинает реализовываться в своей активной форме. В таком контексте особенностью международного права является то, что позитивный и негативный аспекты имеют нормативное закрепление, но регулируются различными нормами. Позитивный аспект – первичными нормами, налагающими обязательство, негативный – вторичными нормами, закрепляющими последствия невыполнения такого обязательства.

Следует подчеркнуть, что в регуляции соблюдения международно-правовых норм преобладает именно позитивный аспект ответственности. Р. Л. Хачатуров отмечал, что позитивная ответственность занимает не-

сравнительно большее место в международных отношениях, чем ретроспективная, и именно она играет первостепенную роль в деле развития сотрудничества всех государств [21, с. 25].

Безусловно, необходимо признать, что такая концепция укладывается в рамки внутригосударственного права с определенными сложностями. В первую очередь это сложности, связанные с вертикальным построением системы правоотношений между субъектами правотворчества, правореализации и адресатами норм права. В рамках национального права элемент государственного принуждения играет особую роль, так как отсутствует элемент согласования воли субъектов по поводу содержания норм права и механизмов их реализации. Субъект национального права как бы ставится перед фактом, что он должен соблюдать те или иные нормы права, и в случае их неисполнения его ждет определенное наказание. В результате негативный аспект играет куда большую роль, нежели позитивный, так как между теми, кому адресованы правовые нормы, и теми, кто их адресует и кто следит за их исполнением, установлены отношения соподчинения, в которых один субъект законодательно уполномочен контролировать поведение другого.

В международном праве складывается иная система взаимоотношений между субъектами. Как уже подчеркивалось выше, международное право как правовая система уникально тем, что его субъекты одновременно являются и адресатами норм права, и правотворцами, и правореализаторами. При этом основной принцип, который лежит в основе всего международного правотворчества и любых правоотношений в рамках международноправового регулирования – согласование воли субъектов. В данном случае отношения между субъектами выстроены по горизонтали. Они (субъекты) равны между собой в правах и обязанностях и должны уважать и не нарушать такое равенство. Они согласуют свои воли относительно содержания норм, регулирующих их правоотношения в различных областях, и сами же следят за их выполнением.

Таким образом, вполне естественно, что субъекты такой правовой системы будут в первую очередь стараться соблюдать то, что они закрепили для себя в качестве правовой нормы. Сознательное соблюдение норм в данном случае – лучший правоохранительный механизм, так как всегда более добросовестно соблюдается то, с чем субъект согласился, чем то, что ему преподнесено сверху как данное.

В этом контексте возникает также и такой вопрос, как соответствие содержания и качества норм потребностям субъектов, которым они адресованы. В национальном праве законодатель в некоторых случаях весьма далек от истинных потребностей субъектов права, что отчасти влечет за собой стремление данных субъектов, опять же в некоторых случаях, обойти закон. Безусловно, в международном праве также существуют случаи нарушения установленных норм, однако данных случаев несоизмеримо меньше, чем во внутригосударственном.

Отметим, что присутствие позитивного аспекта в рамках категории ответственности и уделение ему должного внимания выводят любую систему права на качественно новый уровень развития и существования.

Реализация позитивной ответственности требует соответствующего уровня правосознания, к которому общество приходит лишь на определенном этапе своего развития. Правосознания, требующего уважения норм права под угрозой внешнего воздействия, недостаточно. Развитое правосознание воспринимает общепринятые нормы как необходимые, отвечающие общим и индивидуальным интересам [15, с. 14].

Можно утверждать, что для должного понимания международного права как правовой системы необходимо обладать как раз вторым, более развитым видом правосознания. Соответственно, нигилистические суждения относительно правовой природы и эффективности МПО базируются как раз на том, что в сознании людей – субъектов внутригосударственного права – прочно закреплена формула «я соблюдаю право, потому что боюсь наказания». Следовательно, «если после нарушения не следует наказания – не соблюдать право не страшно и можно его нарушать, когда нужно», а значит, такое право неэффективно.

Однако международное право, в отличие от внутригосударственного, это саморегулирующаяся правовая система, построенная на соблюдении субъектами правовых норм, выработанных ими самими в процессе согласования воли. В таком контексте, безусловно, категория ответственности рассматривается в первую очередь в позитивном аспекте, так как именно эта саморегуляция и достигается за счет осознанного стремления соблюдения установленных правил, а также за счет осознания необходимости их соблюдения *во благо своих же собственных интересов, а не под страхом наказания*. В этом смысле, на наш взгляд, позитивный аспект ответственности очень важен и в понимании категории ответственности во внутригосударственном праве. Правосознание, базирующееся лишь на страхе наказания за несоблюдение норм права, свидетельствует о невысоком уровне развития общества в целом и правовой культуры данного общества в частности.

Подводя итог сказанному, следует подчеркнуть, что при попытке уместить международно-правовую ответственность в прокрустово ложе внутригосударственного права из виду упускается очень важная деталь, имеющая определяющее значение, – международное право является *качественно иной правовой системой*.

Советский юрист-международник Ю. М. Колосов справедливо подчеркивал, что международное право представляет собой особое общественное явление, особую систему права, качественно отличающуюся от национального права. Юридические понятия и категории внутригосударственного права только внешне совпадают с соответствующими междуна-

родно-правовыми. По существу они зачастую совершенно различны, имеют иную природу и иное значение [21, с. 36].

А. Кассезе говорит о том, что право совершенно необязательно должно быть адресовано физическим и юридическим лицам и иметь централизованные институты, отвечающие за правотворчество и правообеспечение [3, р. 3]. Здесь же можно привести слова А. Пелле о том, что если в рамках нормативной системы нарушение нормы ведет к определенным последствиям, несомненно, такую систему можно назвать правовой [2, р. 4].

Тот факт, что мы привыкли считать правом исключительно внутригосударственное право, не означает, что правовая система, существующая в другом измерении и регулирующая отношения между субъектами иного рода, чем физические и юридические лица, это не правовая система, а также не означает того, что эффективность этой иной правовой системы, эффективность функционирования института ответственности, существующего в ее рамках, нужно и можно измерять с помощью понятий и категорий, характерных для внутригосударственного права.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Third report on state responsibility, by Mr. R. Ago, Special Rapporteur : UN Doc: A/CN.4/246 and Add.1-3 // Yearbook of the international law commission. – 1971. – Vol. II (1). – P. 200–274
2. Pellet A., Crawford J., Olleson. S. The definition of responsibility in international law // The law of international responsibility. – New York, 2010. – P. 3–16.
3. Cassese A. International law // McGill Law Student's Association [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://lسا.mcgill.ca/pubdocs/>.
4. Лукашук И. И. Право международной ответственности. – М. : Волтерс Кluver, 2004.
5. Левин Д. Б. Ответственность государств в современном международном праве. – М. : Междунар. отношения, 1966.
6. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность : (Очерк теории). – М. : Юрид. лит., 1976.
7. Иоффе О. С. Вопросы теории права. – М. : Госюриздан, 1961.
8. Шаргородский М. Д. Детерминизм и ответственность // Правоведение. – 1968. – № 1. – С. 41–47.
9. Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права (право) : учебник : в 2 т. – М. : Проспект, 2010. – Т. 2. – 643 с.
10. Вишневский А. Ф., Горбаток Н. А., Кучинский В. А. Общая теория государства и права : учебник / под общ. ред. В. А. Кучинского. – Минск : Интегралполиграф, 2009.
11. Дробязко С. Г. Общая теория права : учеб. пособие. – Минск : Амалфея, 2010.
12. Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г. со смежными комментариями // Доклад Комиссии между-

народного права о работе ее пятьдесят третьей сессии : док. ООН : A/56/10. – Нью-Йорк : ООН, 2001. – С. 46–379.

13. Проект статей об ответственности международных организаций с комментариями, принятый во втором чтении // Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят третьей сессии : док. ООН : A/66/10. – Нью-Йорк : ООН, 2011. – С. 77–201.

14. Курис П. М. Международные правонарушения и ответственность государства. – Вильнюс : Минтис, 1973.

15. Недбайло П. Е. Система юридических гарантий применения советских правовых норм // Правоведение. – 1971. – № 3. – С. 49–54.

16. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М. : Юрид. лит., 1972.

17. Терехов В. А. Ответственность по советскому государству и праву. – Саратов : Изд-во Саратов. гос. ун-та, 1973. – С. 183.

18. Строгович М. С. Сущность юридической ответственности // Сов. государство и право. – 1979. – № 5. – С. 72–78.

20. Тиунов О. И. Принцип соблюдения международных обязательств. – М. : Междунар. отношения, 1979.

21. Хачатуров Р. Л. Ответственность в международном праве // Право и политика. – 2005. – № 8. – С. 24–43.

Статья поступила в редакцию 12.07.2013 г.

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ОБСЕ С ИНЫМИ МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ В ОБЛАСТИ ПОДДЕРЖАНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО МИРА И БЕЗОПАСНОСТИ

Е. Ф. Довгань

В настоящей статье рассматривается квалификация ОБСЕ в качестве региональной организации в рамках главы VIII Устава ООН, определяется ее сфера ответственности в системе международных организаций, в том числе на постсоветском пространстве, и механизмы сотрудничества с ООН и региональными организациями.

Present article focuses on qualification of the OSCE under Chapter VIII of the UN Charter, determines its sphere of responsibility for maintenance of international peace and security in the post-soviet area, overviews mechanisms of cooperation with the UN and regional organizations.

Ключевые слова: ОБСЕ, Устав ООН, региональные организации, коллективная безопасность, сотрудничество.

Keywords: OSCE, UN Charter, regional organizations, collective security, cooperation.

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (далее – ОБСЕ) является самой представительной региональной международной организацией, действующей в области поддержания международного мира и безопасности, участниками которой являются бывшие республики бывшего Советского Союза, в том числе Республика Беларусь.

ОБСЕ была учреждена и продолжает действовать в качестве форума для обсуждения особо острых вопросов в первую очередь в области поддержания международного мира и безопасности (Хельсинский заключительный акт 1975 г. [1], Декларация Хельсинкского саммита 1992 г., п. 19 [2]; Хартия Европейской безопасности 1999 г., п. 9, 12–13 [3]; выступление председательствующего на неформальной встрече ОБСЕ в Корфу 2009 г., п. 5) [4]. В настоящее время пользуется заслуженным уважением в качестве одной из ведущих организаций в мире в данной области [5, р. 23–24; 6].

В то же время, учитывая специфику состава, компетенции и ресурсов любой организации, включая ОБСЕ, предотвращение и разрешение международных и внутренних конфликтов не может быть достигнуто исключительно силами одной из них. В связи с этим необходимо исследовать формы и механизмы взаимодействия ОБСЕ с ООН и региональными организациями, действующими в зоне ответственности ОБСЕ.

Деятельность ОБСЕ достаточно подробно рассматривается в литературе. В первую очередь необходимо указать исследования Центра по изучению ОБСЕ в Гамбурге [7; 8; 9], а также работы В. Гебали, А. Ламберта (Швейцария) [10] и других [11; 12; 13]. В то же время данные работы носят преимущественно политическую и политологическую направленность, а вопрос взаимодействия ОБСЕ с иными организациями в области поддержания мира и безопасности остается практически не исследованным [14]. В связи с этим анализ статуса и деятельности ОБСЕ, равно как механизмов ее сотрудничества с ООН и иными региональными организациями, с точки зрения международного права представляется несомненно актуальным.

Квалификация. Формулировка главы VIII Устава ООН, регулирующей деятельность «региональных соглашений и органов», отсутствие в Уставе определения региональных соглашений и образований, равно как материалы конференции в Сан-Франциско [15, р. 460–461; 16, р. 701], свидетельствуют о максимально широком видении таких соглашений и образований [17, р. 131–132; 18, р. 32; 19, р. 817]. Поскольку региональные организации изначально (и впоследствии) рассматривались в качестве субсидиарных механизмов (элементов) системы коллективной безопасности (Бельгия, Боливия [20, р. 184, 186]; Чили, Нидерланды, Франция, Эквадор [15, р. 293, 313, 323, 379, 398]), а глава VIII – как налагающая ограничения на их деятельность [21, р. 62, 66 (п. 186, 204); 22, р. 1049], представляется, что учредители ООН стремились распространить ее действие на все возможные

области сотрудничества государств в области поддержания международного мира и безопасности, независимо от ее формы, основания и правового основания создания, наличия международной правосубъектности, характера (постоянное образование или *ad hoc*).

Выделяемые в доктрине критерии региональных организаций (направленность на поддержание международного мира и безопасности, совместимость с целями и принципами ООН, обязанность мирного разрешения международных споров, обязанность применять принудительные меры и санкции Совета Безопасности ООН (далее – СБ ООН) и возможность применения таких принудительных мер только с санкций СБ ООН, обязанность информировать СБ ООН об осуществленной или планируемой деятельности в области поддержания международного мира и безопасности [23, с. 493–494; 24, с. 141–142]), являются, скорее, их характеристиками. Анализ положений главы VIII Устава ООН позволяет отнести к обязательным критериям: направленность (исключительная или в качестве одного из видов деятельности) на поддержание международного мира и безопасности, ограниченный характер членства (принадлежность к одному географическому региону или даже смежность границ признаются обычной, но не обязательной характеристикой [15, р. 82, 214, 256; 18, р. 20; 19, р. 820–821; 20, р. 371; 22, р. 1040]) и приверженность целям и принципам ООН.

ОБСЕ является организацией с ограниченным членством (57 государств-членов). Она была учреждена в качестве форума для обсуждения особо острых вопросов в области поддержания международного мира и безопасности и вовлечена в настоящее время в различные области поддержания безопасности в регионе. Хельсинкский заключительный акт 1975 г. подчеркивает приверженность государств-членов целям и принципам ООН и обязательствам, вытекающим из Устава ООН, а также развивает в Декларации принципы, регулирующие отношения между государствами – участниками СБСЕ, принципы, закрепленные в Уставе ООН и Декларации принципов международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН от 24.10.1970 г. Приверженность ОБСЕ целям и принципам ООН подтверждается и в последующих документах ОБСЕ (например, Решение о процессе ОБСЕ Хельсинки + 40, 2012 г., преамбула [25]). Все вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что ОБСЕ может быть квалифицирована в качестве региональной организации согласно главе VIII Устава ООН. Та же позиция высказывается и самой организацией (Декларация Хельсинкского саммита 1992 г., п. 25; Решение III Хельсинкского саммита 1992 г., п. 19; Решение IV Хельсинкского саммита 1992 г., п. 2; Хартия европейской безопасности 1999 г., п. 7; Астанинская декларация 2009 г., п. 6 [26]).

Деятельность ОБСЕ. ОБСЕ предлагает очень широкое видение безопасности. Ее деятельность, помимо военно-политической сферы, распро-

страняется на экономическую и экологическую области, а также человеческое измерение [27], что, несомненно, также оказывает значительное влияние на предотвращение конфликтов. ОБСЕ также придерживается широкого подхода к политico-военному изменению, включая в него не только меры, непосредственно направленные на урегулирование уже существующих конфликтов, но и предотвращение даже гипотетической возможности конфликта, равно как борьбу с современными вызовами и угрозами (Концепции общей и всеобъемлющей безопасности 2009 г. [28], Лиссабонская декларация об общей и всеобъемлющей модели безопасности для Европы в XXI в. 1996 г. [29], Хартия европейской безопасности 1999 г., выступление председательствующего на неформальной встрече ОБСЕ в Корфу 2009 г. (п. 4). [7, р. 7–25]). В то же время ОБСЕ делает основной акцент скорее на предотвращении, а не разрешении конфликтов, в результате чего ее иногда называют организацией малой интенсивности [30].

Так, ОБСЕ уделяет основное внимание мерам, направленным на *предотвращение даже гипотетической возможности конфликта* (Хартия Европейской безопасности 1999 г., п. 28; Астанинская декларация 2010 г., п. 8). Развитие системы началось с принятием Хельсинского заключительного акта в 1975 г. (ч. II) и получило свое развитие в Стокгольмском документе 1986 г. [31], ряде документов, принятых в Вене в 1990, 1992, 1994 и 1999 гг. [32; 33] в отношении мер по укреплению доверия и безопасности; ряде решений ОБСЕ, международных договоров, заключенных под эгидой ОБСЕ, – по вопросам разоружения и контроля за вооружениями (Договор об обычных вооруженных силах в Европе от 19.11.1990 г. [34]; Договор по открытому небу от 24.03.1992 г. [35]; Принципы ОБСЕ по контролю за продажей легкого и стрелкового оружия от 24.11.2004 г. [28, р. 12–15; 36]). Система ОБСЕ по предотвращению конфликтов часто квалифицируется как «устанавливающая выдающийся уровень прозрачности и контроля в военной сфере, с которым не может сравниться ни одна другая часть мира» [7, р. 21].

ОБСЕ также предпринимает определенные шаги, направленные на *борьбу с новыми вызовами и угрозами*, в качестве которых рассматриваются: терроризм, организованная преступность, незаконная миграция, распространение оружия массового уничтожения (Министерская декларация по нераспространению, Афины 2009 г. [37]), кибер-угрозы, торговля людьми, наличие запасов и незаконная торговля легким и стрелковым оружием (Решение Совета Министров № 6/11 от 7.12.2011 г. [38]), торговля наркотиками (Астанинская декларация 2010 г., п. 9; Решение Совета Министров № 9/11 от 7.12.2011 г. [39]), борьба с коррупцией и финансирование терроризма (Министерская декларация ОБСЕ, Дублин 2012 г. [40]; Решение Совета Министров 9/11, Вильнюс 2011 г.).

В области *предотвращения и урегулирования конкретных уже существующих конфликтов* ОБСЕ:

- фокусируется на раннем предупреждении и превентивных мерах (Декларация Хельсинкского саммита 1992 г., ч. III; Меры СБСЕ по стабилизации кризисных ситуаций 1993 г. [41]; Министерская декларация СБСЕ от 1.12.1993 г., ч. III, п. 1–3 [42]);
- разрабатывает механизмы консультаций и сотрудничества в кризисных ситуациях (Выводы Министерской декларации, Берлин 1991 г., Приложение 2 [43]);
- прилагает усилия для политического урегулирования конфликтов путем направления миссий наблюдателей (Приднестровье, Таджикистан [5, р. 50–51, 68–69, 105]), стабилизации локальных кризисов [41];
- осуществляет мирное разрешение споров путем добрых услуг и посредничества (Приднестровье [5, р. 15]), установления фактов и проведения расследований (Южная Осетия [5, р. 15]);
- проводит экстренную экспертизу во время кризисов (Хартия европейской безопасности 1999 г., п. 1, 42);
- принимает меры по укреплению роли ОБСЕ в качестве форума для политического диалога (Решение III заседания Совета Министров в Бухаресте 2001 г. [44]);
- уделяет особое внимание мерам постконфликтного миростроительства (Таджикистан, Босния и Герцеговина, Косово, Албания [5, р. 31–32; 36–38, 43–44; 68–69]).

Большая часть указанных мер осуществляется непосредственно на местах. Миссии на местах могут обладать различным кругом полномочий: от представительства до посредничества и финансирования проектов, осуществляемых иными акторами [5, р. 56–57]. В то же время ни один из документов ОБСЕ никогда не закреплял учреждения или необходимость учреждения принудительных механизмов или постоянных вооруженных (например, миротворческих) сил, несмотря на то что данный вопрос неоднократно обсуждался на политическом уровне [45] и в доктрине [46, р. 158–160]. Более того, признается, что такая деятельность ни разу не представляла собой традиционную миротворческую операцию [7, р. 22].

Полномочия и практика ОБСЕ в области *мирного разрешения международных споров* достаточно противоречивы. Несмотря на неоднократные попытки учредить эффективный механизм мирного разрешения споров, ни Валлеттский механизм 1992 г., ни Суд ОБСЕ по примирению и арбитражу, несмотря на их широкую (неограниченную) компетенцию [47, ст. 1], включающую вопросы в области поддержания международного мира и безопасности, ни разу не использовались. Более того, представляется возможным согласиться с теми авторами, которые полагают, что они вряд ли будут использованы и в будущем, в особенности в области безопасности [9, р. 7–8]. В то же время предоставляемые ОБСЕ добрые услуги и посредничество часто демонстрировали положительные результаты (в том числе во время

конфликтов, имевших место на пространстве СНГ) [12, р. 37]. Например, ОБСЕ выступала в качестве посредника на «5+2»-переговорах в приднестровском конфликте [5, р. 15], она также принимала участие в деятельности механизма предотвращения инцидентов и реагирования и оказывала помощь в организации встреч в Женеве по Грузии даже после прекращения деятельности миссии ОБСЕ в данном государстве [5, р. 14].

Вовлеченность ОБСЕ на постсоветском пространстве не фокусируется в первую очередь на военно-политической области. Основное внимание уделяется проблемам демократизации общества, государственному строительству и реформированию государственных институтов, поощрению и защите прав человека, реформированию и подготовке органов полиции, достижению целей в области экономики и экологии, совершенствованию законодательства, помощи в организации и наблюдении за выборами, обеспечению безопасности границ, борьбе с международным терроризмом и транспортировкой наркотиков (на разных этапах миссии ОБСЕ в Азербайджане, Армении, Беларуси, Казахстане, Кыргызстане, Узбекистане, Украине, Таджикистане, Туркменистане) [8, р. 54–55, 58, 61, 64–65, 67–69, 70–75; 12, р. 37–38; 48, р. 155–161].

В конфликтных ситуациях ОБСЕ дополнительно способствовала достижению долгосрочного политического урегулирования и воссоединения нации (Грузия, Нагорный Карабах, Таджикистан), равно как мирному разрешению споров посредством переговоров, добрых услуг, посредничества, установления фактов, расследований, страновых визитов (Грузия, Молдова, Нагорный Карабах). ОБСЕ также собирает и предоставляет информацию о ситуации в регионе (Грузия, Молдова); поощряет выполнение достигнутых договоренностей и имплементацию заключенных соглашений, в том числе относительно вывода иностранных воинских контингентов (Грузия, Молдова); выступала в качестве гаранта мирных соглашений (например, Общее соглашение об установлении мира и национального согласия в Таджикистане от 27.06.1997 г. [49]); а также обеспечивала прозрачность в части имплементации договоренностей относительно границ, линий прекращения огня посредством направления миссий наблюдателей (Грузия, Нагорный Карабах) [8, р. 56–57, 62–63, 72, 76–78; 46, р. 149; 50, р. 203, 205–207; 51; 52].

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что роль ОБСЕ в военно-политическом изменении безопасности сводится в первую очередь к дипломатическим усилиям в области мирного разрешения международных споров, учреждению миссий наблюдателей, предотвращению конфликтов и постконфликтному миростроительству, мерам по укреплению доверия и безопасности, разоружению и контролю над вооружениями. Не будучи ориентированной на создание и использование военных контингентов, ОБСЕ часто выступает в качестве форума для достижения политических

договоренностей. В 1992 г. в рамках ОБСЕ даже был создан Форум по сотрудничеству в области безопасности (Решение V Хельсинкского саммита ОБСЕ). Дальнейшее развитие ОБСЕ также не включает военной составляющей, а направлено на развитие потенциала в области политического урегулирования, посредничества, мониторинга, экспертной оценки и др. [12, р. 38; 13]. Таким образом, для урегулирования кризисов с участием ОБСЕ обязательным становится вовлеченность и других международных организаций, обладающих ресурсами для проведения непосредственно миротворческих операций, обеспечения имплементации санкций СБ ООН и применения принудительных мер.

Сотрудничество с международными организациями. ОБСЕ активно принимает участие в предотвращении и урегулировании конфликтов в зоне своей ответственности (конфликты в Абхазии, Южной Осетии, Приднестровье, Таджикистане, Нагорном Карабахе, Боснии и Герцеговине, Македонии, Косово, на территории бывшей Югославии, Албании [5, р. 15, 31–34, 36–38, 50–51, 68–69, 105]). Помимо ОБСЕ в разрешении таких конфликтов принимали (принимают) участие также ООН и иные региональные организации. Как следствие, необходимо оценить, насколько активно осуществляется взаимодействие ОБСЕ с иными международными организациями в области поддержания международного мира и безопасности и насколько эффективным является такое сотрудничество.

Сотрудничество с ООН. Устав ООН не регулирует направления и механизмы сотрудничества региональных организаций коллективной безопасности между собой, однако устанавливает общие правила для их взаимодействия с СБ ООН. Предусмотренная в Уставе ООН система основана на принципе субсидиарности и закрепляет вспомогательную роль региональных организаций. За последними признается приоритет в области мирного разрешения международных споров в регионе (ст. 52). СБ ООН может использовать их для принудительных действий под его контролем (ст. 53). Они также обязаны информировать СБ ООН о любых действиях, принимаемых или планируемых для поддержания международного мира и безопасности (ст. 54). На практике, однако, функциональность данной системы все чаще подвергается сомнению.

После окончания холодной войны СБ ООН предпринял ряд попыток интенсифицировать и систематизировать сотрудничество с региональными организациями. В качестве возможных механизмов назывались: консультации, взаимные дипломатические усилия, совместное дипломатическое и оперативное развертывание, финансирование ООН операций региональных организаций, обмен информацией, взаимное участие в деятельности координирующих органов, заключение меморандумов о взаимопонимании, резервных соглашений или соглашений между секретариатами, вовлечение организаций в работу СБ ООН, сотрудничество с комиссией ООН по миро-

творчеству, участие во встречах на высшем уровне и др. [53, п. 86; 54, п. 16; 55, п. 213–215; 56, п. 7–8; 57, п. 170]. На практике, однако, сотрудничество осуществляется преимущественно *на ad hoc* основе [58; 59]. ОБСЕ называется Генеральным секретарем ООН в качестве одной из трех организаций, в отношении которой можно говорить о создании каких-то периодических механизмов [6].

ОБСЕ признает ведущую роль СБ ООН в области поддержания международного мира и безопасности и заявляет о своей готовности информировать СБ ООН о предпринимаемых им мерах согласно требованию ст. 54 Устава ООН (Документ Хельсинкского саммита 1992 г.). В качестве областей, попадающих в сферу совместных интересов ООН и ОБСЕ, последняя называет контртеррористические инициативы, урегулирование конфликтов и миростроительство, раннее предупреждение и предотвращение конфликтов, незаконную торговлю легким стрелковым оружием, управление границами, экономические и экологические аспекты безопасности, борьбу с торговлей людьми, демократизацию и права человека, свободу средств массовой информации [60].

На практике ОБСЕ активно сотрудничала (сотрудничает) с ООН в урегулировании конфликтов, находящихся в зоне ответственности ОБСЕ [61]. Она предпринимала усилия по имплементации отдельных резолюций СБ ООН, в частности по вопросам нераспространения (Решение 8/11, Вильнюс 2011 г.), миссии ОБСЕ поддерживали или являлись составной частью миссий ООН в конкретных конфликтах (Косово, Грузия) [60]. При этом сотрудничество осуществляется на высшем и на рабочем уровнях.

С 1993 г. проводятся ежегодные трехсторонние встречи на высшем уровне (ООН, ОБСЕ, СЕ) в Женеве, куда приглашаются также представители отдельных органов и специальных учреждений ООН [14, п. 7]. С 1994 г. ОБСЕ участвует в ежегодных встречах на высшем уровне между ООН и региональными организациями. С 2003 г. ОБСЕ принимает участие во встречах СБ ООН с региональными организациями по вопросам поддержания международного мира и безопасности. Должностные лица ООН приглашаются на заседания Совета Министров и саммиты ОБСЕ, выступают на заседаниях Постоянного совета ОБСЕ [60]. 13.10.1993 г. ОБСЕ предоставлен статус наблюдателя при Генеральной Ассамблее ООН (далее – ГА ООН) [62]. ГА ООН рассматривает вопросы сотрудничества с ОБСЕ непосредственно (1995–2003 гг. – резолюции 50/87 от 18.12.1995 г., 51/57 от 12.12.1996 г., 52/22 от 25.11.1997 г., 53/85 от 7.12.1998 г., 54/117 от 15.12.1999 г., 55/179 от 19.12.2000 г., 56/216 от 21.12.2001 г., 57/298 от 20.12.2002 г., 58/55 от 8.12.2003 г.), а также в рамках сотрудничества с региональными организациями в целом (A/RES/49/57 [63], A/65/382-S/2010/490 [6]).

На рабочем уровне ОБСЕ и ООН осуществляют координацию и обмен информацией путем обсуждения и согласования конкретных вопросов до

их вынесения на рассмотрение на трехсторонние встречи на высшем уровне. С 2000 г. проводятся ежегодные встречи на рабочем уровне между должностными лицами ООН и ОБСЕ [64, п. 95]. Осуществляется координация и сотрудничество конкретных органов ОБСЕ с органами и организациями системы ООН (Управлением по борьбе с наркотиками и преступностью, Глобальной инициативой ООН по борьбе с торговлей людьми, УВКБ, МОТ, ЮНИСЕФ, УВКПЧ, ЮНЕП, Программой развития ООН), в том числе на постоянной основе путем принятия документов о сотрудничестве (совместный план действий на 2013–2014 гг. с Управлением ООН по миротворческим операциям; Меморандумы о взаимопонимании с офицером ООН по вопросам разоружения в целях имплементации резолюции СБ ООН 1540(2004)) [65; 66]; Секретариатом Европейской экономической комиссии 2004 г. [6, пп. 98–99; 67], УВКБ [68], ПРООН. При этом представители соответствующих учреждений ООН приглашаются принять участие в заседаниях соответствующих органов ОБСЕ. Должностные лица ООН и ОБСЕ участвуют в проведении совместных тренингов [6].

Сотрудничество с региональными организациями. Сотрудничество ОБСЕ и иных региональных организаций основывается на Общей концепции развития сотрудничества между подкрепляющими друг друга институтами 1997 г. [69] и принятой позднее Платформе безопасности, основанной на сотрудничестве, являющейся приложением к Хартии европейской безопасности (Стамбульский саммит ОБСЕ 1999 г.), которая закрепила принципы и направления такого сотрудничества.

Платформа нацелена на формирование взаимосвязей между ОБСЕ и организациями и образованиями, вовлеченными в поддержание всеобъемлющей безопасности в зоне ответственности ОБСЕ (п. I.1). Пункт I.2 выделяет критерии организаций, с которыми сотрудничает ОБСЕ, а в разделе II определяются режимы сотрудничества, которые основываются на принципах предсказуемости и прозрачности (п. II.1). В качестве механизмов и инструментов межорганизационного сотрудничества Платформа называет: регулярные контакты, встречи; создание основы для диалога, возрастающую прозрачность и сотрудничество, включая назначение контактных должностных лиц или пунктов, взаимное представительство на подходящих встречах, другие контакты, способствующие повышению способности организаций к предотвращению конфликтов; специальные встречи на политическом, исполнительном уровнях (определение общей политики) или рабочем уровне (определение направлений и условий сотрудничества) (п. II.4, 5). При проведении целевых миссий могут осуществляться: обмен информацией, встречи, совместные миссии по оценке, приглашение в ОБСЕ экспертов из других организаций, назначение контактных должностных лиц, осуществление совместных проектов и полевых операций, совместный тренинг (II. 6). В кризисных ситуациях действующий председатель ОБСЕ при под-

держке Генерального секретаря обменивается с иными вовлеченными организациями информацией о предпринимаемых или планируемых действиях; координирует подходы для того, чтобы избежать дублирования функций и разумно использовать имеющиеся ресурсы.

Отдельные из указанных видов сотрудничества реализуются и на практике [5, р. 90, 91, 104, 108; 14, р. 7–8] через сектор внешнего сотрудничества Секретариата [5, р. 90]. В качестве партнеров по сотрудничеству рассматриваются: ООН, Европейский союз (далее – ЕС), НАТО, Совет Европы (далее – СЕ), Организация Договора о коллективной безопасности (далее – ОДКБ), Содружество Независимых Государств (далее – СНГ), Организация за демократию и экономическое развитие (далее – ГУАМ), Центрально-Европейская инициатива, Организация экономического сотрудничества Черного моря, Совет регионального сотрудничества, Процесс сотрудничества Юго-Восточной Европы, Африканский союз, Ассоциация государств Юго-Восточной Африки, Конференция по сотрудничеству и мерам по укреплению доверия в Азии, Лига арабских государств, Организация Исламской конференции, Шанхайская организация сотрудничества [5, р. 91; 70].

Так, в частности, должностные лица ОБСЕ и ОДКБ принимают участие в деятельности друг друга на высшем уровне (посредством визитов генеральных секретарей, выступлений на заседаниях органов друг друга и двусторонних встреч) [71, с. 14] и на рабочем уровне (например, ОДКБ сотрудничает с отделением по борьбе с терроризмом Центра ОБСЕ по предотвращению конфликтов). Государства – члены ОДКБ координируют свою позицию для выступления на встречах ОБСЕ [72], в то время как ОБСЕ направляет наблюдателей на учения ОДКБ (например, учения КСБР «Взаимодействие» в 2012 г. [73]). На уровне миссий сотрудничество осуществлялось в Афганистане в 2011–2012 гг. [74].

Следует учитывать, что, являясь организацией так называемого мягкого действия, которая специализируется на вопросах мирного урегулирования споров, миротворчестве, предотвращении и сдерживании конфликтов, ОБСЕ вынуждена прибегать к помощи иных организаций, в первую очередь по вопросам предоставления вооруженных сил, логистики и проч. (НАТО, Западноевропейский союз (далее – ЗЕС), ЕС, СНГ) [19, р. 834]. Так, осознавая недостаточность компетенции и ресурсов для проведения миротворческих операций, СБСЕ уже в 1992 г. заявила о готовности «искать в конкретных случаях поддержки региональных организаций и образований, таких как ЕС, НАТО и ЗЕС, равно как иных образований и механизмов, включая миротворческий механизм СНГ» (Декларация Хельсинкского саммита 1992 г., п. 20). Впп. 52–53 Решения III данного саммита закреплено право СБСЕ требовать от ЕС, НАТО и ЗЕС предоставить необходимые ресурсы для поддержки ОБСЕ в ходе проведения миротворческих операций, а также просить СНГ и иные образования оказать поддержку миротворче-

ским усилиям в регионе ответственности СБСЕ. Поскольку ОБСЕ не обладает, в отличие от СБ ООН, исключительными полномочиями в области поддержания международного мира и безопасности, право ОБСЕ «требовать» ресурсы от других организаций представляется весьма сомнительным. В связи с этим в Хартии европейской безопасности 1999 г. была использована более мягкая формулировка: ОБСЕ заявляет о своей готовности принимать силы иных организаций для участия в операциях ОБСЕ, при этом подчеркивая, что такое участие не создает какого бы то ни было рода иерархии, субординации или окончательного разделения труда между организациями (п. 12).

На основании вышеизложенного представляется возможным сделать следующие выводы.

ОБСЕ является региональной организацией коллективной безопасности согласно главе VIII Устава ООН. Она отстаивает широкое видение безопасности в целом и военно-политической безопасности в частности. Последняя, как следствие, помимо мер, непосредственно направленных на урегулирование уже существующих конфликтов, включает предотвращение даже гипотетической возможности конфликта и борьбу с современными вызовами и угрозами. Более того, основное внимание уделяется так называемой мягкой составляющей (меры по разоружению, контроль над вооружениями, меры по укреплению доверия и безопасности, борьба с новыми вызовами и угрозами, мирное разрешение споров, постконфликтное миростроительство), направленной на предотвращение, а не на разрешение конфликтов. ОБСЕ также наработана значительная база по обеспечению верховенства права путем повышения прозрачности и контроля за выполнением государствами и сторонами конфликта принятых на себя обязательств или достигнутых договоренностей.

Как следствие, ОБСЕ является и видит себя скорее форумом для координации позиций государств и вынуждена обращаться к иным организациям (НАТО, ЕС, СНГ, ОДКБ) в случае необходимости вовлечения военных и миротворческих контингентов, их обеспечения и логистики и сотрудничать с такими организациями.

Являясь региональной организацией коллективной безопасности, ОБСЕ активно сотрудничает с ООН. В то же время, несмотря на наблюдаемый прогресс, включая заключение целого ряда меморандумов о взаимопонимании с органами и организациями системы ООН, механизмы такого взаимодействия еще находятся на этапе становления и требуют совершенствования.

ОБСЕ заявляет о своей готовности к сотрудничеству с иными региональными организациями и рассматривает широкий круг таких организаций в качестве партнеров по диалогу. Платформа безопасности, основанной на сотрудничестве (1999 г.) подробно закрепила возможные способы взаимодействия ОБСЕ с иными региональными организациями на высшем и ра-

бочем уровнях, и на уровне миссий. На практике, однако, достаточно полно реализуется первый этап сотрудничества, включающий встречи высших должностных лиц и их участие в заседаниях друг друга. Сотрудничество на рабочем уровне и на уровне миссий находится в настоящее время в начале своего развития и осуществляется преимущественно на *ad hoc* основе. В отличие от сотрудничества с ООН, до настоящего момента практически не заключено соглашений, определяющих хотя бы общие договоренности о сотрудничестве между организациями или их органами.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Совещание по безопасности и сотрудничеству в Европе. Заключительный акт, Хельсинки 1975 // ОБСЕ [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/ru/mc/39505?download=true>.
2. Helsinki Summit Document 1992 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/39530>.
3. Charter for European Security 1999 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/osce/osceunece/istachart99e.pdf>.
4. Corfu Informal Meeting of OSCE Foreign Ministers on the Future of European Security, Chair's Concluding Statements to the Press, 2009 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/cio/37803>.
5. OSCE Annual Report 2009. – Vienna : OSCE, 2010.
6. Отчет Генерального Секретаря ООН «Сотрудничество между ООН и региональными и иными организациями» A/65/382 – S/2010/490 от 20.09.2010 // ООН [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/542/46/PDF/N1054246.pdf?OpenElement>.
7. Evers F., Kahl M., Zellner W. The Culture of Dialogue : The OSCE Acquis 30 Years after Helsinki – Hamburg : CORE, 2005.
8. OSCE Handbook 2007. – Vienna : OSCE, 2007.
9. Schneider P., Müller-Wort T.-J. The Court of Conciliation and Arbitration within OSCE : Working Methods, Procedures and Composition. CORE. – Working paper 16. – Hamburg : CORE, 2007.
10. Ghebali V-Y., Lambert A. The OSCE Code of Conduct on Politico-Military Aspects of Security : Anatomy and Implementation. – Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
11. The OSCE in the Maintenance of Peace and Security: Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful settlement of Disputes / ed. by M. Bothe, N. Ronzitti, A. Rosas. – The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1997.
12. Rotfeld A. D. Does the OSCE Have a Future? // OSCE Y. 2003. – Hamburg : Nomos, 2003.
13. Ackermann A., Salber H. The OSCE «Corfu Process» – A Preliminary View of the Security Dialogue on Early Warning, Conflict Prevention and Resolution, Crisis Management, and Post-conflict Rehabilitation // OSCE Y. 2010. – Hamburg : Nomos, 2011. – P. 197–202.
14. OSCE Annual Report 2001 on Interaction of Organizations and Institutions in OSCE Area. SEC.DOC/2/01. – Vienna : OSCE, 2001.

15. Documents of the UN Conference on International Organization. San Francisco, 1945. – Vol. III (General). – London ; New York : United Nations Information Organizations, 1945.
16. Documents of the United Nations Conference on International organizations, San Francisco, 1945. – Vol. XII : (Commission III. Security Council). – London ; New York : United Nations Information Organizations, 1945.
17. *Walter C.* Security Council Control over Regional Action // Max Plank Yearbook of the United Nations Law. – 1997. – P. 129–193.
18. Commission to Study the Organization of Peace : Regional Arrangements for Security and the United Nations. Eighth Report and Papers Presented to the Commission. – New York : UN, 1953. – 144 p.
19. *Hummer W., Schweitzer M.* Article 52 // The Chapter of the United Nations : A Commentary / ed. by B. Simma. – 2nd ed. – München : Verlag C. H. Beck, 2002. – Vol. 1. – P. 807–853.
20. Documents of the UN Conference on International Organization. San Francisco, 1945. – London ; New York : United Nations Information Organizations, 1945. Vol. 1: (General).
21. A More Secure World : Our Shared Responsibility, Report of the Secretary-General's High Panel on Threats, Challenges and Change. – New York : United Nations, 2004.
22. *Beyerlin U.* Regional Arrangements // United Nations : Law, Politics and Practice / ed. in chief R. Wolfrum. – München : Verlag C. H. Beck, 1995. – Vol. 1. – P. 1040–1058.
23. Международное публичное право. Особенная часть : учеб. пособие / под ред. Ю. П. Бровки, Ю. А. Лепешкова, Л. В. Павловой. – Минск : Амальфейя, 2011.
24. *Taxip M.* Правовые проблемы коллективной безопасности. – СПб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2004.
25. Decision on the OSCE Helsinki + 40 process, OSCE Ministerial Council, Dublin 2012 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/97974>.
26. Astana Commemorative Declaration, «Towards a Security Community», 2010 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/73962>.
27. OSCE Mechanisms and Procedures – Summary / Compendium (SEC.GAL/121/08), 20.06.2008. – Vienna : OSCE, 2011.
28. OSCE Concept of Comprehensive and Cooperative Security : An Overview of Major Milestones (SEC.GAL/100/09), 17 June 2009. – Vienna : OSCE, 2009.
29. Lisbon Declaration on a Common and Comprehensive Security Model for Europe for the Twenty-first Century, 1996 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/39539?download=true>.
30. *Кирн Р.* Глава VIII Устава ООН : необходимость более широкой интерпретации // Междунар. публичное и частное право. – 2003. – № 1. – С. 12–13.
31. Document of the Stockholm Conference on Confidence- and Security-Building Measures and Disarmament in Europe, Convened in Accordance with the Relevant Provisions of the Concluding Document of the Madrid Meeting of the Conference on Security and Co-operation in Europe of 19 September 1986 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.state.gov/t/isn/4725.htm>.
32. Vienna Document of Negotiations on Confidence- and Security Building Measures, 16 November 1999 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/fsc/41276>.

33. *Lachowski Z.* Confidence and Security Building Measures in the New Europe, SIPRI – Research Report № 18 – New York : OUP, 2004.
34. Договор об обычных вооруженных силах в Европе, 19.11.1990 // Действующее международное право : в 3 т. / сост.: Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – М. : Изд-во МНИМП, 1997. – Т. 2.
35. Договор по открытому небу, 24.03.1992 г. // Действующее международное право : в 3 т. / сост.: Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – М. : Изд-во МНИМП, 1997. – Т. 2.
36. OSCE Principles on the Control of Brokering in Small Arms and Light Weapons, Decision № 8/04, 24.11.2004 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/fsc/20783>.
37. Ministerial Declaration on Non-proliferation, OSCE Ministerial council, Athens 2009 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/cio/40692>.
38. Решение № 6/11. Легкое и стрелковое оружие и запасы обычных боеприпасов MC.DEC/6/11/Corr. 1 от 7.12.2011 г. // Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Восьмнадцатая встреча Совета Министров, Вильнюс, 6–7.12.2011. – Вильнюс : ОБСЕ, 2011.
39. Решение 9/11. Надлежащая роль ОБСЕ в содействии выполнению резолюции 1540 Совета Безопасности ООН MC.DEC/9/11/Corr. 1 от 7.12.2011 г. // Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Восьмнадцатая встреча Совета Министров, Вильнюс, 6–7.12.2011. – Вильнюс : ОБСЕ, 2011. – С. 35–36.
40. Declaration on the strengthening good governance and combating corruption, money laundering and the financing of terrorism, OSCE Ministerial council, Dublin 2012 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/cio/97968>.
41. OSCE Stabilizing Measures for Localized Crisis Situations, 25 November 1993 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/fsc/41316>.
42. CSCE and the New Europe – Our Security is Indivisible. Ministerial Declaration of 1 December 1993 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/40401>.
43. Annex 2 to the Summary of Conclusions of the First CSCE Council of Ministers, Berlin, 1991 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/40234>.
44. Fostering the Role of the OSCE as a Forum for a Political Dialogue, Decision No. 3 of the 9th Bucharest Ministerial Council, 4 December 2001 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/40515>.
45. Меморандум об основах нормализации отношений между Республикой Молдова и Приднестровьем, 8.05.1997 // Россия – Украина (1990–2000). Документы и материалы. – М. : МО, 2001. – Т. 2 : (1996–2000). – С. 97–98.
46. *Neukirch C.* The OSCE Mission in Moldova // OSCE Yearbook. 2003. – Hamburg : Nomos, 2003. – P. 149–161.
47. Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE, 1992 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/mc/40342>.
48. *Reeve R.* The OSCE Mission to Georgia – Activities in 2004 // OSCE Yearbook. 2004. – Hamburg : Nomos, 2005. – P. 155–161.
49. Общее соглашение об установлении мира и национального согласия в Таджикистане от 27.06.1997 г. [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://www.tajikistan.turkestan.ru/tj/konflikt/documents/o.html>.

50. *Stöber S.* The Failure of the OSCE Mission to Georgia – What Remains? // OSCE Y. 2010. – Hamburg : Nomos, 2011. – P. 203–220.
51. *Jakoby V.* The OSCE Mission in Georgia // OSCE Y. 2003. – Hamburg : Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. – P. 163–170.
52. Меморандум о мерах по обеспечению безопасности и укреплению взаимного доверия между сторонами в Грузино-Осетинском конфликте 16.05.1996 // КонсультантПлюс Технология 3000 [Электронный ресурс]. – 2013.
53. Supplement to an Agenda For Peace, A/50/60 – S/1995/1, 3 March 1995 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.un.org/Docs/SG/agsupp.html#INSTRUMENT>.
54. Cooperation between the United Nations and Regional Organizations / Arrangements in a Peacekeeping Environment : Suggested Principles and Mechanisms, March 1999 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/UNRO%20Cooperation%20between%20the%20UN%20and%20Regional%20Organizations.pdf>.
55. In Larger Freedom : Towards Development, Security and Human Rights for All : Report of the Secretary-General (A/59/2005) // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/270/78/PDF/N0527078.pdf>.
56. UN Security Council Resolution 1631(2005), 17.10.2005 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/556/42/PDF/N0555642.pdf>.
57. 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, 24.10.2005 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : http://globalr2p.org/media/pdf/WSOD_2005.pdf.
58. Security Council Update Report, «The United Nations and Regional Organizations», 18.09.2006, № 3 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Update%20Report%2018%20Sep%202006_UN%20&%20ROs.pdf.
59. Security Council Update Report № 2, «UN Cooperation with Regional and Sub-regional Organizations and Conflict Prevention», 14.04.2008 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : http://www.securitycouncilreport.org/site/c.gIKWLeMTIsG/b.4021779/k.EBAA/Update_Report_No_2br_UN_Cooperation_with_Regional_and_SubRegional_Organisations_and_Conflict_Preventionbr14_April_2008.htm#UND.
60. OSCE External Co-operation : United Nations // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/ec/43240>.
61. Security Council Meeting 6257 (S/PV.6257) – Cooperation between the United Nations and regional and sub-regional organizations in maintaining international peace and security, 13.01.2010 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/RO%20SPV%206257.pdf>.
62. UN General Assembly Resolution A/RES/48/5. Observer status for the Conference on Security and Cooperation in Europe in the General Assembly, 13.10.1993 // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/710/89/IMG/NR071089.pdf>.
63. UN General Assembly resolution A/RES/49/57 Declaration on Enhancement of Cooperation between the United Nations and Regional Arrangements and Agencies in the Maintenance of International Peace and Security // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r057.htm>.

64. Relationship between the United Nations and regional organizations, in particular the African Union, in the maintenance of international peace and security, Report of the UN Secretary General of 7.04.2008 (S/2008/18) // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/UNRO%20S%202008%20186.pdf>.
65. Security Council: European security block details priorities for collaboration with UN // UN [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=44851&Cr=peacekeeping&Cr1=#.UaMw9fLLqF8>.
66. OSCE, UN work together to stop proliferation of weapons of mass destruction // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/secretariat/84327>.
67. Memorandum of Understanding between the Secretariat of the Organization for Security and Cooperation in Europe and the Secretariat of the United Nations Economic Commission for Europe, 12.2004 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/osce/osceunece/MoU.pdf>.
68. Memorandum of understanding between the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights and Office of the United Nations Higher Commissioner for Refugees, 22.06.2011 // UNHCR [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.unhcr.org/4e0839166.html>.
69. Common Concept for the Development of Co-operation between Mutually Reinforcing Institutions, 1997, Annex to MC(6).DEC/5 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : http://www.mid.ru/bdomp/dip_vest.nsf/99b2ddc4f717c733c32567370042ee43/b2c92681fbda6e41c325688c00512e2!OpenDocument.
70. OSCE External cooperation. Regional organizations outside the OSCE area // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.osce.org/ec/44175>.
71. Договору о коллективной безопасности 20 лет (1992–2012). – М. : ОДКБ, 2012. – 33 с.
72. Consultations of the Improvement of the OSCE Activity Took place in the CSTO Secretariat on 20.11.2012 // OSCE [Electronic resource]. – 2013. – URL : http://odkb-csto.org/international_org/detail.php?ELEMENT_ID=1523.
73. Учение КСОР ОДКБ «Взаимодействие 2012» в Армении завершилось победой союзников // ОДКБ [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : http://odkb-csto.org/training/detail.php?ELEMENT_ID=1157.

Статья поступила в редакцию 15.07.2013 г.

О МЕСТЕ ОДНОСТОРОННИХ АКТОВ ГОСУДАРСТВ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Е. В. Коннова

Статья посвящена определению места односторонних актов государств в системе источников международного права. Возможность квалификации таких актов в качестве источника международного права оценивается с учетом того, что с течением времени адресат одностороннего акта государства может молчаливо или явным образом выразить согласие с ним. В связи с этим, хотя сами по

себе односторонние акты не могут быть квалифицированы в качестве источника международного права ввиду несоответствия их предъявляемому доктриной к таким источникам обязательному требованию – согласование позиций субъектов международного права после получения согласия с вызванными юридическими последствиями, критерий согласования можно считать соблюденным. В этом случае односторонний акт государства можно считать источником международного права особого рода. Отражена специфика квалификации в качестве источника международного права коллективных односторонних актов государств. Сделан вывод о юридической силе порождаемых односторонними актами государств обязательств, которая равна юридической силе обязательств, вытекающих из международных договоров и международного обычая.

*The article is devoted to determination of the place of unilateral acts of states in the system of the sources of international law. The possibility of qualification of unilateral acts of states as sources of international law is estimated taking into account the fact that with a course of time such acts may be acquiesced or may acquire an expressed consent of an addressee. Thus, although they may not per se be qualified as sources of international law, once consent of the counterparty has been acquired, the criterion of an agreement may be considered fulfilled, and unilateral act of a state may be regarded as a *sui generis* source of international law. Account is given to peculiarity of collective unilateral acts of states qualification as sources of international law. The article concludes with the legal force of the obligations arising from unilateral acts of states, which is equal to that of obligations arising from international treaties and international custom.*

Ключевые слова: односторонние акты государств, источники международного права, источники международных обязательств, норма международного права.

Keywords: Unilateral acts of states, sources of international law, sources of international obligations, international legal norm.

В современной науке международного права способность односторонних актов государств создавать права и обязательства по международному праву уже не вызывает сомнений. Несмотря на наличие научных работ, исследующих односторонние акты государств (например, В. Дегана (Хорватия) [1], К. Земанека (Австрия) [2], К. Скубижевски (Польша) [3], Э. Соя (Бельгия) [4], Р. А. Каламкаряна [5], Е. Г. Ляхова, М. Б. Бадалиной и А. А. Алимова [6], М. В. Ильяшевич [7], Г. И. Курдюкова [8], И. В. Рачкова [9] (Россия), Н. Л. Лехника [10] и С. А. Мельник [11] (Украина)), данная тема по-прежнему остается актуальной. В отношении ряда вопросов имеются существенные разногласия. Одним из таких вопросов выступает возможность отнесения односторонних актов государств к источникам международного права. Можно выделить четыре основных подхода к его решению.

1. Наиболее широко представлена точка зрения, согласно которой односторонние акты государств можно считать источником международного права. Сторонниками такого подхода являются К. Гудман (Австралия) [12, р. 4], Э. Золлер (Франция) [13, р. 340], Х. Мири (Иран) [14, р. 2741–2743],

Х. Сирлуэй (Нидерланды) [15, р. 334], М. О. Хайтов (Туркменистан) [16, р. 17], М. В. Буроменский [17, р. 52] и С. А. Мельник [11, р. 267] (Украина), В. М. Шумилов (Россия) [18, с. 117–118] и др. Источником международного права неоднократно называли односторонние акты государств и члены Комиссии международного права ООН [19, с. 221–222; 20, с. 559; 21, с. 130; 22, с. 225, 228–229; 23, с. 140];

2. Другой подход заключается в том, что односторонние акты государств рассматривают лишь в качестве источника международных обязательств, но не источника международного права (М. В. Ильяшевич [7, с. 18], Р. А. Каламкарян [5, с. 3], П. В. Саваськов [24, с. 87] и Г. И. Тункин (Россия) [25, с. 183], М. Шоу (Великобритания) [26, р. 122]);

3. Некоторые ученые ставят под сомнение уместность использования самого термина «источники международного права» и предлагают заменить его на более емкое понятие, охватывающее и односторонние акты государств, например «фактор международного правотворчества» (К. Вольфке (Польша) [27, р. 244–245]), «произвольный способ формирования права» (Н. К. Динь, А. Пелле и П. Дайе (Франция) [28, р. 217]);

4. Отдельные авторы говорят о том, что односторонние акты государств следует считать вспомогательным средством для определения норм международного права, но не источником таких норм (Б. Муламба Мбуи (Руанда) [29, р. 142, 153], Л. Д. Тимченко, Л. А. Тимченко (Украина) [30, с. 30]).

При определении возможности отнесения той или иной формы, в которой существует правило, к источникам международного права, принято обращаться к ст. 38 Статута Международного суда ООН. В связи с этим, прежде чем приступить к рассмотрению существующих подходов к возможности квалификации односторонних актов государств в качестве источника международного права, отметим отсутствие упоминания о них в указанном документе. Ф. Кайе (Франция) приводит этот факт в качестве аргумента против рассмотрения односторонних актов государств в качестве источника международного права [31, р. 237].

Следует отметить, однако, что ст. 38 подвергается критике со стороны юристов-международников (как теоретиков, так и практиков) как не отражающая объективную картину современных источников международного права. Р. Дженнингс, будучи президентом Международного суда ООН, заявил: ст. 38 Статута «нуждается в неотложном переосмыслинии и уточнении... Использование [ее] в том виде, как она представлена... в целях изучения и объяснения элементов и категорий современного права, несет в себе большую долю абсурдности» [32, р. 9]. При этом, критикуя ст. 38 Статута, ученые прямо указывают на тот факт, что в ней не упомянуты односторонние акты государств: «Оставлены в стороне такие важные источники, как односторонние акты...», – пишут Н. К. Динь, П. Дайе и А. Пелле [28, с. 62]. «Каковы бы ни были шансы на формальное изменение ста-

тии 38 Статута, – рассуждает польский юрист К. Вольфке, – определенно, что она должна быть изменена». «Вполне обоснованно было бы рассмотрение включения односторонних деклараций государств, создающих юридические обязательства, в источники международного права, перечисленные в статье 38» [33, р. 587–588].

Существует также точка зрения, согласно которой ст. 38 Статута Международного суда ООН не закрепляет исчерпывающий перечень источников международного права. П. И. Лукин (СССР) в монографии «Источники международного права» (1960) обращал внимание на то, что в ст. 38 речь идет лишь об «основных источниках», применяемых Международным судом ООН, но не другими международными судами и трибуналами [34, с. 52]. Дж. Повелин (США), анализируя систему разрешения споров Всемирной торговой организации, подчеркивает, что третейские группы, как и Международный суд ООН, «могут ссылаться и обычно обращаются к праву, не упомянутому прямо в ст. 38, в частности, к односторонним актам государств...» [35, р. 470].

Кроме того, следует учитывать, что, поскольку международное право – динамичная, постоянно развивающаяся система, вполне допустимо появление новых источников международного права.

Дж. Хуф (США) в своем исследовании, посвященном источникам международного права, приходит к выводу о том, что они не являются «замкнутым классом», их нельзя констатировать, а можно лишь обсуждать [36, р. 195–196]. При этом, как отмечает М. Виралли (Франция), «любой новый источник ... является результатом правового процесса, происходящего на основе источников, упомянутых в перечне [38-й] статьи» [цит. по: 36, р. 197].

Учитывая обычно-правовой характер происхождения односторонних актов государств, можно говорить о том, что приобретение ими качества нового источника международного права возможно.

В свете сказанного считаем, что отсутствие упоминания односторонних актов государств в действующей редакции ст. 38 Статута Международного суда ООН само по себе не препятствует рассмотрению их в качестве источника международного права.

Некоторые исследователи (Б. Муламба Мбуи [29, р. 142, 153], Л. Д. Тимченко, Л. А. Тимченко [30, с. 30]) относят односторонние акты государств наряду с судебными решениями международных судов к вспомогательным средствам для определения обычая. Действительно, односторонние акты государств играют определенную роль как в самом процессе формирования обычая, так и для установления содержания уже сложившихся обычно-правовых норм.

Однако вспомогательные средства используются для определения существующих на основе международного договора или обычая прав и обязанностей. В то же время такие односторонние акты государств, как обе-

щание, признание или отказ, сами по себе способны закрепить новые, ранее не существовавшие права и обязанности. В связи с этим значение односторонних актов государств нельзя сводить к их роли в установлении и определении обычных норм.

Именно на эту способность односторонних актов государств – создание международных обязательств – ссылаются ученые, утверждающие, что односторонние акты государств можно рассматривать в качестве источника международного права. Так, В. М. Шумилов указывает: «При определенных условиях, некоторые односторонние акты государств способны порождать международно-правовые обязательства (т. е. выступать источниками международного права)» [18, с. 118]. М. В. Буроменский придерживается аналогичной точки зрения, полагая, что «односторонние акты государств, безусловно, являются источниками международного права, поскольку создают международные обязательства» [17, с. 52].

Как видно, данными авторами ставится знак равенства между источниками международных обязательств и источниками международного права. В Комиссии международного права ООН по этому поводу также отмечалось, что «проведение разграничения между источниками международного права и источниками международных обязательств иллюзорно», поскольку как источники международного права, так и источники международных обязательств являются источниками не только обязанностей, но и прав по международному праву [37, с. 86].

Однако в доктрине высказывается и иная точка зрения, согласно которой эти категории следует различать. Г. И. Тункин, хотя и не объясняет, в чем состоит разница между теми и другими, отмечает, что понятие «источники международно-правовых обязательств» шире понятия «источники международного права» и охватывает односторонние акты и решения международных судов, арбитражей и др. [25, с. 183]. М. Шоу пишет: «Односторонние акты, хотя и не являются источниками международного права, как они понимаются в статье 38 Статута Международного суда ООН, могут составлять источник международных обязательств» [26, р. 122]. По мнению М. Эйкхерста (Великобритания), односторонние акты государств «могут являться источниками международного права, или, по крайней мере, юридических прав и обязанностей» [38, р. 281].

Полагаем, основания для проведения различия между источниками международного права и источниками международных обязательств действительно имеются, и связаны они со способностью закреплять *нормы* международного права – качеством, присущим источникам международного права, но не источникам международных обязательств.

Как к самим нормам, так и к источникам международного права доктриной предъявляется непременное требование: они являются результатом *согласования позиций двух или более субъектов* международного права в

отношении того или иного правила поведения. При этом О. В. Луткова (Россия) считает, что процессуальный критерий (процедура нормотворчества, предполагающая согласование воль субъектов международного права) является «единственным, базовым и бескомпромиссным» для выявления норм и источников международного права [39, с. 5, 7].

Источники международных обязательств – такие как решения международных судов, обязательные резолюции Совета Безопасности ООН и другие – хотя и порождают права и обязанности субъектов международного права, но в результате иного процесса, который не требует согласования воль заинтересованных субъектов.

Поскольку односторонние акты государств также вызывают международно-правовые последствия, не требуя вмешательства волеизъявления субъектов иных, чем автор акта, критерий согласования воль не позволяет включить их в понятие «источник международного права» в традиционном смысле этого термина.

Такое видение проблемы, изложенное нами ранее в соответствующем параграфе учебного пособия «Международное право. Общая часть» (2010) [40, с. 162], разделяется и обосновывается некоторыми российскими авторами [7, с. 178]. Отличие позиций состоит в том, что, по нашему мнению, односторонние акты государств *сами по себе* не могут быть включены в источники международного права *в общепринятом значении* этого термина. Данная часть нашего тезиса требует пояснения.

При квалификации односторонних актов государств в качестве источников международного права следует учитывать и тот процесс, который происходит после формулирования акта и возникновения его правовых последствий. Многие односторонние акты государств с течением времени получают явно выраженное или молчаливое согласие государств – адресатов этих актов с вызываемыми ими последствиями. Это не противоречит одностороннему характеру таких актов. Согласия адресатов акта не требуется для *возникновения* международно-правовых последствий: для этого достаточно проявления воли одной из сторон создаваемого правоотношения. Отсюда вытекает отсутствие необходимости в установлении наличия соглашения для обоснования юридической силы одностороннего акта государства. Наряду с этим каждый односторонний акт государства, адресованный конкретным субъектам международного права, создает основу для последующего согласования воль по поводу изменяющихся правоотношений.

Нельзя отрицать того, что субъекты международного права, которым посредством одностороннего акта государства предоставляются права, каким-то образом реагируют на это. Бенефициары односторонних актов государств могут воспользоваться предоставляемыми правами, проигнорировать их существование или отказаться от них. Еще раз подчеркнем, что это не затрагивает одностороннего характера акта: в процессе, следующем

после формулирования акта и возникновения правовых последствий, речь идет о влиянии реакции адресатов на уже возникшие последствия. Так, в случае отказа от предоставляемых посредством одностороннего акта прав снимаются корреспондирующие обязанности автора акта, но это не означает, что таких обязанностей не существовало изначально. Иная квалификация рассматриваемой ситуации противоречила бы самой природе односторонних актов государств, означала бы перенесение момента возникновения их последствий на неопределенный срок и потому не соответствовала бы идеям стабильности и предсказуемости международных отношений.

В случае же когда односторонний акт государства получает явно выраженное или молчаливое согласие со стороны его адресатов с вызываемыми правовыми последствиями, он не просто продолжает свое существование, но меняет статус. Такое согласие восполняет недостающий элемент для квалификации создаваемого односторонним актом государства правила в качестве нормы международного права, а соответственно самого акта – в качестве источника международного права. Поскольку с момента наступления такого согласия критерий согласования воль можно считать соблюденным, соответствующие права и обязанности приобретают статус нормы международного права. Сам же односторонний акт государства, который до этого момента выступал в качестве источника международного обязательства, приобретает качество источника международного права *sui generis* (лат. – «своего рода»). Необходимость включения этой характеристики вызвана особенностями процесса создания нормы: та стадия, которая обычно выступает первой, – согласование воль государств – имеет место после того, как возникают права и обязанности по международному праву.

Следует отметить, что такие выводы нельзя переносить на другие источники международных обязательств. Решения международных судов, обязательные резолюции Совета Безопасности и другие обязательные к выполнению государствами акты международных организаций выполняются не потому, что государства соглашаются с сутью созданных обязательств, а потому, что они ранее обязались их выполнять. Если в случае с односторонними актами государств действительно можно говорить о согласии с содержанием вызванных последствий, то в ситуации с иными источниками международных обязательств имеет место простое правоприменение и о согласовании позиций по поводу изменившихся правоотношений речи не идет.

Что же касается того факта, что односторонний акт государства вызывает обязательства лишь у одного субъекта – его автора, то он не означает невозможности квалификации соответствующего правила в качестве нормы международного права. Действие одностороннего акта государства распространяется не только на его автора, но и на его адресатов, которые

применяют его, реализуя предоставляемые им права (включая правомочия по требованию соблюдения акта). Ограниченный круг субъектов, связанных созданным обязательством, также не влияет на решение вопроса об отнесении односторонних актов государств к источникам международного права. Существование партикулярных норм международного права нивелирует значение такого признака нормы права, применимого более к национальной правовой системе, как «общебязательность» правила поведения.

Определенную специфику в контексте возможности отнесения к источникам международного права имеют коллективные односторонние акты государств. В о - первых , в таких актах изначально присутствует согласованность воль государств – авторов акта; в о - вторых , такие акты обязательны не только для одного государства, а для всех государств, участвующих в принятии такого акта. Таким образом, можно констатировать появление в результате коллективных односторонних актов государств партикулярных норм международного права, а сами эти акты рассматривать в качестве источника международного права для государств, участвующих в этом акте.

Специфика квалификации односторонних актов государств в качестве источников международного права не снижает их значимости по сравнению с общепризнанными источниками. Ж. д'Аспремон (Нидерланды), рассматривая «мягкие способы облечения воли», указывает, что «способ является мягким, если стороны решают прибегнуть к документам иным, чем формальный договор или односторонняя юридическая декларация» [41, р. 1082]. Односторонние акты государств ставятся исследователями в иерархии источников международного права на одну ступень с международными договорами. М. Эйхерст отмечает: «Такие акты схожи по своим последствиям с договорами и, вероятно, имеют такую же иерархическую ценность, как договоры» [38, р. 281]. По мнению Дж. Гарнера (США), односторонние акты имеют равную силу с договорами, а предпочтение им отдается ввиду политической целесообразности или из соображений практического удобства [42, р. 488].

Такой подход вполне оправдан. Международные судебные учреждения применяют односторонние акты государств для определения прав и обязанностей по международному праву наряду с международным договором и международным обычаем. Международная ответственность за их нарушение не обладает спецификой: Комиссия международного права ООН, рассматривая вопрос о влиянии источников происхождения международно-правовых обязательств на режим ответственности за их нарушение, пришла к выводу, что установление такой зависимости не имеет достаточных оснований [43, с. 57]. В силу этого односторонние акты государств ведут к возникновению международно-правовых обязательств, обладающих такой же силой, что и обязательства из общепризнанных источников международного права, таких как международный договор и международный обычай.

Подводя итог вышеизложенному, можно сделать следующие выводы:

1) односторонние акты государств являются источником международных прав и обязанностей. Однако поскольку они не представляют собой результат согласования воль субъектов международного права (за исключением коллективных односторонних актов), односторонние акты государств *per se* (лат. – «сами по себе») не могут рассматриваться в качестве источника международного права;

2) с течением времени, когда можно констатировать согласие адресатов односторонних актов государств с вызванными ими юридическими последствиями, критерий согласования воль можно считать соблюденным и такие акты приобретают качество источника международного права особого рода;

3) коллективные односторонние акты государств, порождая партикулярные нормы международного права, сами по себе могут быть квалифицированы в качестве источника международного права для государств, участвующих в этом акте;

4) особенности квалификации односторонних актов государств в качестве источника международного права не снижают юридической силы обязательств, порождаемых односторонними актами государств, по сравнению с обязательствами в силу других источников.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. *Degan V. D. Unilateral Act as a Source of Particular International Law // Finnish Yearbook of International Law.* – 1994. – Vol. 5. – P. 149–266.
2. *Zemanek K. Unilateral Legal Acts Revisited // International Law : Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy.* – The Hague ; Boston ; London : Martinus Nijhoff, 1998. – P. 209–222.
3. *Skubiszewski K. Les Actes Unilateraux Des Etats // Droit international : Bilan et perspectives ; M. Bedjaoui (ed.).* – Paris : UNESCO ; Dordrecht ; Boston ; London : Martinus Nijhoff, 1991. – P. 231–240.
4. *Suy E. Les actes juridiques unilatéraux en droit international public // Thèse ... docteur es sciences politiques.* – Genève ; Paris : LGDJ, 1962.
5. *Каламкарян Р. А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств.* – М. : Наука, 1984.
6. *Ляхов Е. Г., Бадалина М. Б., Алимов А. А. Односторонние международные акты государств и приграничное сотрудничество // Вестн. Москов. ун-та МВД России.* – 2011. – № 1. – С. 98–102.
7. *Ильяшевич М. В. Понятие односторонних актов государств в международном праве // Москов. журн. междунар. права.* – 2011. – № 1. – С. 172–184.
8. *Курдюков Г. И. Односторонние юридические акты государств // Вестн. экономики, права и социологии.* – 2012. – № 1. – С. 199–201.
9. *Рачков И. В. Односторонние акты государств: некоторые правовые вопросы // Государство и право.* – 2001. – № 8. – С. 75–88.

10. Лехник Н. Л. Міжнародно-правова природа одностороннього зобов'язання держави // Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». – 2004. – Т. 26 : Юрид. науки. – С. 60–63.
11. Мельник С. А. Односторонние акты государств в современном международном праве. – Одесса : Феникс, 2011.
12. Goodman C. *Acta Sunt Servanda? A regime for the unilateral Acts of States at International Law* : Paper, presented at the 2005 ANZIL Conference // The Australian National University College of Law [Electronic resource]. – URL : <http://law.anu.edu.au/cipl/Conferences&SawerLecture/Papers/Goodman>.
13. Zoller E. La bonne foi en droit international public. – Paris : Pedone, 1977.
14. Miri H. The Autentication of Countries' Unilateral Acts as a Source in International Law // Journal of Basic and Applied Scientific Research. – 2012. – № 2 (3). – P. 2733–2737.
15. Thirlway H. Concepts, Principles, Rules and Analogies : International and Municipal Legal Reasoning // Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. – 2002. – Vol. 294. – P. 265–406.
16. Хаитов М. Источники международного гуманитарного права (опыт государств Центральной Азии) // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2001. – № 1. – С. 17–24.
17. Односторонні акти держав // Міжнар. право : навч. посібник / М. В. Буроменський [и др.] ; за ред. М. В. Буроменського. – Київ, 2006. – § 8. – С. 52–55.
18. Шумилов В. М. Международное право : учебник. – М. : Велби, 2007.
19. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят второй сессии. Доклады ООН: A/55/10. – Нью-Йорк : ООН, 2000.
20. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии. Доклады ООН: A/56/10. – Нью-Йорк : ООН, 2001.
21. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят пятой сессии. Доклады ООН: A/58/10. – Нью-Йорк : ООН, 2003.
22. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят шестой сессии. Доклады ООН: A/59/10. – Нью-Йорк : ООН, 2004.
23. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят седьмой сессии. Доклады ООН: A/60/10. – Женева : ООН, 2005.
24. Саваськов П. В. Принцип добросовестного выполнения обязательств по международному праву // Международное право : учебник / Абашидзе А. Х. [и др.]; отв. ред. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – М. : МО : Юрайт-Издат, 2007. – С. 86–88.
25. Тункин Г. И. Процесс создания норм и источники международного права // Курс международного права : в 7 т. / Ю. А. Баскин [и др.]; отв. ред.: Мюллерсон Р. А., Тункин Г. И. – М. : Наука, 1989–1993. – Т. 1. : Понятие, предмет и система международного права; гл. 6. – С. 182–219.
26. Shaw M. International Law. – 6th ed. – Cambridge [etc.] : CUP, 2008.
27. Wolfke K. International Law-making Factors. An Attempt at Systematization // Polish Yearbook of International Law. – 1986. – Vol. XV. – P. 243–250.
28. Динь Н. К., Даїє П., Пегле А. Международное публичное право : в 2 т. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1, кн. 1: Формирование международного права. – 2000.
29. Mulamba Mbuyi B. Introduction à l'étude des sources modernes du droit international public. – Quebec : Les Presses de l'Université Laval Bruylant, 1999.

30. Тимченко Л. Д., Тимченко Л. А. Международное право: основные отрасли, институты, нормы. – Ирпень : Нац. акад. ГНС Украины, 2004.
31. Cahier P. Le comportement des États comme source de droits et d'obligations // Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim. – Genève : La Faculte et l'Universite, 1968. – P. 237–266.
32. Jennings R. Y. The Identification of International Law // International Law : Teaching and Practice. B. Cheng (ed.). – London : Stevens, 1982. – P. 3–9.
33. Wolfe K. Some Reflections on International Environmental Law-Making and Enforcement // Polish Yearbook of International Law. – 1976. – Vol. VIII. – P. 33–53.
34. Лукин П. И. Источники международного права – М. : Изд-во АН СССР, 1960.
35. Pauwelyn J. Conflict of norms in public international law : how WTO law relates to other rules of international law. – Cambridge : CUP, 2003.
36. Hoof G. J. H. van Rethinking the Sources of International Law – Deventer [etc.] : Kluwer, 1983.
37. Доклад Комиссии международного права о работе ее пятидесятой сессии. Доклады ООН: A/53/10. – Нью-Йорк : ООН, 1998.
38. Akehurst, M. The Hierarchy of the Sources of International Law // British Year Book of International Law, 1974–1975. – V. 47. – Oxford : Clarendon press, 1977. – P. 273–285.
39. Луткова О. В. К вопросу о необходимости возрождения доктрины источниковедения международного права // Междунар. публич. и частное право. – 2004. – № 5 (20). – С. 3–8.
40. Коннова Е. В. Односторонние акты государств // Междунар. публич. право. Общая часть : учеб. пособие / Ю. П. Бровка [и др.] ; под ред. Ю. П. Бровки, Ю. А. Лепешкова, Л. В. Павловой. – Минск : Амалфея, 2010. – С. 161–164.
41. D'Aspremont J. Softness in International Law : A Self-Serving Quest for New Legal Materials // European Journal of International Law. – V. 19. – № 5. – P. 1075–1093.
42. Garner J. W. Acts and Joint Resolutions of Congress as Substitutes for Treaties // American Journal of International Law. – 1935. – V. 29. – № 3. – P. 482–488.
43. Доклад Комиссии международного права о работе ее двадцать девятой сессии. Доклады ООН: A/32/10. – Нью-Йорк : ООН, 1977.

Статья поступила в редакцию 10.07.2013 г.

СУДОВАЯ СИСТЕМА ЕЎРАПЕЙСКАГА САЮЗА ПАСЛЯ ЛІСАБОНУ

В. И. Самарын

У артыкуле аналізуецца сістэма судовых органаў на наднацыянальным узроўні ў межах ЕС, разглядаючы пытанні судаводства. Пасля ўступлення ў сілу Лісабонскага дагавору змяніўся парадак падсуднасці спораў Суду ЕС, пашырыліся магчымасці для звязтвання ў Суд ЕС фізічных і юрыдычных асоб, у тым ліку з трэціх дзяржаў. Паступова фарміруецца падобная судовая практыка ў Судзе ЕўразЭС.

The article reveals the judicial system at the supranational level in the EU, as well as issues of legal proceedings within this system. After the entry into force of the Lisbon

Treaty some changes were made in matters of jurisdiction of the Court of Justice, the possibilities of individuals and companies (including third countries' residents) to appeal to the Court of Justice were expanded. The similar jurisprudence gradually starts to develop in the the Court of EurAsEC.

Ключавыя слова: Суд ЕС, Лісабонскі дагавор, Суд ЕўразЭС, наднацыянальны ўзровень у рамках ЕС.

Keywords: Court of Justice, Lisbon Treaty, Court of EurasEC, supranational level in the EU.

У апошні час актывізаваліся інтэграцыйныя працэсы ў рамках Еўразійскай эканамічнай супольнасці (далей – ЕўразЭС). Мяркуеца, што ўжо ў 2015 г. трох дзяржав – Беларусь, Расія і Казахстан – створаць Еўразійскі эканамічны саюз. Аб’яднанне ў адным саюзе дзяржаў з рознымі эканамічнымі і палітычнымі сістэмамі немінуча будзе весці да ўзнікнення спрэчак паміж імі. Рашэннямі, прынятыхімі ў рамках Мытнага саюза Беларусі, Расіі і Казахстана, ужо часта не задаволеная суб’екты гаспадарання і фізічныя асобы дзяржаў-удзельніц. Некаторыя з іх лічаць, што такія рашэнні закранаюць, а часам і парушаюць іх права або законныя інтарэсы. Прававыя патрабаванні да органаў названых інтэграцыйных утворэнняў могуць мець таксама іх міжнародныя служачыя. З 1 студзеня 2012 г. пачаў функцыянаваць Суд Еўразійскай эканамічнай супольнасці.

У адпаведнасці з арт. 13 Статута Суда ЕўразЭС ад 5 ліпеня 2010 г. [1] да кампетэнцыі Суда адносіцца: забеспячэнне аднастайнага прымінення Дагавора аб заснаванні Еўразійскай эканамічнай супольнасці ад 10 кастрычніка 2000 г. і іншых дзеючых у рамках Супольнасці міжнародных дагавораў і рашэнняў, якія прымаюцца органамі ЕўразЭС, разгляд спрэчак эканамічнага характару, якія ўзнікаюць паміж бакамі па пытаннях рэалізацыі рашэнняў органаў ЕўразЭС і палажэнняў дагавораў, якія дзейнічаюць у рамках ЕўразЭС, тлумачэнне палажэнняў міжнародных дагавораў, якія дзейнічаюць у рамках ЕўразЭС, і рашэнняў органаў ЕўразЭС. У сувязі са стварэннем Мытнага саюза Суд ЕўразЭС таксама разглядае справы аб адпаведнасці актаў органаў Мытнага саюза міжнародным дагаворам, якія складаюць дагаворна-прававую базу Мытнага саюза, разглядае справы аб аспрэчванні рашэнняў, дзеянняў (бяздзейнасці) органаў Мытнага саюза, дае тлумачэнне міжнародных дагавораў, якія складаюць дагаворна-прававую базу Мытнага саюза, актаў, прынятых органамі Мытнага саюза, вырашае спрэчкі паміж Камісіяй Мытнага саюза і дзяржавамі, якія ўваходзяць у Мытны саюз, а таксама паміж дзяржавамі – членамі Мытнага саюза па выкананні імі абавязкальстваў, прынятых у рамках Мытнага саюза. Па-ступова складаеца судовая практика (у 2012 г. было разгледжана 2 спраправы, у якіх суб’екты гаспадарання Расійскай Федэрацыі аспрэчвалі рашэнні Камісіі Мытнага саюза).

Улічваючи, што інтэграцыйныя ўтварэнні на тэрыторыі Еўрапейскага саюза (далей – ЕС) маюць працяглую гісторыю, навуковую цікавасць выклікае вывучэнне інстытуцыйных аспектаў такіх утварэнняў, а ў кантэксле дадзенага артыкула перш за ёсё вывучэнне сістэмы судовых органаў на наднацыональным узроўні.

Для вырашэння спречных пытанняў на ўзроўні права ЕС адпачатку быў створаны Суд еўрапейскіх супольнасцей. Аднак адзінаму органу стала складана спраўляцца з колькасцю надыходзячых іскаў і скаргаў. З цягам часу разглядам спречак сталі займацца таксама Суд першай інстанцыі і спецыялізаваная судовая калегія. Частка 1 арт. 19 Дагавора аб Еўрапейскім саюзе ў рэдакцыі Лісабонскай дамовы [2] (далей – Дагавор аб ЕС (Л)) захавала структуру, змяніўшы найменні. У Суд Еўрапейскага саюза¹ цяпер уваходзяць Суд, Агульны суд і спецыялізаваныя суды. Як мы бачым, судовая сістэма ЕС трохзвенная.

Суд. Суд еўрапейскіх супольнасцей быў створаны згодна з арт. 85 Дагавора аб заснаванні Еўрапейскага аб'яднання вугля і сталі і абр. 1 § 5 Пагаднення аб пераходных палажэннях да Дагавора аб заснаванні Еўрапейскага аб'яднання вугля і сталі ад 18 красавіка 1951 г. Сваю дзейнасць ён пачаў у Люксембургу, дзе яму было прадпісаны «часовае месца дзейнасці» (рашэнне прадстаўнікоў урадаў дзяржаў-удзельніц ад 8 красавіка 1965 г. [3]). І толькі ў 1992 г. Люксембург быў вызначаны месцам знаходжання Суда еўрапейскіх супольнасцей і Суда першай інстанцыі.

У склад Суда ўваходзіць па адным суддзі ад кожнай дзяржавы-удзельніцы. Суддзі маюць поўную незалежнасць і выбіраюцца на 6 гадоў урадамі дзяржаў-удзельніц з магчымасцю пераабрання (што не ў поўнай меры адпавядае прынцыпу незалежнасці суддзяў, але забяспечвае кантынуітэт судовай практикі). Свае паўнамоцтвы суддзі ажыццяўляюць на Пленуме альбо ў калегіях (3 або 5 суддзяў). Справы могуць разглядацца таксама ў Вялікай калегіі (15 суддзяў), у якой старшынствует Старшыня Суда.

Старшыня Суда абіраецца суддзямі гэтага суда на трохгадовы тэрмін (абр. 3 арт. 253 Дагавора аб функцыянаванні Еўрапейскага саюза (далей – ДФЕС) [4]). У адпаведнасці з унесенымі ў 2012 г. змяненнямі ў Статут Суда ЕС [5] для аказання дапамогі Старшыні суддзі са свайго складу абіраюць таксама намесніка. Дадзеная пасады можна займаць паўторна (арт. 9а).

У рамках Суда дзейнічаюць 8 генеральных адвакатаў (юрыдычных дарадцаў), чия задача складаць з захаваннем непрадузятасці і незалежнасці

¹ Тэрмін «Суд» выкарыстоўваўся раней ва ўстаноўчых дагаворах у двух сэнсах. Перш за ёсё як зборнае паняцце, пад якім разумелі орган правасуддзя супольнасцей. Акрамя таго, Суд (еўрапейскіх супольнасцей) разумеўся і як вышэйшае звязаны судовай сістэмой еўрапейскіх супольнасцей. Лісабонская дамова прадугледжвае зборнае паняцце для інстытута ЕС – «Суд Еўрапейскага саюза». Вышэйшае звязаны судовай сістэмой ЕС захоўвае назыву «Суд» (Court of Justice).

«матываваныя меркаванні (заключэнні)» па разглядаемых судом спрахах (абз. 2 арт. 252 ДФЕС). Досыць часта менавіта дадзеныя матываваныя меркаванні, якія змяшчаюць поўную ацэнку фактычных абставінаў і юрыдычнай кваліфікацыі разглядаемай Судом справы, раскрываюць важныя ракурсы ў ўропейскім праве. У Лісабонскай дэкларацыі ад 18 кастрычніка 2007 г. [6] пазначана, што калі Суд папросіць павялічыць колькасць генеральных адвакатаў да 11, то Савет ЕС аднаголосна пагодзіцца на такое павелічэнне. Пры гэтым Польшча, як і Германія, Францыя, Італія, Іспанія і Вялікабрытанія, будзе мець пастаяннага генеральнага адваката і ратації будуць падлягаць толькі пяць генеральных адвакатаў.

Суддзей, або генеральным адвакатам Суда, можа быць асоба, чыя незалежнасць не выклікае сумненняў і адказвае кваліфікацыйным патрабаванням, неабходным для назначэння на вышэйшыя судовыя пасады ў іх адпаведнай дзяржаве, ці з'яўляецца выдатным юристам (абз. 1 арт. 253 ДФЕС). Хоць, як правіла, рашэнне пра прызначэнне суддзі Суда ЕС носіць палітычны характар [7, с. 128].

Арт. 255 ДФЕС прадугледжвае, што для адбору кандыдатаў на пасады суддзяў і адвакатаў Суда ствараецца Камітэт, які складаецца з сямі асоб, былых членаў Суда або Агульнага суда, а таксама членаў вышэйших судовых інстанций дзяржаў-удзельніц.

Суд разглядае спраvy па першай інстанцыі, а таксама пераглядае рашэнні Агульнага суда.

Агульны суд пад назвай Суд першай інстанцыі быў створаны рашэннем Савета ЕС № 88/591 ад 24 кастрычніка 1988 г. [8] як новая інстанцыя пры Судзе ўропейскіх супольнасцей па разглядзе спрэчак са сваёй кампетэнцыяй у рамках спраў, якія разглядаюцца па першай інстанцыі. Агульны суд сам па сабе не з'яўляецца інстытутам ЕС, а падпарадкованы Суду як самастойны склад суда. Склад і ўнутраная арганізацыя Агульнага суда падобныя да структуры Суда. Аднак у Агульным судзе адсутнічаюць генеральныя адвакаты па пасадзе, хоць абз. 1 арт. 254 ДФЕС прадугледжвае, што асобныя суддзі Агульнага суда могуць быць прызваныя выконваць функцыі генеральнага адваката па пэўных катэгорыях спраў. У дачыненні да колькасці суддзяў Агульнага суда арт. 254 ДФЕС адсылаета да Статута Суда ЕС. У арт. 48 апошняга пазначана, што ў склад Агульнага суда ўваходзіць 27 суддзяў, адпаведна кожная дзяржава-удзельніца прызначае па адным суддзі. Патрабавані для асоб, якія могуць быць суддзімі Агульнага суда, некалькі мякчэйшыя. Імі могуць быць асобы, чыя незалежнасць не выклікае сумненняў і яны валодаюць здольнасцю, патрэбнымі для прызначэння на высокія судовыя пасады (абз. 2 арт. 254 ДФЕС).

Падсуднасць спраў Агульнаму суду вызначана арт. 256 ДФЕС: прамыя іскі фізічных і юрыдычных асоб аб несапраўднасці (арт. 263 ДФЕС), аб бяздзейнасці (арт. 265 ДФЕС), або кампенсацыі шкоды (арт. 268 ДФЕС), а

таксама пры наяўнасці адпаведнай арбітражнай агаворкі (арт. 272 ДФЕС). З гэтых іскаў выключаюцца тыя, якія прама аднесены да падсуднасці спецыялізаваных судоў і Суда. Рэгламентамі ЕС да падсуднасці Агульнага суда аднесены таксама іскі супраць рашэнняў апеляцыйных палат Бюро па гарманізацыі ўнутранага рынку і Бюро Супольнасці па селекцыі раслін. Акрамя таго, Агульны суд паўнамоцны прымаць папярэднія рашэнні² па прэюдыцыяльных запытах нацыянальных судоў у пэўных сферах.

Рашэнні Агульнага суда могуць быць абскарджаны ў Судзе ў касацыйным парадку. Падставамі для абскарджання могуць быць некампетэнтнасць суда, працэсualальная парушэнні, якія закранаюць інтэрэсы асобы, якая падала скаргу, а таксама парушэнне права ЕС.

Акрамя таго, Савет ЕС сумесна з Еўрапарламентам можа ствараць *спецыялізаваныя суды* пры Агульным судзе (арт. 57 ДФЕС). Яны паўнамоцны разглядаць справы пэўнай катэгорыі і іх суддзі прызначаюцца аднагалосным рашэннем Савета ЕС. Кандыдаты на пасаду суддзі такой калегіі павінны валодаць здольнасцямі, неабходнымі для прызначэння на судовыя пасады, і іх незалежнасць не павінна выклікаць сумненняў. У дадзены момант створаны толькі адзін такі спецыялізаваны суд – Суд для іскаў служачых ЕС. Дадзены суд складаецца з 7 суддзяў, прызначаных тэрмінам на 6 гадоў. Пры іх прызначэнні ўлічваецца меркаванне камітэта, які складаецца з сямі былых членоў Суда, Агульнага суда, а таксама выдатных юрыстаў. Пры прызначэнні Савет ЕС павінен улічваць баланс геаграфічнага прадстаўніцтва дзяржаў-удзельніц і разнастайнасць прававых сістэм. З 2012 г. прадугледжана магчымасць прызначэння часовых суддзяў у спецыялізаваныя суды.

Суд для іскаў служачых ЕС разглядае справы ў калегіях па троє суддзяў. Аднак пры наяўнасці складанай справы яна можа быць разгледжана поўным складам суда. У некаторых выпадках магчымы разгляд справы аднаасобна альбо калегіяльным складам, які складаецца з 5 суддзяў. Да падсуднасці Суда для іскаў служачых ЕС аднесены справы, звязаныя з дзяржаўнай службай на ўзорні ЕС (справы па спрэчках паміж Саюзам і яго служачымі ў адпаведнасці з арт. 270 ДФЕС: аб аплаце працы, пра переводы, прыём на працу, дысцыплінарныя спагнанні, непрацаздольнасць, пенсійнае забеспеччэнне, няшчасныя выпадкі на працы, утрыманне сем'яյ і г. д.). Пад служачымі Саюза разумеюцца грамадзяне, якія стаяць на яго публічнай службе, якая выступае аналагам дзяржаўнай службы ў апараце асабнай дзяржавы [9, с. 382]. Спрэчкі паміж нацыянальнымі ўрадамі і іх службоўцамі не ўваходзяць у кампетэнцыю гэтага суда. Рашэнні Суда для іскаў служа-

² Папярэднія рашэнні (англ. preliminary ruling) прымаюцца на падставе прэюдыцыяльных запытаў нацыянальных судоў па разглядаемай імі справе. Папярэднія рашэнні з'яўляюцца канчатковым па пытанні права, але не па пытанні факта.

чых ЕС могуць быць на працягу двух месяцаў аблкарджаны ў касацыйным парадку (па пытаннях права) у Агульны суд.

Дзейнасць судовых органаў ЕС ацэнываецца ў цэлым пазітыўна. Хоць Суд ЕС папракаюць за тое, што пры тлумачэнні права ён пашырае свае паўнамоцтвы з мэтай судзейскага развіцця права і тым самым выходзіць за рамкі сваёй кампетэнцыі [10, с. 49]. З палітыка-прававога пункту гледжання Суд ЕС сваімі рашэннямі спрыяе далейшай еўрапейскай інтэграцыі.

Функцыі Суда Еўрапейскага саюза. Асноўная мэта дзейнасці названых судовых органаў – сумесна на аснове незалежнасці ахойваць права пры тлумачэнні і прымяненні ўстаноўчых дагавораў (арт. 19 Дагавора аб ЕС (Л)). Пры гэтым права Саюза разумеецца ў шырокім сэнсе. Яно ўключае ў сябе не толькі першаснае і другаснае права ЕС, але і агульныя прынцыпы, а таксама міжнародныя дагаворы ЕС. Судовыя органы выконваюць свае задачы з дапамогай кантролю як захавання прававых актаў і кіраўнічых дзеянняў органаў ЕС, так і дзеянняў дзяржаў-удзельніц, а таксама з дапамогай прадастаўлення індывидуальнай прававой абароны і тлумачэння права ЕС, якое мае абавязковую сілу.

Суд ЕС некампетэнтны тлумачыць пытанні сапраўднасці нацыянальнага права, гэта значыць ён не мае права прызнаваць несапраўднымі акты заканадаўства дзяржаў-удзельніц.

Калі паспрабаваць прымяніць функцыянальнае размежаванне нацыянальных судоў да Суда ЕС, то можна заключыць, што Суд ЕС уяўляе сабой канстытуцыйны суд (вырашэнне спрэчак паміж органамі ЕС і дзяржавамі-удзельнікамі, паміж самімі органамі ЕС, а таксама забеспеччэнне аднастайнасці ва ўжыванні першаснага і другаснага права), адміністрацыйны суд (пытанні правамернасці дзеянняў або незаконнага невыканання органамі ЕС дзеянняў), дысцыплінарны суд (іскі служачых ЕС да Саюза), суд па грамадзянскіх справах (разгляд пытанняў кампенсацыі шкоды Саюзам). У гэтым заключаецца функцыя правасуддзя Суда ЕС.

Да ўступлення ў сілу Лісабонскай дамовы кампетэнцыя Суда ЕС была аблежаваная ў адносінах да Дагавора аб ЕС. Артыкул 46 Дагавора аб ЕС прадугледжваў аблежаваную кампетэнцыю Суда ЕС у сферы супрацоўніцтва паліцыі і судоў па крымінальных справах (далей – СПСКД), а таксама па некаторых іншых пытаннях. Цяпер жа Суд ЕС абавязаны ахойваць права ЕС у цэлым, за выключэннем палажэнняў аб агульнай знешній палітыцы і палітыцы бяспекі (далей – АЗППБ) і СПСКД (ч. 1 арт. 19 Дагавора аб ЕС (Л) з улікам арт. 258-277 ДФЕС). У сферы АЗППБ Суд ЕС можа кантроліраваць выкананне арт. 40 Дагавора аб ЕС (Л), а таксама разглядаць іскі фізічных і юрыдычных асоб у адпаведнасці з абз. 4 арт. 263 ДФЕС (ч. 2 арт. 275 ДФЕС)³.

³ У дадзеным выпадку маюцца на ўвазе іскі фізічных асоб трэціх дзяржаў, напрыклад супраць забароны на ўезд на тэрыторыю ЕС.

Згодна з арт. 262 ДФЕС Савет ЕС аднагалосным рашэннем пасля кансультатацый з Еўрапарламентам можа прыняць рашэнне аб пашырэнні юрысыдкыці Суда ЕС на спрэчкі, якія тычацца прымянення прававых актаў, выдадзеных на падставе ўстаноўчых дагавораў, якія ствараюць аб'екты права інтэлектуальнай уласнасці ЕС.

У адпаведнасці з ч. 11 арт. 218 ДФЕС Суд ЕС па прапанове Еўрапарламента, Савета ЕС, Еўрапейскай камісіі або дзяржавы-ўдзельніцы рыхтуе заключэнне аб адпаведнасці міжнароднага дагавора, які плануецца падпісаць, нормам устаноўчых дагавораў.

Працэдура. Устаноўчыя дагаворы рэгулююць працэсуальныя пытанні фрагментарна. Дэталёва працэдура прадпісана Статутам Суда ЕС, Рэгламентам Суда [11] (з улікам Дадатковага рэгламенту Суда [12]), Рэгламентам Агульнага суда [13], рашэннем Савета ЕС № 88/591 ад 24 кастрычніка 1988 г., Рэгламентам Суда для іскаў служачых ЕС [14].

Працэсуальная нормы па сваёй сутнасці падобныя для ўсіх судовых органаў ЕС. Судаводства можа весціся на адной з афіцыйных моў ЕС. Мову разгляду па канкрэтнай справе вызначае ісцец альбо суд, які накіраваў прэзыдыяльны запыт. Калі ж адказчыкам з'яўляецца дзяржава-ўдзельніца, фізічная або юрыдычная асона дзяржавы-ўдзельніцы, то мовай судаводства з'яўляецца афіцыйная мова такой дзяржавы. Для часткі працэсу па просьбе боку (але не інстытута ЕС) можа выкарыстоўвацца іншая афіцыйная мова ЕС (арт. 37 Рэгламента Суда). Сведка можа даваць паказанні і на мове, якая не з'яўляецца афіцыйнай мовай ЕС (арт. 38 Рэгламента Суда).

У адпаведнасці з арт. 20 Статута Суда ЕС судаводства падзяляеца на пісьмовую і вусную працэдуры (стады). Пісьмовая працэдура пачынаецца з узбуджэння справы шляхам падачы іску (скаргі) або запыту нацыянальным судом (арт. 21, 22 Статута Суда ЕС). Узбуджэнне справы перад Судом магчыма і шляхам падачы электроннага документа [15].

На працягу двух месяцаў пасля паступлення іску (скаргі) адказчык павінен падаць свае пярэчкінні (арт. 124 Рэгламента Суда). У працэдуры папярэдняга рашэння бакі справы, якая разглядаецца ў нацыянальным судзе, – дзяржавы-ўдзельніцы і інстытуты ЕС – могуць у той жа тэрмін пасля апублікавання інфармацыі аб прэзыдыяльным запыце ў Афіцыйным часопісе ЕС прадстаўвіць у Суд сваё меркаванне. Пасля гэтага ісцец мае права дапоўніць іск, а адказчык зноў падаць пярэчкінні (тэрмін – адзін месец кожнаму).

На працягу трох тыдняў пасля атрымання паведамлення Суда аб заканчэнні пісьмовай працэдуры зацікаўленыя асобы могуць хадайнічаць або правядзенні вусных слуханняў па справе (ч. 1 арт. 76 Рэгламента Суда). Вусныя слуханні завяршаюцца выкаваннем меркавання генеральнымі адвакатамі (арт. 136 Рэгламента Суда), калі такія былі запытаны па разглядаемай справе. Бакі могуць быць прадстаўлены ў судзе выключна праз

сваіх прадстаўнікоў, дарадцаў і адвакатаў (арт. 19 Статута Суда ЕС). Пры гэтым фізічныя і юрыдычныя асобы павінны быць прадстаўлены адвакатам у абавязковым парадку (абз. 3 арт. 19 Статута Суда ЕС). Правамі такога адваката надзяляюцца як адвакаты, дапушчаныя да адвакацкай практыкі ў дзяржаве-ўдзельніцы, так і ўніверсітэтскія выкладчыкі-юрысты. У той жа час дзяржавы-ўдзельніцы і органы ЕС могуць быць прадстаўлены ўпаўнаважанымі прадстаўнікамі. У рамках слуханняў могуць быць дапытаныя сведкі альбо эксперты. Слуханні з'яўляюцца публічнымі (адкрытымі), калі суд, маючы важкія падставы, па ўласнай ініцыятыве або па хадайніцтве бакоў не прызнае неабходнасць правядзення закрытых слуханняў (арт. 31 Статута Суда ЕС).

Нарада суддзяў з'яўляецца тайнай і ажыццяўляецца на аснове праекта рашэння, падрыхтаванага суддзёй-дакладчыкам. Па выніках нарады большасцю галасоў прымасца рашэнне, якое падпісваецца ўсімі суддзямі.

Як правіла, разгляд справы ў Судзе ЕС не вядзе да неабходнасці спагнання судовых выдаткаў. Выключэнні прадугледжаны ў арт. 143 Рэгламента Суда (напрыклад, выдаткі, звязаныя з капіраваннем і перакладам па просьбе боку, калі сакратар Суда палічыць іх празмернымі, павінны будзе аплаціць такі бок). Акрамя таго, бок, які выйграў (за выключэннем дзяржаў – удзельніц ЕС і іншыя тутоў ЕС) мае права патрабаваць кампенсацыю панесеных ім расходаў па справе (арт. 138, 140 Рэгламента Суда).

Выкананне рашэння Суда ЕС ажыццяўляецца ў адпаведнасці з арт. 280, 299 ДФЕС з дапамогай органаў ЕС у адпаведнасці з грамадзянскім працэсуальным заканадаўствам дзяржавы, у якой рашэнне выконваецца. Гэта значыць, ужываецца прымус з дапамогай дзяржавы-ўдзельніцы.

ДФЕС прадугледжвае магчымасць падачы іскаў розных відаў, у адпаведнасці з якімі можна вылучыць асобныя *віды судаводства* ў Судзе ЕС.

Судаводства па справах аб парушэнні дагавораў у адпаведнасці з арт. 258 ДФЕС дазваляе Еўрапейскай камісіі абскардзіць парушэнні першаснага або другаснага права ЕС дзяржаўнымі органамі дзяржаў-ўдзельніц. Дадзенае судаводства нацэлена на абарону парушнага аўктыўнага права, але не суб'ектыўнага права грамадзян. У рэдкіх выпадках на падставе арт. 259 ДФЕС магчыма абскарджанне парушэння дагавора іншай дзяржавай-ўдзельніцай. На баку адказчыка заўсёды знаходзіцца дзяржава-ўдзельніца. Некалькі атыповае судаводства аб парушэнні дагавораў можа распачаць Савет кіраўнікоў ЕЦБ у адносінах да нацыянальных цэнтральных банкаў дзяржаў-ўдзельніц (п. *d* арт. 271 ДФЕС). Мэта дадзенага судаводства – абавязаць дзяржавы-ўдзельніцы выконваць права ЕС, і перш за ёсё яно ўжываецца для імплементацыі дырэктыў. Да падачы іску дзяржава-ўдзельніца павінна быць заслухана, а калі істцом выступае іншая дзяржава-ўдзельніца, то павінна быць праведзена пазасудовая папярэдняя працэдура з удзелам Еўрапейскай камісіі. У гэтым вы-

падку дзяржаве даецца тэрмін для ліквідацыі недахопаў. Калі дасудовая працэдура акажацца безвыніковай, то можа быць пададзены іск. Напрыклад, у лютым 2010 г. Еўрапейская камісія звярнулася ў Суд ЕС з іскам супраць Грэцыі, якая, нягледзячы на заключэнне Еўрапейскай камісіі, дадзеная яшчэ ў 2008 г., не прыняла мер да збору падаткаў з асобных юрыдычных асоб, якім раней былі прадастаўлены падатковыя льготы, прымяненне якіх супярэчыла праву ЕС у галіне дзяржаўной падтрымкі⁴.

Іск аб парушэнні дагавораў лічыцца абрэгунтаваным, калі названыя Еўрапейскай Камісіяй або дзяржавай-удзельніцай факты пацверджаны, дзеянне, якое абскарджаеца, законна ставіцца адказчыку і з яго вынікае парушэнне палажэнняў права ЕС. З устанаўленнем у рашэнні Суда ЕС абрэгунтаванасці іску адказчык абавязаны замяніць неадкладна незаконнае палажэнне нацыянальнага права адпавядаючымі праву ЕС нормамі (ч. 1 арт. 260 ДФЕС). Калі рашэнне не будзе выканана, то на дзяржаву можа быць накладзены штраф.

Іск аб несапраўднасці дазваляе істцу правесці судовую праверку законнасці прававых актаў органаў ЕС. Прававыя акты, якія не абавязваюць, не могуць быць прадметам дадзенага іску. Падаць іск аб несапраўднасці могуць Савет ЕС, Еўрапарламент, Еўрапейская камісія і дзяржавы-удзельніцы (абз. 2 арт. 263 ДФЕС), ЕЦБ, Падліковая палата і Камітэт рэгіёнаў (датычна іх кампетэнцыі) (абз. 3 арт. 263 ДФЕС), фізічныя і юрыдычныя асобы (калі прававыя акты закранаюць непасрэдна іх права) (абз. 4 арт. 263 ДФЕС). Іскі могуць быць пададзены ў дачыненні да заканадаўчых актаў, актаў Савета ЕС, Еўрапейской камісіі і ЕЦБ, акрамя рэкамендацый і меркаванняў (заключэнняў), якія не маюць абавязковай сілы. Акрамя таго, прадметам разгляду ў адпаведнасці з дадзенай працэдурай могуць стаць акты Еўрапарламента і Еўрасавета, накіраваныя на стварэнне прававых наступстваў у дачыненні да трэціх асоб. Прававы акт можа быць прызнаны несапраўдным толькі пры наяўнасці падстаў, названых у абз. 2 арт. 263 ДФЕС: адсутнасць паўнамоцтваў на яго прыняцце, парушэнне істотных працэдурных норм, парушэнне ўстаноўчых дагавораў або прынятых для іх прымянення норм, злойжыванне паўнамоцтвамі. Спінільны тэрмін для падачы іску складае два месяцы з моманту апублікавання акта, з моманту паведамлення істца пра яго, пры адсутнасці адпаведнага апублікавання альбо паведамлення – з моманту, калі істцу стала вядома аб адпаведным акце. Іск аб несапраўднасці лічыцца абрэгунтаваным, калі прававы акт органа ЕС, які аспрэчваеца, падпадае пад адну з названих у абз. 2 арт. 263 ДФЕС падстаў несапраўднасці і або парушэнні права ЕС заяўлена істцом, альбо суд падтрымлівае рашэнне па ўласнай ініцыятыве. Пры задавальненні іску прававы акт органа ЕС абыўляеца судом несапраўдным (абз. 1 арт. 264

⁴ Гл. : Справа № C-370/09. Commission v. Greece // OJ. – Case 267. – 07.11.2009. – Р. 50; Case 148. – 05.06.2010. – Р. 23.

ДФЕС). Рашэнне суда дзейнічае з моманту яго прыняцця ў дачыненні да ўсіх асоб. Прававыя і фактычныя наступствы абвешчанага несапраўдным прававога акта павінны быць ліквідаваны. Адзначым, што арт. 263 ДФЕС дазволіў Камітэту рэгіёнаў падаваць іскі аб несапраўднасці нароўні з ЕЦБ і Падліковай палатай, а таксама пашырыў магчымасці для падачы іскаў аб несапраўднасці фізічнымі і юрыдычнымі асобамі, у тым ліку ў дачыненні да актаў, якія носяць харктаў рэгламенту, непасрэдна закранаюць іх правы, але не замацоўваюць мер для іх выканання.

Для ліквідацыі бяздзейнасці інстытутаў ЕС (Еўрапарламент, Еўрасавет, Савет ЕС або Еўрапейская камісія, а таксама ЕЦБ), якая супярэчыць устаноўчым дагаворам, неабходна падаць *іск аб бяздзейнасці*. Такі іск можа быць пададзены дзяржавай-удзельніцай альбо інстытутам ЕС, а таксама фізічнымі і юрыдычнымі асобамі. Права на падачу іску апошнімі абмежавана тым, што яны могуць патрабаваць прыняцця толькі абавязковага прававога акта (але не заключэння або рэкамендацыі), і такі акт павінен мець дачыненне непасрэдна да іх⁵. Падставай для падачы дадзенага іску з'яўляецца ўхіленне ад прыняцця рашэння, нягледзячы на прамое прадпісанне першаснага права. Для падачы іску аб бяздзейнасці неабходна спачатку скарыстацца дасудовай працэдурай – зваротам да інстытута ЕС з патрабаваннем прыняць адпаведнае рашэнне (абз. 2 арт. 265 ДФЕС). На прыняцце рашэння органу ЕС даецца два месяцы. Калі ён прымае неабходныя меры, то іск не можа быць пададзены, калі не, то па заканчэнні гэтага тэрміну пачынае бегчы спыняльны тэрмін у два месяцы для падачы іску ў Суд ЕС. Іск аб бяздзейнасці лічыцца абрэгунтаваным, калі інстытут ЕС, які з'яўляецца адказчыкам, не выконваючы прадугледжаны першасным або другасным правам абавязак дзейнічаць, устрымліваецца ад дзеянняў па прыняцці рашэння або не прымае індывідуальны прававы акт у дачыненні да фізічнай або юрыдычнай асобы (абз. 1, 3 ст. 265 ДФЕС). Пры задавальненні іску інстытут ЕС абавязаны распачаць неабходны дзеянні (абз 1 арт. 266 ДФЕС). Калі ён гэтага не зробіць, то магчымая падача новага іску аб бяздзейнасці. Паказаныя правілы па аналогіі распаўсюджваюцца на бяздзейнасць органаў або устаноў ЕС.

Іск аб кампенсацыі шкоды можа быць пададзены фізічнай або юрыдычнай асобай, а таксама аб'яднаннем, якое не з'яўляецца юрыдычнай асобай (напрыклад, прафсаюзам), на падставе арт. 268 і 340 ДФЕС. Кампенсацыі шкоды могуць запатрабаваць і асобы, якія пражываюць або зарэгістраваныя па-за тэрыторыяй дзеяння ўстаноўчых дагавораў. Магчымасць прад'яўлення дадзенага іску дзяржавамі-ўдзельніцамі спрэчная, аднак ёсць даследчыкі, якія падтрымліваюць такі пункт гледжання [7, с. 228]. Адказчыкам па ісках дадзенай катэгоріі можа быць толькі Саюз, хадзячы абз.

⁵ Гл. : Рашэнне Суда еўрапейскіх супольнасцей па справе № C-68/95 T. Port GmbH & Co. KG v. Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung [1996] ECR I-6065.

З арт. 340 ДФЕС прадугледжвае выключэнне з гэтага права: страты, на-несенныя ЕЦБ альбо яго супрацоўнікамі, павінен кампенсаваць сам банк, бо ён валодае самастойнай правасуб'ектнасцю і адпаведна можа мець права ўласнасці і іншыя рэчавыя права. Дадзенае судаводства дазваліе індывідуальным істцам падвергнуць праверцы законнасць нарматыўных прававых актаў ЕС. Пры гэтым можа быць прынята рашэнне, якое не датычыцца сапраўднасці такога акту, а толькі прысуджае пэўную кампенсацыю нанесенай шкоды. ДФЕС не ўстанаўлівае тэрмін для падачы іску аб кампенсацыі шкоды. У той жа час арт. 46 Статута Суда ЕС прадугледжвае тэрмін іскавай даўнасці па справах прычынення шкоды: пяць гадоў з моманту наступлення падзеі, якая стварае падставу для права патрабавання. Іск аб кампенсацыі шкоды лічыцца абгрунтаваным, калі інстытут ЕС (у тым ліку ЕЦБ) альбо служачы Саюза пры выкананні службовых абавязкаў парушыў прававую норму, якая служыць абароне пацярпелага (адміністрацыйнае парушэнне) альбо прававую норму больш высокай сілы, якая служыць абароне асобы (нарматыўнае парушэнне), і тым самым не-пасрэдна прычыніў шкоду істцу. Калі іск прызнаецца судом абгрунтаваным, то прымаецца рашэнне аб выплаце кампенсацыі нанесенай шкоды.

Першапачатковая мэта судаводства *на прыняціі папярэдняга рашэння (прэюдыцыяльнага судаводства)*, прадугледжанага арт. 267 ДФЕС, – забеспячэнне аднастайнага тлумачэння права ЕС праз Суд ЕС. Дадзенае судаводства таксама можа дапамагчы фізічным і юрыдычным асобам прызначыць несапраўдным важны для іх працэсу прававы акт ЕС праз нацыянальны суд. Тым самым павінна быць папярэджана рознае тлумачэнне першаснага і другаснага права ЕС нацыянальнымі судамі. Калі зірнуць на назыву гэтага судаводства, то можна падумаць, што пры яго выкарыстанні спачатку прымае рашэнне Суд ЕС, а затым – нацыянальны суд. Але гэта не зусім так. Гаворка ідзе пра прамежкавую працэдуру, якая складае частку судаводства, якое вядзеца ў нацыянальным судзе. Накіраваць запыт у Суд ЕС можа любы суд⁶ дзяржавы-ўдзельніцы. Не маюць права распачаць прэюдыцыяльнае судаводства інстытуты ЕС, суды трэціх дзяржаў, а таксама міжнародныя суды. У рамках дадзенага судаводства могуць ставіцца пытанні:

- аб тлумачэнні першаснага права;
- сапраўднасці актаў інстытутаў, органаў і ўстаноў ЕС;
- тлумачэнні актаў інстытутаў, органаў і ўстаноў ЕС (уключаючы другаснае права).

⁶ Пад «судом» пры гэтым разумеюць любы незалежны орган, які на аснове ўстаноўленай законам працэдуры можа вынесці канчатковое і абавязковое для выканання рашэнне па прававой спрэчцы. Таму да «судоў» не варта адносіць прыватныя арбітражныя суды (Гл.: Рашэнне Суда ўрэапейскіх супольнасцей па справе № C-393/92 Municipality of Almelo and others v. NV Energiebedrijf IJsselmijs [1994] ECR I-1477).

Таксама могуць уздымацца пытанні наяўнасці і зместу агульных прынцыпаў права ЕС. Але не можа быць прадметам разгляду тлумачэнне нацыянальнага права, адпаведнасць унутрыдзяржаўных мер праву ЕС. У той жа час нацыянальны суддзя можа паставіць на разгляд Суда ЕС абстрактнае пытанне: ці забароненая правам ЕС мера, якая адпавядае асабнаму нацыянальнаму закону. Недапушчальная пастановка пытання датычна прававога акта, чия сапраўднасць магла быць прадметам разгляду ў рамках судаводства па справах аб несапраўднасці (арт. 263 ДФЕС), але такое судаводства не было распачата з прычыны заканчэння прадугледжанага тэрміну. На практицы Суд ЕС нярэдка тлумачыць недапушчальную пытанні запытаў, такім чынам, каб яны сталі дапушчальнымі запытамі аб сапраўднасці альбо тлумачэнні права ЕС [10, s. 95]. Пытанне, якое ставіцца ў запыце, павінна, на думку нацыянальнага суда, мець значэнне для прыняцця рашэння па справе, якая разглядаецца ім (абз. 2 арт. 267 ДФЕС). Калі судаводства па справе спынена, то запыт не можа лічыцца дапушчальнымым⁷. Абзац 3 арт. 267 ДФЕС ускладае на вышэйшыя судовыя інстанцыі дзяржаў-удзельніц абавязак падаць запыт у Суд ЕС, калі рашэнне, якое прымаецца імі, больш не можа быць абскарджана ў рамках ўнутрыдзяржаўнага працэсу. Паводле норм устаноўчых дагавораў толькі Суду ЕС належыць права абавязчэння прававога акта ЕС несапраўдным. Такім чынам, калі ніжэйстаячыя суды прыходзяць да высновы аб неабходнасці абавязчэння прававога акта ЕС несапраўдным, яны абавязаны накіраваць запыт у Суд ЕС⁸. У сваім рашэнні па запыце аб тлумачэнні Суд ЕС дэталёва апісвае крытэрыі, на падставе якіх ажыццёўлена тлумачэнне. У сувязі з прыняццем такога рашэння нацыянальныя суды абавязаны прытрымлівацца права ЕС у выкладзе Суда ЕС альбо пры наяўнасці сумнення ў правільнасці зноў звярнуцца ў Суд ЕС. Пры наяўнасці пытанняў аб сапраўднасці акта ЕС Суд ЕС правярае правамернасць такога акта ў адносінах да больш высокага па ўзроўні права. Пры гэтым у сваім рашэнні Суд ЕС паказвае на сапраўднасць альбо несапраўднасць такога акта. Калі ў рашэнні Суда ЕС не гаворыцца іншае, то яно мае зваротную сілу.

У выпадках выключнай складанасці дапушчаецца паскораная працэдура прэюдыцыяльнага судаводства (арт. 105 Рэгламента Суда). У гэтым выпадку тэрмін разгляду запыта не можа перавышаць трох месяцаў. Абзац 4 арт. 267 ДФЕС паказвае на неабходнасць прымяняння паскоранай працэдуры ў выпадках, калі ў справе, якая разглядаецца нацыянальным судом, удзельнічае асона, якая знаходзіцца пад вартай. Арт. 107 Рэгламента Суда

⁷ Гл.: Рашэнне Суда ёўрапейскіх супольнасцей па справе № 338/85 Fratelli Pardini SpA v. Ministero del Commercio con l'Estero and Banca Toscana [1988] ECR 2041.

⁸ Гл.: Рашэнне Суда ёўрапейскіх супольнасцей па справе № 314/85 Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost [1987] ECR 4199.

прадугледжвае, што ў тэрміновым парадку могуць разглядацца папярэдня запыты судоў, якія датычацца пытанняў прасторы свабоды, бяспекі і права суддзя (раздел 5 ч. 3 ДФЕС).

Такім чынам, можна адзначыць, што судовая сістэма Еўрапейскага саюза прайшла значны эвалюцыйны шлях у сваім развіцці. З павелічэннем колькасці разглядаемых спрэчак ствараліся новыя судовыя структуры ў рамках адзінага суда. У дадзены момант гэтая структура трохзвенная. Пэўныя прыкметы спрэчкі вызначаюць яе падсуднасць у рамках Суда ЕС. З усіх вядомых відаў судаводства ў Судзе ЕўразЭС на дадзены момант былі выкарыстаны тры (аб несанпраўднасці (аспрачванні) прававых актаў (справы № 1-7/1-2012 (*патрабаванні задаволеня*), 1-7/2-2012 (*патрабаванні задаволеня*), 1-7/2-2013 (*разглядаецца*), аб бяздзейнасці (справа № 1-7/3-2013 (*адмоўлена з-за невыканання дасудовой працэдуры*), пра прымяненне норм міжнародных дагавораў, заключаных у рамках Мітнага Саюза (справа № 1-6/1-2013 (*разглядаецца*)).

БІБЛІЯГРАФІЧНЫЯ СПАСЫЛКІ

1. Статут Суда Евразийского экономического сообщества : принят Решением Межгоссовета ЕвразЭС (на уровне глав государств) от 5 июля 2010 г. № 502 // [Электронный ресурс] / Евразийское экономическое сообщество. – М., 2013. – UPL : <http://www.evrazes.com/docs/view/22>.
2. Consolidated version of the Treaty on European Union, 13th of December 2007 // OJ. – Case 326. – 26.10.2012. – P. 13–46.
3. Decision of the representatives of the Governments of the Member States №. 67/446/EEC of 8 April 1965 on the provisional location of certain Institutions and departments of the Communities // OJ. – Case 152. – 13.7.1967. – P. 18–20.
4. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13th of December 2007 // OJ. – Case 326. – 26.10.2012. – P. 47–200.
5. Regulation (EU, Euratom) No. 741/2012 of the European Parliament and of the Council of 11 August 2012 amending the Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Union // OJ. – L 228. – 23.08.2012. – P. 1–3.
6. Declaration ad Article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union on the number of Advocates-General in the Court of Justice [Electronic resource] / Council of the European Union. – Brussels, 2007. – UPL : <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/ds00866.en07.pdf>.
7. Streinz R. Europarecht. – Heidelberg : C. F. Müller, 2008.
8. Council Decision No. 88/591/ECSC, EEC, Euratom of 24 October 1988 establishing a Court of First Instance of the European Communities // OJ. – L 319. – 25.11.1988. – P. 1–8.
9. Европейский союз : Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. – М. : ИНФРА-М, 2010. – 698 с.
10. Hobe S. Europarecht. – Köln : Carl Heymanns Verlag, 2009. – 310 S.
11. Rules of Procedure of the Court of Justice // OJ. – L 265. – 29.09.2012. – P. 1–42.

12. Supplementary Rules of Court of Justice // OJ. – L 350. – 28.12.1974. – P. 29–32; L 103. – 19.04.1997. – P. 4–5; L 72. – 11.03.2006. – P. 1–3.
13. Rules of procedure of the General Court, 2 May 1991 [Electronic resource] / Curia. – Luxembourg, 2012. – UPL : http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt7_2008-09-25_14-08-6_431.pdf.
14. Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal of 25 July 2007 // OJ. – L 225. – 29.08.2007. – P. 1–29; L 69. – 13.03.2008. – P. 37; L 24. – 28.01.2009. – P. 10; L 92. – 13.04.2010. – P. 17–18; L 162. – 22.06.2011. – P. 19.
15. Decision of the Court of Justice on the lodging and service of procedural documents by means of e-Curia, 13 September 2011 // OJ. – C 289. – 01.10.2011. – P. 7–8.

Артыкул прадстаўлены ў рэдакцыю 15.07.2013 г.

РОЛЬ ПЕКИНСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ 1995 Г. И ЕЕ ИТОГОВЫХ ДОКУМЕНТОВ В ФОРМИРОВАНИИ МЕХАНИЗМА РЕАЛИЗАЦИИ ГЕНДЕРНОГО РАВЕНСТВА НА МЕЖДУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛЬНОМ УРОВНЯХ

Е. В. Сягровец

В данной статье автором исследуется разработка в рамках IV Всемирной конференции ООН по положению женщин 1995 г. инновационного подхода к реализации принципа недискриминации и равноправия по признаку пола на международном и национальном уровнях.

Автор анализирует предпосылки формирования концепции гендерного равенства, обусловленные необходимостью переосмысления проблемы правового статуса женщины в сторону изменения социальной детерминированности ролей каждого из полов.

В статье исследуется юридическая природа итоговых документов конференции 1995 г., особый статус Заключительного акта Пекинской конференции.

The article is devoted to the development of innovative approach to the realization of the principle of nondiscrimination and gender equality on the international and national level. This approach have been worked out in the frame of the Fourth World UN Conference on Women of 1995.

The author analyses preconditions of development of gender equality, which have been determined by the necessity of revaluation of woman legal status towards changing of social determination of the role of men and women.

Attention is also given to the legal nature of the Beijing Conference final documents and the special status of the Final Act of the Beijing Conference.

Ключевые слова: Пекинская конференция, принцип недискриминации, гендерное равноправие.

Keywords: Beijing Conference, gender equality, principle of nondiscrimination.

Четвертая Всемирная конференция по положению женщин 1995 г. (КПЖ) стала важным событием международного масштаба. Конференция

завершила череду международных мероприятий XX в. по улучшению положения женщин. Объявление 1975 г. Международным годом женщин, провозглашение Десятилетия женщины ООН (1976–1985), разработка и принятие Конвенции 1979 г., проведение трех всемирных конференций по этой проблеме – все эти события способствовали изменению правового статуса женщин на национальном и международном уровнях. Четвертая конференция стала своего рода итогом этих мероприятий, однако основной ее особенностью являлся глубокий анализ проделанной работы и, как следствие, переосмысление методов в решении проблемы неравноправного положения женщин.

Применение традиционного подхода к проблеме дискриминации по признаку пола на международном и национальном уровнях оказалось малоэффективным. Стало очевидно, что общий принцип равенства без различий между мужчинами и женщинами, надлежащим образом обоснованный в праве, часто влечет скрытую дискриминацию последних. Из-за различия социальных ролей мужчин и женщин равенство *de jure* часто ведет к дискриминации *de facto*.

В то же время выделение прав женщин в особую категорию правового регулирования в некоторой степени ограничивает их применение рамками социальной группы. Основной причиной возникновения данных противоречий в процессе реализации принципа недискриминации по признаку пола является фактор репродуктивной функции женщины, который проявляется чаще всего в семейной, социально-экономической и трудовой сфере. Безусловно, необходимость реализации государственной политики в области охраны материнства не подлежит сомнению, однако наличие специальных «охранительных» мер обуславливает меньшую конкурентоспособность женщин на рынке труда (запрет для женщин на выполнение некоторых видов работ, ограничение режима рабочего времени, в частности командировок, сверхурочных работ, работы в ночное время). С другой стороны, полное уравнивание прав женщин с мужчинами фактически невозможно из-за биологических особенностей женского организма, отсутствие специальных мер по защите женщины в период беременности и родов поставит под угрозу жизнь и здоровье матери и ребенка.

Однако ориентация законов на защиту матери-работницы, а не родителя, независимо от пола (работника с семейными обязанностями), снижает спрос на женский труд и не способствует экономической независимости женщины. Кроме того, необходимость совмещения женской выполнения домашней работы, ухода за детьми с осуществлением профессиональной деятельности не способствует ее карьерному росту и продвижению по службе.

Таким образом, эффективность реализации принципа недискриминации и равноправия по признаку пола зависит не только от изменения правово-

го статуса женщины, но и от изменения социальной детерминированности ролей каждого из полов.

Пересмотр концепции осуществления политики равноправия обусловил формирование нового подхода к данному вопросу на международном уровне. Международное сообщество наконец признало необходимость перенести основное внимание с проблемы правового статуса женщины на концепцию полов, переосмыслить всю социальную структуру и отношения между мужчинами и женщинами. Только путем такой фундаментальной реструктуризации общества и его институтов возможна действительная реализация принципа равноправия мужчин и женщин.

Новым подходом к решению этого вопроса стала теория гендерного равноправия. Родоначальницей этой концепции можно по праву считать философа-экзистенциалиста француженку С. де Бовуар. Большая поклонница «советской» модели эмансипации, она уже в 1949 г. написала двухтомную работу о положении женщин – «Второй пол». В своей работе С. де Бовуар впервые обосновала суть социополовых различий между мужчинами и женщинами, она утверждала, что «женщиной не рождаются, женщиной становятся». «Биологические различия между мужчинами и женщинами есть, но социальные различия не предопределены природой, а созданы искусственно обществом» [1, р. 136], – писала С. де Бовуар. Эта мысль впоследствии была развита в концепцию гендерного равноправия.

Термин «гендер» впервые ввела в употребление автор книги «Равенство и структура дискриминации» американский ученый С. Окин, определив его как глубоко укрепленную институционализацию различий между полами, пронизывающую общество [2, р. 71]. Римский статут Международного уголовного суда (МУС) 1998 г. (ст. 7) определяет этот термин как «два пола, мужской и женский, в контексте общества...» [3, с. 99]. Другими словами, понятие «гендер» можно интерпретировать как совокупность социальных и культурных норм, определенных обществом в отношении каждого биологического пола. Не биологические различия, а социокультурные нормы обуславливают в конечном счете психологические качества, модели поведения, виды деятельности, профессии женщин и мужчин. Быть в обществе мужчиной или женщиной значит не просто обладать теми или иными анатомическими особенностями, а выполнять те или иные предписанные мужчинам или женщинам гендерные роли [4, с. 27].

Гендерный подход к вопросу равноправия мужчин и женщин был впервые апробирован на международном уровне на Пекинской конференции 1995 г. Применение качественно новой оценки правоотношений между представителями обоих полов позволило рассмотреть проблему дискриминации не только женщин, но и мужчин. Пекинская конференция подчеркнула, что «гендерное равенство – это всеобщая проблема, от решения

которой выигрывают все», и заявила, что «достижение реального равенства мужчин и женщин невозможно без активного участия мужчин в этом процессе» [5, с. 2].

Подготовка к IV Всемирной конференции ООН по положению женщин проходила в период формирования новой системы международных отношений, вызванной изменением мировой geopolитической системы.

Уже с конца 80-х – начала 90-х гг. ХХ в. между двумя сверхдержавами – СССР и США – произошли заметные изменения в сторону значительного «потепления» отношений, перехода от конфронтации и противостояния к сотрудничеству [6, с. 281], наметилась тенденция к осуществлению советско-американского диалога в области прав человека. Советский Союз стал активно поддерживать концепцию примата международного права во внутренней и внешней политике государств [7, л. 72]. Более того, в 1991 г. на Московской конференции СБСЕ по человеческому измерению СССР признал, что проблемы «прав человека, основных свобод, демократии и верховенства закона носят международный характер» и обязательства, принятые государствами в области человеческого измерения СБСЕ, представляют «непосредственный и законный интерес для всех государств-участников и не относятся к числу исключительно внутренних дел соответствующего государства» [8, с. 69].

Начало демократизации внешней и внутренней политики СССР в области прав человека обусловило перемещение фокуса критики по правам человека на развивающиеся страны. Государства – члены «Группы 77» и Движения неприсоединения стали проявлять явное недовольство повышенным вниманием Запада к проблеме реализации прав человека в национальном законодательстве своих стран. Кроме того, в развивающихся государствах усиливалось влияние Китая, политическая позиция которого основывалась на строгом соблюдении принципа невмешательства во внутренние дела государства по всем вопросам, включая и права человека. Китайскую позицию исключительной национальной юрисдикции разделяли и некоторые арабские страны (Ливан, Ирак и др.) [9, л. 21]. Принципиальные расхождения в сфере использования механизма реализации прав человека привели к заметному охлаждению отношений между странами Юга и Севера [6, с. 298].

Итак, после окончания холодной войны произошла существенная трансформация устоявшихся форм международных связей. Политико-идеологическая конфронтация Запад – Восток переросла теперь в идеологическое противостояние Севера и Юга. Северный блок (США, Канада, страны Европейского союза) выступал за усиление международного контроля в области осуществления прав человека, отдавал приоритет универсальной защите и предупреждению нарушения этих прав. Южный блок (Китай, Куба, арабские государства) настаивал на том, чтобы обе-

спечение и защита прав человека осуществлялись с преимущественным учетом страновых традиций, культурных, религиозных и иных особенностей [10, л. 13].

Не способствовали стабилизации международных отношений и стрессовые геополитические изменения в СССР. После распада Советского Союза все его союзные республики стали независимыми государствами и оказались в процессе определения собственной роли и места в формирующейся системе нового мироустройства, в том числе и в структурах ООН. Резкая трансформация геополитических и экономических связей стала причиной социально-экономического кризиса в постсоветских республиках и обусловила необходимость перераспределения международной финансовой помощи с учетом интересов стран переходного периода. В результате у развивающихся стран, многие годы получавших различного рода дотации на развитие, появились конкуренты из числа постсоветских государств. Все эти проблемы отразились на процессе подготовки Конференции и ее итоговых документов. Если на трех предыдущих форумах краеугольным камнем повестки дня являлись политические вопросы, то на четвертой Конференции первоочередной проблемой оказалось перераспределение экономической помощи.

КПЖ вновь действовала в качестве подготовительного органа Всемирной конференции и разрабатывала ее заключительные документы. Генеральным секретарем по подготовке IV Всемирной конференции была назначена Г. Монгелла (Танзания). Республика Беларусь участвовала в подготовительной работе Пекинской конференции уже как независимое государство, самостоятельный член международного сообщества. Беларусь была избрана в состав КПЖ и принимала активное участие в ее работе с 1 января 1993 г. по 31 декабря 1996 г. [11, л. 13].

Социально-экономические преобразования внутри государства в некоторой мере затрудняли адаптацию Беларуси к принципиально новым условиям внешнеполитической ситуации. По существу, наше государство несло на себе двойное бремя проблем: перестройку всей системы экономических, социальных и политических отношений и необходимость ликвидации последствий Чернобыльской экологической катастрофы. Республика Беларусь в тот период, как никогда, нуждалась в поддержке международного сообщества.

Однако призыв белорусской делегации включить в Пекинскую декларацию и Программу действий особые пункты, касающиеся помощи государствам с переходной экономикой, не нашел поддержки в КПЖ. По нашему мнению, причиной столь сдержанного отношения государств – членов Комиссии к нуждам постсоветских государств стало перераспределение сил внутри Комиссии. Необходимо отметить, что в связи с расширением в 1989 г.

состава КПЖ⁹ до 45 государств, 13 дополнительных мест получили развивающиеся страны «Группы 77» [12, л. 1]. Это обстоятельство способствовало значительному усилению позиций развивающихся стран в КПЖ и позволило им наиболее полно использовать такое преимущество для защиты «коллективных» интересов своих стран. Используя численное преимущество в Комиссии, развивающиеся страны блокировали все попытки стран с переходной экономикой, а значит, и Республики Беларусь, получить международную финансовую помощь. Нельзя согласиться с позицией развивающихся стран в отношении постсоветских государств, озвученной на 48-й сессии ГА ООН в 1994 г. делегацией Пакистана, которая заявила, что привилегия экономической помощи постсоветским государствам не может являться «политической наградой за их отказ от коммунизма в пользу многопартийной демократии» [13, л. 9].

Четвертая Всемирная конференция ООН по положению женщин проходила в Пекине (Китай) с 4 по 15 сентября 1995 г. Форум привлек беспрецедентное внимание мирового сообщества и стал одним из самых многочисленных собраний представителей правительств и общественных организаций. На Конференции присутствовало 17 тыс. делегатов, включая представителей 190 государств [14, с. 2]. Республику Беларусь представляла делегация в составе шести человек во главе с заместителем председателя Кабинета Министров В. В. Русакевичем. В состав делегации входили С. А. Посохов, О. Б. Даргель, Н. И. Дрозд, А. А. Сиволобова [14, с. 4].

Пекинская конференция приняла обновленное международное обязательство по повсеместному расширению прав и возможностей женщин в контексте концепции гендерного равенства. На Конференции была принята Пекинская декларация и Платформа действий, которая представляла собой план по реализации и эффективному осуществлению, защите и поощрению равных прав и возможностей для женщин и мужчин [5, с. 25].

Принимая Пекинскую платформу действий, правительства взяли на себя обязательства по эффективному включению аспекта гендерной проблематики во все государственные институты, стратегии, планирование и принятие решений. На деле это означало, что до принятия решений на национальном, международном или региональном уровнях необходимо учитывать их предполагаемые последствия как для женщин, так и для мужчин в равной степени. Кроме того, Платформа действий предусматривала повсеместное и регулярное проведение статистических исследований на

⁹ Согласно резолюции E/RES/1989/45 от 24 мая 1989 г. ЭКОСОС постановил увеличить членский состав КПЖ до 45 государств-членов, избираемых ЭКОСОС на четырехлетний срок на основе принципа справедливого географического представительства (13 из стран Африки; 11 из стран Азии; 4 из стран Восточной Европы; 9 из стран Латинской Америки и Карибского бассейна и 8 из западноевропейских и других стран).

национальном, региональном и международном уровнях для изучения и анализа потребностей женщин и мужчин.

Платформа действий выделила 12 важнейших проблемных областей, где женщины в наибольшей степени подвержены дискриминации: женщины и нищета; образование и профессиональная подготовка женщин; женщины и здравоохранение; насилие в отношении женщин; женщины в период вооруженных конфликтов; женщины и экономика; участие женщин в работе директивных органов и в процессе принятия решений; институциональные механизмы улучшения положения женщин; женщины и права человека; женщины и средства массовой информации; женщины и окружающая среда; девочки.

Кроме того, Платформа действий предусматривала создание механизма отчетности на национальном, региональном и международном уровнях по осуществлению практических мер по улучшению положения женщин в указанных областях [5, с. 18–19]. Основная ответственность за осуществление провозглашенных на Конференции целей и стратегий была возложена на национальные правительства, и заявлено: «Четвертая Всемирная конференция по положению женщин – это форум национальных и международных обязательств и действий» [5, с. 202].

Не вызывает сомнения тот факт, что принятие мировым сообществом обновленных глобальных обязательств, направленных на расширение прав и возможностей женщин на национальном, региональном и международном уровнях, стало значительным шагом на пути достижения равенства мужчин и женщин. Заключительный акт Пекинской конференции представляет собой механизм воздействия на государства с целью практического осуществления государствами – участниками Конференции своих обязательств по улучшению положения женщин. Однако эффективность реализации данного документа обусловлена определением его юридической природы, признанием его формой международного правотворчества, формой существования международно-правовых норм.

В этой связи необходимо отметить, что доктрина международного права не дает однозначного ответа на вопрос, обладают ли заключительные акты международных конференций юридической силой и возможно ли их считать источником международного права, т. е. «формой существования международно-правовых норм» [15, с. 18]. Кроме того, решение проблемы определения круга источников международного права затрудняется отсутствием общепризнанного международно-правового документа, который устанавливал бы перечень источников и давал их определение.

При выявлении круга источников принято ссылаться прежде всего на ст. 38 Статута Международного суда ООН. В ней говорится, что, решая споры на основе международного права, суд применяет конвенции, обычаи, общие принципы права, признанные цивилизованными нациями. В качестве

вспомогательных средств для определения правовых норм могут применяться в определенных ситуациях судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных юристов-международников [16, с. 23].

Однако сегодня в теории международного права буквальное толкование ст. 38 подвергается обоснованной критике. В этом нет ничего удивительного, ведь Статут Международного суда ООН был разработан в спешном порядке за несколько дней до открытия учредительной конференции Объединенных Наций весной 1945 г. Положения проекта Статута Международного суда базировались на тексте Статута Постоянной палаты международного правосудия, выработанном в 1919 г. в Версале сразу же после Первой мировой войны, и нормативный материал того времени был неизначителен [16, с. 23]. Между тем развитие международного сотрудничества во второй половине XX в. обусловило появление новых методов создания и форм существования международных норм. Как справедливо отмечает российский юрист Г. В. Игнатенко, «дипломатическая практика государств, активная деятельность международных организаций и проведение государствами международных конференций свидетельствуют о рождении новых форм воплощения международно-правовых норм в виде актов международных конференций и актов международных организаций» [17, с. 109].

В контексте общей эволюции международного права, усложнения международного сотрудничества эти документы приобретают все большее значение. Привлекательность актов международных конференций и международных организаций объясняется их гибкостью, способностью быстро адаптироваться к меняющимся условиям международной жизни [18, с. 236].

По поводу юридической силы данных документов в современной доктрине международного права существуют различные точки зрения.

Немало ученых-правоведов, в их числе В. А. Василенко [19, с. 2], И. И. Лукашук [16, с. 27], считают, что заключительные акты международных конференций не являются юридически обязательными, но в силу принципа добросовестности выполнения международных обязательств предполагается, что они будут уважаться участниками как морально-политические обязательства. По мнению Ю. М. Колосова, совместные заявления государств (по итогам переговоров, конференций) могут служить вспомогательным средством для определения обычной нормы [20, с. 59].

Несколько иной позиции придерживается российский ученый Н. А. Ушаков: не причисляя акты международных конференций к документам, обладающим юридической силой международных договоров, он все же подчеркивал, что государства, подписав данное соглашение, подразумевают необходимость соблюдения его положений [21, с. 24]. С. В. Черниченко, в свою очередь, отмечал, что решения международных конференций, являющихся межгосударственными форумами, могут быть юридически обязательными документами, если «содержат нормы международного права» [22, с. 86].

Заслуживает особого внимания точка зрения российского ученого Г. В. Игнатенко, который причисляет документы международных конференций к нормативным актам при наличии у них следующих признаков юридических обязательств: в - первых, они должны регулировать отношения между государствами; в - вторых, иметь общий характер и реализовываться во всех предусмотренных случаях; в - третьих, основные положения указанных актов излагаются в форме долженствования («обязуются...», «будут обеспечивать...», «государства должны...»); и, в - четвертых, они должны предусматривать строгий контроль за соблюдением согласованных мер [17, с. 116–117]. Данную точку зрения разделяют многие российские и западные ученые, среди которых: Г. М. Мелков [15, с. 22–27], Л. П. Ануфриева [27, с. 22–27], С. А. Малинин [23, с. 22], Д. И. Нурумов [24, с. 147–148], норвежский юрист Дж. П. Бургес [25, р. 467–489], американские ученые П. Коттрелл и Д. М. Трубек [26].

Интересным представляется мнение представителей французской правовой школы П. Дайте, А. Пелле и Н. К. Динь, относящих итоговые документы международных конференций к «стихийным» [18, с. 234] способам формирования права, которые являются недоговорными согласованными актами, способными обладать юридической силой и быть источниками международного права. Эти документы, по их мнению, возникают в результате согласования воль субъектов международного права и порождают определенные ожидания, обусловленные принципом добросовестности исполнения таких соглашений. Более того, несмотря на то что акты международных конференций не соответствуют режиму международных договоров и, в частности, его основному принципу – *pacta sunt servanda*, «их юридической силой нельзя пренебрегать» [18, с. 237]. Кроме того, они отмечают, что содержание недоговорных согласованных актов может быть юридически обязательным для государств – участников конференции и в силу решения международной организации, к примеру, в соответствии с правообразующими резолюциями ГА ООН [18, с. 238]. Значение названных резолюций ГА ООН было также подчеркнуто в консультативном заключении Международного суда ООН по запросу ГА ООН о законности применения ядерного оружия от 8 июля 1996 г. [27, пар. 79].

Анализ вышесказанного позволяет говорить об отсутствии единого подхода не только к определению юридической природы заключительных актов международных конференций, но и к самому процессу нормообразования в международном праве [28, с. 143]. В настоящее время сложно дать однозначную общую оценку места и роли актов международных конференций в международном правотворческом процессе. В связи с этим при определении юридической силы заключительного акта нам представляется целесообразным исходить из содержания конкретного международного документа, учитывая намерения государств придать или не придать ему

юридическую силу. По нашему мнению, при определении юридической обязательности данной категории документов необходимо применять индивидуальный подход к каждому из них.

Что касается заключительного акта Пекинской конференции – Платформы действий, считаем, что ее положения являются обязательными для исполнения государствами-участниками. При этом мы основываемся на наличии следующих критерииев: в о - п е р в ы х , заключительный акт Пекинской конференции является результатом согласования воли суверенных государств, членов ООН, субъектов международного права; в о - в т о р ы х , правила, закрепленные в этих документах, имеют общий характер и должны реализовываться во всех предусмотренных документами случаях; в - т р е т ь и х , формулировки, используемые в итоговых документах Пекинской конференции, имеют форму долженствования: «...мы настоящим принимаем и как правительства обязуемся выполнять нижеследующую Платформу действий» [29, с. 6], «осуществление Платформы требует обязательств со стороны правительств...» [29, с. 3], «деятельность, которая должна осуществляться правительствами...» [29, с. 26], «правительства несут главную ответственность за осуществление Платформы действий» [29, с. 131] и т. д.; в - ч е т в е р т ы х , Пекинская платформа действий предусматривает механизмы контроля за соблюдением принятых на себя обязательств (пп. 293–328) [29, с. 131–137]. В частности, согласно резолюциям ГА ООН 50/203 от 22 декабря 1995 г.; 51/69 от 12 декабря 1996 г.; 52/100 от 12 декабря 1997 г.; 53/120 от 9 декабря 1998 г.; 54/141 от 17 декабря 1999 г., в системе ООН создан трехступенчатый межправительственный механизм контроля, который включает ГА, ЭКОСОС и КПЖ, уполномоченные разрабатывать и координировать общую политику осуществления положений Пекинской платформы действий по улучшению положения женщин. Кроме того, ГА своей резолюцией 50/203 [30] рекомендовала государствам – участникам Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (КЛДОЖ) включать в свои доклады (согласно ст. 18 Конвенции) информацию о мерах, принимаемых для осуществления мероприятий, предусмотренных Пекинской платформой действий. В - п я т ы х , большинство положений Пекинской платформы обязательны для исполнения в силу их закрепления в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г. По сути, принятие Платформы действий было призвано усилить и конкретизировать [31] положения названной Конвенции, разработать действенный план по их практической реализации на международном, региональном и национальном уровнях.

О принципиальном значении итоговых документов Пекинской конференции свидетельствует систематическая ссылка на них в резолюциях ГА, ЭКОСОС и Совета Безопасности ООН. К примеру, ГА ООН каждый год рассматривает и принимает резолюции о последующей деятельности в свя-

зи с IV Всемирной конференцией по положению женщин и о полном осуществлении Пекинской декларации и Платформы действий, в которых подтверждает данный итоговый документ, признает, что его осуществление и выполнение обязательств по Конвенции 1989 г. подкрепляют друг друга в деле реализации равенства мужчин и женщин. В резолюциях содержится призыв проявлять всестороннюю приверженность итоговым документам Пекинской конференции (A/55/596 от 4 декабря 2000 г.; A/56/577 от 19 декабря 2001 г.; A/57/550 от 18 декабря 2002 г.; A/58/502 от 22 декабря 2003 г.; A/59/497 от 20 декабря 2004 г.; A/60/504 от 16 декабря 2005 г.; A/61/438 от 19 декабря 2006 г.; A/62/433 от 18 декабря 2007 г.).

Особое значение Пекинской декларации и Платформы действий было отмечено на 23-й специальной сессии ГА ООН «Женщины в 2000 году: равенство между мужчинами и женщинами, развитие и мир в XXI веке», известной также как «Пекин+5» [32].

Значимость Пекинской декларации и Платформы действий была подтверждена в Итоговом документе Всемирного саммита 2005 г., в котором главы государств и правительства подтвердили, что полное и эффективное осуществление целей и задач Пекинской декларации и Платформы действий является важным вкладом в достижение согласованных на международном уровне целей в области развития, в том числе и целей, сформулированных в Декларации тысячелетия ООН [33].

Важность итоговых документов Пекинской конференции была отмечена в резолюции Совета Безопасности ООН 1325 (2000) «Женщины и мир и безопасность», в которой Совет Безопасности, ссылаясь на обязательства, «закрепленные в Пекинской декларации и Платформе действий», призвал государства-члены обеспечить более активное участие женщин в процессах урегулирования конфликтов и мирных процессах на всех уровнях [34].

Все вышеизложенное позволяет сделать вывод о всеобщем признании и устойчивой практике применения итоговых документов Пекинской конференции в международном сообществе. В соответствии со ст. 38 (п. 6 п. 1) Статута Международного суда ООН всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы, является доказательством наличия международного обычая. По мнению И. И. Лукашука, в доктрине международного права находит признание идея «моментального обычного права» [16, с. 109–110], которое сегодня является наиболее эффективным способом формирования значительного числа норм в сравнительно короткие сроки, что является чрезвычайно важным моментом в наш динамичный век. По его мнению, современное международное обычное право формируется преимущественно через opinio juris, которые формируются не только в процессе длительной практики, поскольку в международном сообществе, как и в любой иной демократической системе, обнаруживается тенденция к усилению роли представительного большинства. Он считает, что на современном этапе развития межгосударственных отношений в формировании норм

обычного права все большее значение приобретают резолюции международных организаций и заключительных актов международных конференций, поскольку они быстро создаются, способны формировать и закреплять сложившуюся практику межгосударственного сотрудничества [16, с. 105]. Указанную точку зрения поддерживают и некоторые западные ученые, в частности Т. Сантини [35, р. 24–25] и Б. Аби-Сааба [36, р. 56–57].

Данная тенденция нашла подтверждение и в Консультативном заключении Международного суда ООН о правомерности применения ядерного оружия от 8 июля 1996 г., в котором Суд отмечал, что резолюции ГА, даже если они не являются сами по себе обязательными, могут иногда обладать нормативным значением. Они могут в определенных условиях служить свидетельством, важным для установления существования нормы или формирования *opinio juris*. Также серия резолюций может демонстрировать постепенное становление *opinio juris*, требуемое для установления новой нормы [27].

Таким образом, широкое признание итоговых документов Пекинской конференции на международном и внутригосударственном уровнях, о чем свидетельствует разработка государствами – участниками Конференции периодических планов по реализации положений Платформы действий на национальном уровне, неоднократные ссылки на Заключительный акт Пекинской конференции в резолюциях ГА ООН и в резолюциях международных конференций не оставляют сомнения в нормативности таких документов, а это свидетельство особого статуса Пекинской конференции и Программы действий по отношению к иным актам международных конференций. Заключительный акт Пекинской конференции можно считать одной из форм существования международно-правовых норм.

Республика Беларусь, подписав Пекинскую платформу действий на IV Всемирной конференции ООН по положению женщин в 1995 г., приняла на себя обязательства по выполнению всех закрепленных в ней положений [37, с. 7–11].

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Beauvoir S. *de. Le deuxième sexe* : en 2 vol. – Paris : Gallimard, 1949. – Vol. 2.
2. Moller Okin S. Rousseau's natural woman // J. of Politics. – 1979. – Vol. 41, № 2. – P. 316–393.
3. Римский статут Международного уголовного суда // Междунар. защита прав и свобод человека : сб. док. / сост. Г. М. Мелков. – М., 1990.
4. Словарь гендерных терминов / Регион. обществ. орг. «Восток – Запад: жен. инновац. проекты»; под ред. А. А. Денисовой. – М. : Информация – XXI век, 2002.
5. Пекинская декларация и Платформа действий. Пекин+5 : Политическая декларация и Итоговый документ / ООН, Департамент обществ. информ. – Нью-Йорк : ООН, 2002.

6. *Vaiss M.* Международные отношения после 1945 года / пер. с фр. С. Ф. Колмакова. – М. : Городец, 2005.
7. Отчеты советских делегаций на сессиях Генеральной Ассамблеи ООН 1990 г. // Архив МИД Республики Беларусь. – Фонд 3. – Оп. 3. – Д. 1235.
8. Документ Московского совещания-конференции по человеческому измерению СБСЕ, Москва, 3 окт. 1991 г. // Документы по человеческому измерению ОБСЕ : сб. / сост. Д. Макголдрик. – Варшава, 1995. – С. 69–84.
9. Отчет 49-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН 1994 года. Выступление на пекинской конференции зам. премьер-министра Китая Цянь Цичэн // Архив МИД Республики Беларусь. – Фонд 907. – Оп. 2. – Д. 1117.
10. Информация о 4-й сессии подготовительного комитета и Всемирной конференции по правам человека 1993 года // Архив МИД Республики Беларусь. – Фонд 907. – Оп. 2. – Д. 317.
11. Документы об участии Республики Беларусь в работе Комиссии по положению женщин // Архив МИД Республики Беларусь. – Фонд 907. – Оп. 2. – Д. 317.
12. Отчет о работе делегации БССР на Международных конференциях ОМО в 1990 г. // Архив МИД Республики Беларусь. – Фонд 3. – Оп. 3. – Д. 1223.
13. Отчет об участии Республики Беларусь в работе 48-й и 49-й сессий Генеральной Ассамблеи ООН 1994–1995 гг. // Архив МИД Республики Беларусь. – Фонд 907. – Оп. 2. – Д. 760.
14. Нашы ў Пекіне : [афіц. дэлегацыя Рэсп. Беларусь на IV Сусвет. канф. па становішчы жанчын] // Алеся. – 1995. – № 10. – С. 4–6; № 11. – С. 2.
15. Международное публичное право : учебник / Л. П. Ануфриева [и др.]; под ред. К. А. Бекяшева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 2003. – 635 с.
16. *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть : учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. – М. : Волтерс Клювер, 2007.
17. Международное право : учеб. для вузов / отв. ред.: Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2003.
18. *Нгуен Куок Динь, Дайе П., Пелле А.* Международное публичное право : в 2 т. : пер. с фр. – Киев : Сфера, 2000. – Т. 1, кн. 1: Формирование международного права.
19. *Василенко В. А.* Основы теории международного права. – Киев : Вищ. шк., 1988.
20. Международное право : учебник / отв. ред.: Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Междунар. отношения, 2005.
21. *Ушаков Н. А.* Международное право : учебник. – М. : Юристъ, 2003.
22. Международное право : учебник / отв. ред.: А. А. Ковалев, С. В. Черниченко. – 2-е изд. – М. : Омега-Л, 2007.
23. *Малинин С. А.* Совещание в Хельсинки (1975 г.) и международное право // Изв. вузов. Правоведение. – 1976. – № 2. – С. 20–29.
24. *Нурумов Д. И.* Особенности формирования в международном праве норм защиты прав человека // Междунар. право. – 2001. – № 5. – С. 138–151.
25. *Burgess J. P.* What's so European about European Union? Legitimacy between institution and identity // Europ. J. of Social Theory. – 2002. – Vol. 5, № 4. – P. 467–489.
26. *Trubek D.M.* «Soft Law», «Hard Law» and European integration: toward a theory of hybridity // Jean Monnet Working Papers [Electronic resource]. – 2005. – № 02/05. – URL : <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/05/050201.pdf>.

27. Консультативное заключение Международного Суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, 19 июля 1996 г., (A/51/218) // ООН. Генеральная Ассамблея. Сессия (51). Официальные отчеты: дополнения [Электронный ресурс]. – Нью-Йорк, 1996. – 2000–2008. – URL : http://www.icj-cij.org/homepage/ru/advisory/advisory_1996-07-08.pdf.
28. Тункин Г. И. Теория международного права. – М. : Междунар. отношения, 1970.
29. Доклад четвертой Всемирной конференции по положению женщин, Пекин, 4–15 сентября 1995 г. (A/CONF.177/20/Rev.1). – Нью-Йорк : ООН, 1996.
30. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН Последующая деятельность по итогам четвертой Всемирной конференции по положению женщин и всестороннее осуществление Пекинской декларации и Платформы действий A/RES/50/203 [Электронный ресурс]. – URL : http://www.un.org/russian/ga/50/docs/res50_5.htm.
31. Уолдорф Л. На пути к гендерному равенству : Конвенция о ликвидации дискриминации в отношении женщин, Пекинская платформа действий и Цели развития тысячелетия // Женский фонд развития ООН [Электронный ресурс]. – URL : www.unifemcis.org/img/database/33.pdf.
32. Двадцать третья специальная сессия «Женщины в 2000 году: равенство между мужчинами и женщинами, развитие и мир в XXI веке», Нью-Йорк, 5–9 июня 2000 года // Организация Объединенных Наций [Электронный ресурс]. – 1997–2007. – URL : <http://www.un.org/russian/documen/gadocs/23spec/>.
33. Итоговый документ Всемирного саммита 2005 г. от 16 сентября 2005 г. // Организация Объединенных Наций [Электронный ресурс]. – 1997–2007. – URL : http://www.un.org/russian/documen/declarat/outcome2005_ch2.html#t16.
34. Резолюция Совета Безопасности ООН «Женщины и мир и безопасность» S/RES/1325 (2000) от 31 окт. 2000 г. // Организация Объединенных Наций [Электронный ресурс]. – 1997–2007. – URL : <http://www.un.org/russian/documen/scresol/res2000/res1325.htm>.
35. Santini T. Diritti umani, democrazia e sviluppo // Politica internazionale. – 1998. – Vol. 2, № 2. – P. 24–28.
36. Abi-Saab B. Making Better International Law. – New York, 1998.
37. Морова А. Национальная стратегия обеспечения гендерного равенства в Республике Беларусь // Мир для женщин. Женщины для мира : материалы конф. ЮНЕСКО, Минск, 29–30 нояб. 2002 г. / Нац. комиссия по делам ЮНЕСКО в Респ. Беларусь [и др.] ; сост. и ред.: Г. И. Шатон, О. М. Рощинская. – Минск, 2003. – С. 7–11.

Статья поступила в редакцию 10.07.2013 г.

Раздел II

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ В НОВЕЙШИХ ИСТОЧНИКАХ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Е. В. Бабкина

В статье анализируются современные тенденции определения права, применимого к договорным обязательствам: изменения в системе источников правового регулирования, усиление роли автономии воли сторон, особенности применения концепции «характерного исполнения», дифференциация регулирования.

The article deals with the current trends of determining the law applicable to contractual obligations: changes in the system of sources of legal regulation, strengthening the role of party autonomy, the specific application of the concept of «characteristic performance», differentiation of legal regulation.

Ключевые слова: международное частное право, договор, применимое право, коллизионная норма, автономия воли, характерное исполнение.

Keywords: international private law, contract, applicable law, conflict norm, party autonomy, characteristic performance.

Договорные обязательства представляют собой детально унифицированную на международном уровне область. Причем в данной сфере можно говорить как об официальной унификации – Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11 апреля 1980 г., Конвенция о договоре международной перевозки грузов от 19 мая 1956 г., Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 г., Конвенция УНИДРУА о международном факторинге от 28 мая 1988 г., Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования от 16 ноября 2001 г. и др., так и неофициальной унификации – Принципы УНИДРУА международных коммерческих договоров 2010 г., Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г. и др.

Несмотря на высокий уровень унификации, определенные сферы договорных отношений остаются неурегулированными. Единственным способом устранения существующих пробелов является применение коллизионного метода – определение внутреннего права, применимого к правоотношениям.

Анализ новейших международно-правовых и национально-правовых коллизионных норм позволяет выделить определенные тенденции в коллизионно-правовом регулировании договорных отношений.

Например, следует обозначить изменения в системе источников правового регулирования. В первую очередь это признание за международным договором роли полноценного источника правового регулирования [1, с. 49], [2], нормы которого являются самоисполнимыми, т. е. имеют прямое действие [3].

Следствием высокого уровня коллизионно-правовой унификации международных договорных отношений являются проблемы фрагментации международного права как между автономными режимами, так и в рамках одного режима. Так, по причине наличия нескольких международно-правовых источников регулирования коллизионных вопросов в СНГ с неодинаковым предметом регулирования и разным составом участников (Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. [4] (далее – Киевское соглашение), Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. [5] (далее – Минская конвенция), Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. [6] (далее – Кишиневская конвенция) следует четко различать сферу их применения. Как подчеркивается в Докладе Исследовательской группы Комиссии международного права, представленном на пятьдесят восьмой сессии Генеральной Ассамблеи ООН [7], последующий договор не всегда имеет приоритет перед предыдущим: «Принцип *lex posterior* имеет максимальную силу в случае коллизий или частичного совпадения положений договоров, которые институционально связаны друг с другом или иным образом предназначены для достижения аналогичных целей (т. е. образуют часть одного режима)». Киевское соглашение регулирует исключительно хозяйственные отношения, его участниками являются десять государств Содружества за исключением Молдовы. В предмет регулирования Минской конвенции не входят договоры, связанные с осуществлением хозяйственной деятельности, но она применима к отношениям с участием юридических лиц. В конвенции участвуют все государства СНГ. Протоколом от 28 марта 1997 г. в Минскую конвенцию внесены изменения и дополнения. Протокол вступил в силу для Республики Армения, Республики Беларусь, Республики Казахстан, РФ, Республики Таджикистан, Украины, одновременно являющихся участниками Киевского соглашения, а также для Молдовы. Кишиневская конвенция регулирует в том числе порядок разрешения хозяйственных споров, ее участниками выступают шесть государств СНГ: Азербайджанская Республика, Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Киргизская Республика и Республика

Таджикистан. Таким образом, определение адекватного источника правового регулирования договорных отношений в рамках СНГ – нюанс, который следует учитывать в правоприменении. Несмотря на динамику развития права ЕвразЭС, к настоящему моменту вопросы коллизионного регулирования договорных и иных отношений, к сожалению, находятся вне поля нормотворчества.

Актуальной тенденцией выступает дополнение системы источников правового регулирования источниками наднационального характера, принятymi органами международных организаций, в которых Республика Беларусь не участвует. Так, Регламент № 593/2008 Европейского парламента и Совета ЕС о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г. [8] (далее – Регламент «Рим I») в соответствии со ст. 29 «является обязательным в полном объеме и подлежит прямому применению в государствах-членах в соответствии с Договором об учреждении Европейского сообщества», т. е. суды европейских государств должны руководствоваться положениями Регламента «Рим I» независимо от места осуществления деятельности сторон правоотношения. Следует обратить внимание на то, что европейский подход имеет определенные различия с отечественным порядком определения применимого права. Что касается коллизионных норм права Содружества, то можно констатировать их «неактуальность» и несоответствие современным подходам.

Кроме того, согласно статье 1093 Гражданского кодекса Республики Беларусь, право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, может определяться не только на основании Конституции Республики Беларусь, Гражданского кодекса, иных законодательных актов, международных договоров, но также и не противоречащих законодательству Республики Беларусь *международных обычаев*. Следует отделять международный обычай от иных видов обычаев, признаваемых доктриной, законодательной и правоприменительной практикой: обычай делового оборота, международный торговый обычай (обычай международной торговли, *lex mercatoria*), местный обычай [9, с. 194]. Рассматривает международный торговый обычай в качестве дополнительного источника права и отечественный законодатель. Так, ч. 2 ст. 26 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь устанавливает: «Хозяйственные суды в соответствии с законодательством применяют обычай (сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе), о которых стороны знали или должны были знать и которые в международной торговле широко известны и постоянно соблюдаются сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли. Обычай, противоречащие обязательным для участников

соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются». Однако очевидно, что статья 1093 отечественного Гражданского кодекса ведет речь о качественно ином источнике права – международном обычве, т. е. правиле, являющемся общепризнанным мировым сообществом, давно сложившимся, систематически применяемым и имеющим обязательный характер. Такого рода обычаем, например, является обязательность выплаты справедливой (полней и своевременной) компенсации в случае отчуждения государством иностранных инвестиций. В области коллизионного регулирования договорных отношений сложившимся международным обычаем следует признать применение *lex loci laboris* для регулирования индивидуальных трудовых договоров и непосредственно *lex flagi* для регулирования трудовых отношений, вытекающих из трудовых договоров, когда трудовая деятельность осуществляется на судне.

Следует особо подчеркнуть специфику инструментария международного коммерческого арбитража. Законы о международном частном праве некоторых государств устанавливают особую систему источников правового регулирования для арбитража. Например, согласно абз. 2 п. 1 ст. 1186 Гражданского кодекса РФ «особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже». Несмотря на отсутствие аналогичной нормы в отечественном Гражданском кодексе, такое же положение вещей существует и в Беларуси. Так, в силу национального законодательства о международных арбитражных судах (ч. 2 ст. 36 Закона Республики Беларусь о международном арбитражном (третейском) суде от 9 июля 1999 г. [10]) и внутренних актов данных органов разрешения споров (п. 3 ст. 38 Регламента Международного арбитражного суда при БелТПП [11]) арбитраж следует тем коллизионным нормам, которые он считает применимыми. Таким образом, арбитраж вправе применить более современную и отвечающую интересам сторон коллизионную норму, например по обозначенной выше причине в споре, сторонами которого являются субъекты хозяйствования государств – участников СНГ.

Современной тенденцией также является альтернативный подход к определению права, применимого к форме сделки.

Недействительность сделки по мотивам нарушения формы – довольно распространенная в коммерческой практике ситуация, поскольку в отношении одной и той же сделки материальное право разных государств может предъявлять различные требования к форме (устная, простая письменная, нотариальная). Европейский подход является либеральным, он демонстрирует заинтересованность в признании контракта действительным по форме: «Договор, заключенный между лицами или их представителями, которые в момент его заключения находятся в разных странах, является действительным по форме, если он отвечает условиям в отношении формы, пред-

усмотренным правом, которое регулирует его по существу согласно настоящему Регламенту, или правом страны, где в момент его заключения находится любая из сторон или ее представитель, или правом страны, где в этот момент имела свое обычное место нахождения любая из сторон» (п. 2 ст. 11 Регламента «Рим I»).

В данном вопросе мы наблюдаем несоответствие современным тенденциям подходов отечественного законодательства и права Содружества – к форме сделки применяется право государства места совершения сделки, за исключением формы сделки в отношении недвижимого имущества, когда применяется право страны, где находится это имущество (п. 2 ст. 11 Киевского соглашения, ст. 42 Кишиневской конвенции, пп. 1 и 3 ст. 1116 ГК Республики Беларусь).

Кроме того, Беларуси следует принять во внимание наметившуюся тенденцию отмены особых требований к форме внешнеэкономической сделки¹⁰, а также высказанное в доктрине предложение отказаться от термина «внешнеэкономическая сделка» [12, с. 8].

В качестве третьей тенденции можно выделить изменение роли принципа автономии воли сторон.

Автономия воли сохраняет и упрочивает позиции главенствующего принципа определения права, применимого к содержанию сделки во всех правовых системах: соглашение сторон может предусматривать любое право, применимое к существу сделки (п. е ст. 11 Киевского соглашения, ст. 44 Кишиневской конвенции, ст. 1124 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 3 Регламента «Рим I»). Более того, законы о международном частном праве некоторых государств закрепляют за автономией воли сторон роль полноценного источника права (ст. 1.2 Закона о международном частном праве Азербайджана от 6 июня 2000 г.) [13].

Актуальной тенденцией является распространение автономии воли сторон на все виды договорных отношений. Например, в проекте Федерального закона РФ № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [14], принятом Госдумой РФ в первом чтении 27 апреля 2012 г. (далее – Проект РФ) предусматривается применение автономии воли сторон и к договорным отношениям по созданию юридического лица.

Автономия воли распространяется не только на правовые системы. Так, Регламент «Рим I», равно как и Проект РФ, не запрещает сторонам включать в свой договор ссылку к негосударственному праву, под которым

¹⁰ Пункт 3 ст. 162 Гражданского кодекса РФ утратил силу в соответствии с Федеральным законом от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

понимаются не имеющие обязательной силы акты межправительственных и правительственные организации (например, Принципы УНИДРУА, Принципы европейского контрактного права, ИНКОТЕРМС), т. е. источники *lex mercatoria*, а также нормы международных договоров (п. 13 преамбулы Регламента «Рим I»).

Концептуально новым подходом в коллизионном регулировании является распространение автономии воли сторон на применение/неприменение механизмов ограничения коллизионного метода. Так, Проектом Гаагских принципов о выборе права в международных контрактах [15] предлагается передать на усмотрение сторон и такой вопрос, как применение обратной отсылки, в то время как ранее все источники правового регулирования коллизионных вопросов договорных обязательств однозначно высказывались за понимание отсылки к иностранному праву как отсылки исключительно к материально-правовым нормам, т. е. не признавали обратную отсылку (ст. 15 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г. [16]).

Параллельно с вышеназванной тенденцией расширения сферы применения автономии воли сторон справедливости ради следует отметить и механизмы контроля автономии воли, вводимые в законодательство в целях защиты слабой стороны договора. Так, согласно п. 2 ст. 416 Кодекса торгового мореплавания РФ от 30 апреля 1999 г. [17] «Отношения между судовладельцем и членами экипажа судна регулируются законом государства флага судна, если иное не предусмотрено договором между судовладельцем и членами экипажа судна, являющимися иностранными гражданами. Выбор сторонами трудового договора права, подлежащего применению к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна, не должен приводить к ухудшению условий труда членов экипажа судна по сравнению с нормами права того государства, которыми должны регулироваться данные отношения при отсутствии соглашения сторон по подлежащему применению праву».

Статья 42 Закона КНР о применении законодательства в гражданских отношениях с иностранными элементами от 28 октября 2010 г. [18] указывает, что к договорам с участием потребителей применимо право страны их постоянного проживания. Закон места приобретения товара или оказания услуги может быть применен, если потребитель сам выбрал его или если продавец (исполнитель) не осуществляет в стране проживания потребителя какой-либо деятельности.

Актуальной тенденцией следует назвать и дифференциацию правового регулирования отдельных видов сделок. К примеру, договоры с потребителями (равно как и индивидуальные трудовые договоры, договоры перевозки, страхования), в силу особой защиты последнего как слабой стороны должны иметь отличное от договора поставки коллизионное ре-

гулирование. В этой связи весьма высоко следует оценить правила Регламента «Рим I» относительно права, применимого к потребительским договорам. Регламент содержит компромисс между подходом Римской конвенции 1980 г. и проектом Регламента «Рим I» от 15 декабря 2005 г. и исходит из сохранения баланса интересов предпринимателя и потребителя. Во - первых, сохраняется исчезнувший в проекте принцип автономии воли сторон, несмотря на то что основной коллизионной привязкой является право домицилия потребителя, при условии осуществления деятельности предпринимателем в данном государстве либо продвижения им своих товаров (работ, услуг) на территорию государства местожительства потребителя. Во - вторых, осуществляется защита потребителя как слабой стороны в договоре посредством запрета обхода императивных предписаний, действующих в государстве местожительства потребителя. В - третьих, обозначаются правоотношения, которые являются исключениями из названных правил: договор, предметом которого является недвижимость; договор оказания услуг, которые не могут быть оказаны потребителю в государстве его домицилия; договор перевозки, кроме договора туристической поездки.

Требует специального правового регулирования вопрос определения применимого права к договорам франчайзинга, лицензионного договора и договорам об отчуждении права на результат интеллектуальной деятельности и средство индивидуализации, к договорным отношениям представительства (как внешним, так и внутренним).

Субсидиарные правила определения компетентного правопорядка (в отсутствие выбора его сторонами) имеют концептуальные различия в отечественном праве, праве ЕС и СНГ. Современной общепризнанной тенденцией является применение «теории характерного исполнения», т. е. права места осуществления деятельности / места нахождения / места жительства стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (п. 2 ст. 4 Регламента «Рим I», п. 4 ст. 1125 ГК Республики Беларусь). Для удобства правоприменителя нормативные правовые акты непосредственно называют право, применимое к конкретным договорным типам:

1) право государства местонахождения продавца – в договорах купли-продажи;

2) право местонахождения лица, оказывающего услугу, – в договорах оказания услуг;

3) право государства местонахождения имущества – в договорах, предметом которых является недвижимость (за исключением договоров аренды недвижимости, заключенных в личных целях на срок не более 6 месяцев, если место жительства арендатора совпадает с местом жительства собственника имущества, к которым применяется право места жительства собственника);

4) право государства местонахождения франчайзи – в договорах франчайзинга;

5) право государства места нахождения дистрибутора – в дистрибуторских договорах;

6) право государства проведения аукциона – в договорах купли-продажи, заключенных на аукционе (п. 1 ст. 4 Регламента «Рим I»).

Однако если договор имеет более тесную связь с иным государством, применяется право этого государства.

Аналогичный подход субсидиарного определения применимого права мы видим и в коллизионном праве Республики Беларусь. Статья 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь определяет право, применимое к договорам в отсутствие автономии воли сторон, и называет право, подлежащее применению к отдельным видам обязательств.

Отличием белорусского подхода от европейского выступает возможность применения закона тесной связи только в случае невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (п. 4 ст. 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь).

Несмотря на названные тенденции определения обязательственного статута, право СНГ в качестве основного субсидиарного правила определения права, применимого к существу сделки, называет право места совершения сделки (п. е ст. 11 Киевского соглашения, ст. 44 Кишиневской конвенции). Такой подход, безусловно, требует корректировки, поскольку место совершения сделки может не иметь реальной связи с обязательством, носить случайный характер (например, заключение договора между субъектами хозяйствования Беларуси и Казахстана на промышленной выставке во Франкфурте). Проблемы порождают и различия в квалификации понятия «место совершения сделки» в различных правовых системах (место отправки акцепта и место получения акцепта оферентом).

Относительно теории характерного исполнения необходимо подчеркнуть сложность определения временных рамок места осуществления деятельности / места нахождения / места жительства стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, учитывая динамичность и мобильность современных коммерческих отношений. Из каких позиций должен исходить правоприменитель, определяя статут правоотношения: устанавливать место осуществления деятельности / место нахождения / место жительства стороны, осуществляющей характерное исполнение, на момент заключения договора или на момент рассмотрения спора? Действующие источники международного частного права не дают ответа на данный вопрос. В целях исключения неопределенности и минимизации негативных последствий обхода стороной/сторонами договора представляется целесообразным понимание под законом характерного исполнения права государства места осуществления

деятельности / места нахождения / места жительства соответствующей стороны в момент заключения договора. Такой подход использует Проект РФ.

Анализ новейших источников международного частного права демонстрирует развитие и усложнение коллизионных норм в соответствии с мировыми тенденциями и необходимость автономной кодификации данной отрасли в Республике Беларусь. Отечественные нормы, соответствовавшие объективным реалиям во время принятия в 1990-е гг., должны быть модернизированы и приспособлены к изменяющимся обстоятельствам. Необходим пересмотр системы источников международного частного права, устранение существующих пробелов, расширение пределов автономии воли сторон в трансграничных договорных отношениях, усложнение структуры норм, их дифференциация в целях учета обстоятельств дела и защиты слабой стороны.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник : в 3 т. – М. : БЕК, 2000. – Т. 1: Общая часть.
2. Мызров С. Н. Об источниках международного частного права в свете реформирования Гражданского кодекса Российской Федерации // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
3. Алешина А. В., Косовская В. А. Конвенции о применимом праве как разновидность международных договоров // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
4. Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. // Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. – 1993. – № 18. – Ст. 207.
5. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. // Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. – 1993. – № 28. – Ст. 375.
6. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – № 73. – 2/956.
7. International Law Commission, Report of the Study Group on the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi. A/CN.4/L.682. 13 April 2006. UN Doc. A/CN.4/L/682 // United Nations, 1998–2013 [Electronic resource]. – URL : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/79/PDF/G0661079.pdf?OpenElement>.
8. Регламент № 593/2008 Европейского парламента и Совета ЕС о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.

9. Международное частное право : учебник : в 2 т. – М. : Статут, 2011. – Т. 1 : Общая часть / отв. ред.: С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова.
10. О международном арбитражном (третейском) суде: Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 279-З // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
11. Регламент Международного арбитражного суда при БелТПП : утв. постановлением Президиума Белорусской торгово-промышленной палаты от 17 марта 2011 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
12. Асоков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. – М. : Инфотропик медиа, 2012.
13. О международном частном праве : Закон Азербайджанской Респ. от 6 июня 2000 г. № 889 ГГ // Законодательство стран СНГ [Электронный ресурс] / СоюзПравоИнформ. – М., 2013.
14. О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации : проект РФ Федерального закона № 47538-6 : принят Госдумой РФ в первом чтении 27 апреля 2012 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
15. Draft Hague principles as approved by the November 2012 special commission meeting on choice of law in international contracts and recommendations for the commentary // Hague Conference on Private International Law [Electronic resource]. – URL : http://www.hcch.net/upload/wop/contracts2012principles_e.pdf.
16. Гаагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
17. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81 ФЗ : принят Гос. Думой 31 мар. 1999 г. : одобр. Советом Федерации 22 апр. 1999 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
18. Law of The People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-related Civil Relations, 28 October 2010 [Electronic resource]. – URL : <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=8423>.

Статья поступила в редакцию 15.07.2013 г.

СПЕЦИФИКА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНСТИТУТА УСЫНОВЛЕНИЯ В ЕВРОПЕЙСКИХ ГОСУДАРСТВАХ (ИТАЛИИ, ЛАТВИИ, ФРАНЦИИ)

И. С. Басалыга

Статья посвящена сравнительно-правовому анализу законодательства отдельных европейских государств (Италии, Латвии, Франции) в области усыновления. Особое внимание в статье уделяется определению ряда особенностей право-

вой регламентации института усыновления в Италии, Латвии и Франции по сравнению с законодательством Республики Беларусь.

The article is devoted to the comparative legal analysis of the legislation of some European countries (Italy, Latvia and France) in the sphere of adoption. Particular attention is paid to the designation of a number of key features of legal regulation of the institution of adoption in Italy, Latvia and France in comparison with the legislation of the Republic of Belarus.

Ключевые слова: усыновление, усыновление совершеннолетних, испытательный срок, усыновление лицами нетрадиционной ориентации, тайна усыновления.

Keywords: adoption, adoption of adults, probation, adoption by homosexuals, secrecy of adoption.

Ребенку для полного и гармоничного развития личности необходимо воспитываться в семейном окружении. Если по каким-либо причинам ребенок лишен родительского попечения, благоразумно обратиться к институту усыновления. Целью настоящей публикации является проведение сравнительно-правового анализа национального законодательства Италии, Латвии, Франции в сфере усыновления, изучение практики Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) в указанной области, выявление особенностей правового регулирования института усыновления в Италии, Латвии, Франции по сравнению с законодательством Республики Беларусь. В доктрине вопросы, касающиеся усыновления в европейских государствах, изучены фрагментарно. Тем не менее данная проблематика исследуется в работах Д. С. Борминской [1], А. Н. Левушкина [2], Е. А. Татаринцевой [3].

В **Италии** институт усыновления призван удовлетворить право каждого ребенка иметь семью. Согласно ст. 6 Закона Итальянской Республики «О праве ребенка на семью» от 4 мая 1983 г. № 184 (далее – Закон Италии № 184) [4] усыновление разрешается супругам, состоящим в браке не менее трех лет, или лицам, проживающим до брака и в браке в совокупности в течение того же срока. На наш взгляд, наличие требований относительно совместного проживания супружеских пар и срока их нахождения в браке является целесообразным, поскольку обеспечивается усыновление ребенка супружескими парами, подтвердившими стабильность своих брачных отношений. Представляется необходимым дополнить ст. 125 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (далее – КоБС Республики Беларусь) [5] следующим положением: «Усыновителями могут быть супруги, состоящие в браке и проживающие совместно не менее трех лет».

В п. 3 ст. 6 Закона Италии № 184 определено, что по возрасту кандидаты в усыновители должны быть старше усыновляемых детей по крайней мере на восемнадцать лет, но не более чем на сорок пять лет. Однако, исходя из п. 5 Закона Италии № 184, возможны отступления от данного правила, если суд по делам несовершеннолетних сочтет, что несостоявшееся усыновление может причинить моральный вред ребенку. Например, со-

гласно п. 6 ст. 6 Закона Италии № 184, усыновление допускается, когда возраст одного из кандидатов в усыновители превышает наивысший возрастной предел не более чем на десять лет, или же они являются родителями своих или усыновленных детей, по крайней мере один из которых не достиг совершеннолетия, а также в том случае, если речь идет об усыновлении брата или сестры уже усыновленного ими ребенка. По нашему мнению, установленные законом возрастные пределы призваны обеспечить надлежащее родительское воспитание усыновленных детей.

Из общего правила по усыновлению ребенка супругами в Италии имеют место следующие исключения:

1) если один из супругов умирает или становится недееспособным во время предусыновительного воспитания¹¹, усыновление может быть установлено по просьбе одного из супругов, если такое усыновление будет соответствовать интересам ребенка (п. 4 ст. 25 Закона Италии № 184);

2) если во время предусыновительного воспитания имеет место раздельное проживание супругов, которым был передан ребенок, то по просьбе одного или обоих супругов, усыновление может быть установлено в отношении одного супруга, если такое усыновление будет соответствовать интересам ребенка (п. 5 ст. 25 Закона Италии № 184);

3) если ребенок остался сиротой после смерти отца и/или матери, допускается его усыновление лицами, связанными с ним родственными узами до шестой степени родства. Примечательно, что в указанной ситуации, согласно п. 3 ст. 44 Закона Италии № 184, усыновление допускается не только со стороны супружеских пар, но и со стороны лиц, не состоящих в браке. При этом разница в возрасте между усыновителем и усыновляемым должна быть не менее восемнадцати лет (п. 4 ст. 44 Закона Италии № 184). Также обязательно наличие биологических детей у потенциального усыновителя (п. 2 ст. 44 Закона Италии № 184);

4) если один супруг желает усыновить ребенка второго супруга, обязательно наличие биологических детей у него самого (п. 1, 2 ст. 44 Закона Италии № 184).

Согласие ребенка на усыновление требуется по достижении им *четырнадцати лет* (п. 2 ст. 7 Закона Италии № 184). При этом согласие может быть отзвано до вынесения судом окончательного решения об усыновлении.

В Италии усыновление допускается только в отношении детей, имеющих *статус усыновляемого ребенка*. Согласно ст. 8 Закона Италии № 184, суд по делам несовершеннолетних по месту нахождения детей признает статус усыновляемого ребенка за малолетними детьми, в отношении кото-

¹¹ Предусыновительное воспитание – это срок, в течение которого усыновляемый ребенок проживает и воспитывается в семье потенциальных усыновителей. По его окончании суд принимает решение об удовлетворении или об отказе в удовлетворении заявления об усыновлении.

рых выявлено отсутствие родительского попечения, поскольку они лишены моральной и материальной помощи со стороны родителей или родственников, обязанных заботиться о них, за исключением случаев, когда отсутствие помощи обусловлено форс-мажорными обстоятельствами временно-го порядка. При этом не считаются обстоятельствами непреодолимой силы случаи, когда родители или родственники ребенка отказываются от мер, принимаемых в целях оказания помощи ребенку местными социальными службами, и этот отказ признан необоснованным со стороны судьи.

Статьей 9 Закона Италии № 184 определено, что любой гражданин может сообщить в органы государственной власти о том, что малолетние дети остались без родительского попечения. Должностные лица, ответственные лица органов государственной службы, а также ответственные за службы общественной пользы лица должны незамедлительно сообщать Прокурору Итальянской Республики при суде по делам несовершеннолет-них по месту нахождения детей об условиях, в которых оказался каждый утративший родительское попечение ребенок. Детские государственные и частные учреждения и общины семейного типа должны передавать раз в шесть месяцев Прокурору Итальянской Республики при суде по делам несовершеннолетних список всех воспитывающихся у них детей, указывая по каждому из них место проживания родителей, отмечая отношения с членами семьи и психофизическое состояние самих детей. Ознакомившись с необходимыми сведениями, Прокурор Итальянской Республики обращается в суд с заявлением признать в отношении соответствующего ребенка статус усыновляемого. Согласно п. 1, 2 ст. 10 Закона Италии № 184, Пред-седатель суда по делам несовершеннолетних по месту нахождения ребен-ка или уполномоченный им судья после получения заявления Прокурора незамедлительно начинает соответствующую процедуру, о которой ставят-ся в известность родители ребенка, а в отсутствие таковых – родственни-ки до четвертой степени родства, поддерживающие с ребенком устойчивые отношения. Согласно ст. 12 Закона Италии № 184, если в результате про-верок установлено, что у ребенка есть родители или родственники до чет-вертой степени родства, поддерживающие с ним устойчивые отношения, а также известно их место жительства, тогда председатель суда по делам несовершеннолетних предписывает мотивированным постановлением, что они должны явиться в суд в разумные сроки. В том случае, если родители или родственники ребенка проживают за пределами округа, находящегося в ведении соответствующего суда по делам несовершеннолетних, они долж-ны явиться в суд по делам несовершеннолетних по месту их жительства. Если родители или родственники ребенка проживают за границей, в этих целях могут быть уполномочены соответствующие консульские учреждения.

В ст. 15 Закона Италии № 184 определено, что ребенок может быть передан на усыновление, когда: а) родители или родственники, вызванные

в суд, не предстали перед судом без уважительной причины; б) если суд, выслушав заявления родителей или родственников, пришел к заключению, что по-прежнему у ребенка отсутствуют моральная и материальная поддержка; в) предписания, вынесенные согласно ст. 12, остались невыполненными родителями или родственниками.

Суд по делам несовершеннолетних также устанавливает за ребенком статус усыновляемого ребенка, если по результатам проверки определено, что родители ребенка умерли и у него нет родственников до четвертой степени родства, поддерживающих с ним устойчивые отношения (ст. 11 Закона Италии № 184).

По общему правилу, согласно ст. 22 Закона Италии № 184, граждане, желающие усыновить ребенка, должны *подать заявление о готовности усыновить* ребенка в суд по делам несовершеннолетних. Затем суд, проверив соответствие граждан требованием, предусмотренным в ст. 6 Закона Италии № 184, предписывает проведение расследования, привлекая к сотрудничеству службы оказания социальной помощи населению при местных учреждениях, а также профессиональных работников местных санитарно-медицинских и больничных учреждений. При этом первоочередное внимание уделяется заявлениям о намерении усыновить детей *старше пяти лет или с выявленными тяжелыми заболеваниями*. Расследование проводится в течение 120 дней и касается оно также определения способности воспитывать ребенка, личного и экономического положения, здоровья, семейной обстановки заявителей, а также причин, побудивших их усыновить ребенка. На основании проведенного расследования суд по делам несовершеннолетних выбирает из подавших заявление супружеских пар ту пару, которая в наибольшей мере отвечает потребностям ребенка. Собравшись в совещательной палате и выслушав мнение прокурора, родственников по восходящей линии, если таковые имеются, ребенка, достигшего двенадцати лет, а также ребенка более младшего возраста с учетом его способности к рассуждению, суд устанавливает передачу ребенка на *предусыновительное воспитание* в семью. Ребенок, которому исполнилось *четырнадцать лет*, должен дать явно выраженное согласие на передачу на воспитание выбранной паре. Исходя из п. 1 ст. 23 Закона Италии № 184, предусыновительное воспитание продолжается в течение одного года. По истечении указанного срока, согласно п. 1, 2 ст. 25 Закона Италии № 184, суд, выслушав кандидатов в усыновители, ребенка, которому исполнилось двенадцать лет, а также ребенка более младшего возраста с учетом его способности к рассуждению, прокурора, опекуна и лиц, осуществлявших надзор и оказывавших помощь, принимает решение об удовлетворении или об отказе в удовлетворении заявления об усыновлении. Ребенок, достигший возраста четырнадцати лет, должен выразить явное согласие на усыновление. Кроме того, если заявление об усыновлении было подано супругами,

которые уже имеют законных наследников, то мнение последних также должно быть выслушано в суде, если они достигли четырнадцати лет.

Согласно ст. 47 Закона Италии № 184 последствия усыновления наступают *со дня принятия судебного решения об усыновлении*.

В соответствии со ст. 27 Закона Италии № 184 вследствие усыновления ребенок приобретает статус законного сына или дочери усыновителей, фамилия которых ему присваивается. При этом усыновление влечет прекращение всех отношений усыновленного ребенка с его биологической семьей.

Положения *о тайне усыновления* находят свое отражение в ст. 28 Закона Италии № 184. Так, служащий отдела записи актов гражданского состояния, а также служащий любого другого государственного или частного учреждения, представители органов власти или государственной службы должны отказываться предоставлять сведения, свидетельства, выписки или копии, из которых можно сделать вывод об усыновлении, за исключением разрешения, выданного судебными органами. Сведения о личности биологических родителей ребенка могут быть представлены усыновителям по распоряжению суда по делам несовершеннолетних только в том случае, если существуют уважительные и обоснованные причины. Также такие сведения могут быть переданы ответственному работнику санитарно-медицинского учреждения в том случае, если это обусловлено требованиями необходимости и срочности, при условии существования серьезной опасности для жизни ребенка. По достижении усыновленным двадцати пяти лет он может получить доступ к сведениям о своем происхождении и о личности своих биологических родителей. Примечательно, что он может получить подобные сведения и по достижении им совершеннолетия при условии, что существуют объективные причины, ставящие под угрозу его психофизическое здоровье. Соответствующее заявление предоставляется в суд по делам несовершеннолетних по месту жительства усыновленного лица. *Ответственность за разглашение тайны усыновления* закреплена в ст. 73 Закона Италии № 184. Так, любое лицо, располагающее по долгу службы сведениями об усыновленном ребенке, которое предоставляет информацию, помогающую найти ребенка, или разглашает иные сведения об усыновленном ребенке, наказывается лишением свободы сроком от шести месяцев или наложением штрафа. Если подобное нарушение совершено должностным лицом или государственным служащим, применяется наказание в виде лишения свободы сроком от шести месяцев до трех лет. Данные меры наказания применяются и к тем лицам, которые без разрешения суда по делам несовершеннолетних предоставляют вышеуказанные сведения после передачи ребенка на предусыновительное воспитание.

Положения, касающиеся отмены усыновления, находят свое отражение в ст. 51–54 Закона Италии № 184. Так, отмена усыновления может быть установлена в следующих случаях:

- по заявлению усыновителя, если усыновленный ребенок достиг возраста четырнадцати лет и совершил покушение на жизнь усыновителя или его супруга, его потомков или предков, или же усыновленному вменяется в вину совершение по отношению к усыновителям и их родственникам преступления, которое карается лишением личной свободы сроком не менее трех лет. Если усыновитель умирает в результате покушения на его жизнь, об отмене усыновления могут заявить те лица, к которым перешло бы наследство в отсутствие усыновленного и его потомков;
- по заявлению усыновленного или прокурора, если усыновитель совершил покушение на жизнь усыновленного лица;
- по заявлению прокурора вследствие неисполнения усыновителями принятых на себя обязанностей.

Согласно ст. 54 Закона Италии № 184, последствия усыновления прекращаются со дня вступления в законную силу решения суда об отмене усыновления.

Особенностью итальянского законодательства является наличие возможности усыновления *совершеннолетнего лица* (Раздел VIII Гражданского кодекса Итальянской Республики 1942 г., ст. 291–314 (далее – ГК Италии)) [6]. Согласно ст. 291 ГК Италии, правом на усыновление совершеннолетних обладают как супружеские пары, так и одинокие (не состоящие в браке) лица, возраст которых составляет более *тридцати пяти лет и которые не имеют законных наследников*. Кроме того, разница в возрасте между усыновителем и усыновляемым должна быть не менее *восемнадцати лет*. Статьями 296 и 297 ГК Италии определено, что совершеннолетнее лицо должно дать свое согласие на усыновление. Кроме того, требуется согласие родителей усыновляемого лица, а также его супруга (супруги), если они проживают совместно. Согласно ст. 298 ГК Италии, усыновление вступает в силу со дня принятия судебного решения об усыновлении. До вынесения судебного решения усыновители и усыновляемый могут аннулировать свое согласие на усыновление. Примечательно, что исходя из положений ст. 300 ГК Италии усыновленное совершеннолетнее лицо сохраняет все права и обязанности по отношению к своей биологической семье.

В *Латвии* нормы, регулирующие вопросы усыновления, закреплены, в частности, в *Гражданском законе Латвийской Республики 1937 г.* (далее – ГЗ Латвии) [7]. Исходя из ст. 162 ГЗ Латвии, усыновление допускается в отношении несовершеннолетних лиц. Отметим, что ранее ч. 3 ст. 162, ст. 174 ГЗ Латвии содержали положения, регулирующие отношения по усыновлению совершеннолетних лиц. Однако законом Латвийской Республики от 10 марта 2005 г. данные положения были исключены из ГЗ Латвии. Согласно ст. 163 ГЗ Латвии, усыновителем может быть дееспособное лицо, достигшее возраста двадцати пяти лет (в случае усыновления ребенка второго супруга усыновителю должно быть не менее двадцати одного года).

При этом разница в возрасте между усыновителем и усыновляемым должна быть не менее восемнадцати лет (при усыновлении ребенка второго супруга, а также по иным причинам, признанным судом уважительными, указанная разница в возрасте может быть сокращена).

Статьей 164 ГЗ Латвии определено, что супруги усыновляют ребенка вместе, за исключением случаев, когда: усыновляется ребенок второго супруга; второй супруг признан пропавшим (безвестно отсутствующим).

Одновременно усыновить можно нескольких детей. В интересах детей допускается разделение братьев и сестер только в том случае, если у кого-нибудь из них имеется неизлечимая болезнь или есть препятствия, которые мешают усыновить братьев и сестер вместе (ст. 165 ГЗ Латвии).

В соответствии со ст. 166 ГЗ Латвии лица, которые не состоят между собой в браке, не могут усыновить одного и того же ребенка. Это значит, что в Латвии усыновителями могут быть только супружеские пары и одиночные лица, не состоящие в браке. В ст. 169 ГЗ Латвии закреплено, что для усыновления ребенка необходимо получение согласия на это усыновителя; усыновляемого, если он достиг *двенадцатилетнего возраста*; родителей несовершеннолетнего усыновляемого, если их не лишили родительских прав, или опекуна. Мать согласие на усыновление своего ребенка может дать не ранее чем через шесть недель после его рождения. Для усыновления необходимо *решение сиротского суда* о том, что оно осуществляется в интересах ребенка. Примечательным является тот факт, что в ст. 162, 163 ГЗ Латвии предусмотрен испытательный срок (6 месяцев), в течение которого усыновляемый ребенок проживает и воспитывается в семье потенциальных усыновителей и по окончании которого суд принимает решение об удовлетворении или об отказе в удовлетворении заявления об усыновлении.

Согласно ст. 171 ГЗ Латвии, последствия усыновления наступают с момента, как только суд засвидетельствовал акт усыновления. Суд может позволить не записывать усыновителей в регистр рождений как родителей усыновляемого, если эта просьба усыновителей обоснована. *Без согласия усыновителя сведения об усыновлении ребенка до его совершеннолетия не разглашаются.*

Таким образом, в Латвии тайна усыновления охраняется законом. В частности, ст. 169 Уголовного кодекса Латвийской Республики определено, что разглашение тайны усыновления против воли усыновителя наказывается арестом, или общественными работами, или штрафом [8].

В ст. 172 ГЗ Латвии закреплено, что если имя усыновляемого ребенка не соответствует национальности усыновителя или трудно произносится, имя усыновляемого разрешается изменить или присоединить второе имя, за исключением случаев, когда усыновляемый уже имеет двойное имя. Также по просьбе усыновителя суд может разрешить изменение иденти-

фикационного номера усыновляемого ребенка. Однако в Латвии запрещено менять дату рождения усыновляемого.

Усыновленный ребенок обладает теми же правами, что и ребенок, рожденный в браке. С усыновлением ребенка юридически прекращаются личные и имущественные отношения с его биологическими родственниками (ст. 173 ГЗ Латвии).

В соответствии со ст. 175 ГЗ Латвии усыновление может отменить суд, если совершеннолетний усыновленный пришел к соглашению с усыновителем об отмене усыновления. Отмена усыновления вступает в силу после вынесения судебного решения об отмене усыновления. С отменой усыновления восстанавливаются правовые отношения усыновленного (а также его потомков) с его биологической семьей. Если при усыновлении ребенок получил фамилию усыновителя или другое имя или ему поменяли идентификационный номер, суд в интересах усыновленного может сохранить полученную фамилию, имя и идентификационный номер после отмены усыновления (ст. 176 ГЗ Латвии).

Во **Франции** правовое регулирование института усыновления находит свое отражение в ст. 343–370-5 Гражданского кодекса Французской Республики 1804 г. (далее – ГК Франции) [9]. Данный институт прежде всего рассматривается как способ оказания помощи ребенку. Особенностью французского законодательства является то, что в нем выделяются *две формы усыновления*: простое (*l'adoption simple*) и полное (*l'adoption plénière*).

1. *Полное усыновление*. Согласно ст. 343–343-2 ГК Франции ходатайствовать о полном усыновлении могут одиночные лица, возраст которых составляет более двадцати восьми лет, а также супружеские пары, проживающие совместно в течение более двух лет, или когда обоим супругам более двадцати восьми лет. Требование о возрасте не применяется в случае усыновления ребенка второго супруга. Исходя из анализа ч. 1 ст. 343-1 ГК Франции, а также практики ЕСПЧ (например, дело «Е. В. против Франции» [10]), французские граждане нетрадиционной ориентации, не состоящие в однополом браке, могут быть усыновителями.

Примечательно, что право на усыновление детей лицами нетрадиционной ориентации было впервые рассмотрено ЕСПЧ в деле «Фретте против Франции» [11, с. 302–307]. Отметим, что по данному делу ЕСПЧ вынес отрицательное решение. Согласно материалам дела заявителем являлся гражданин Франции нетрадиционной ориентации Филипп Фретте, проживавший в Париже. 3 мая 1993 г. ему было отказано парижской социальной службой в выдаче разрешения на усыновление ребенка, в то время как с 1966 г. ГК Франции разрешает усыновление детей как парами, состоящими в браке, так и отдельными лицами старше двадцати восьми лет без указания их сексуальной ориентации. Поданная заявителем 21 мая 1993 г. апелляция была отклонена решением Генерального совета Парижа

от 15 октября 1993 г. на том основании, что выбранный заявителем образ жизни не давал достаточных гарантий, что он может создать ребенку подходящую атмосферу с точки зрения воспитания, образования и психологии. Заявитель подал жалобу в Административный суд Парижа, который вынес свое решение 25 января 1995 г. В нем отмечалось, что суд не нашел фактов, дающих основание полагать, что «образ жизни господина Фретте был недостаточно морально строгим или эмоционально стабильным или что он содержал риск злоупотребления им процессом усыновления или какое-либо другое поведение, демонстрирующее, что его планы по усыновлению содержали риск для любого усыновленного ребенка» [11, с. 302–303]. Социальная служба Парижа, не согласившись с решением суда, направила апелляцию в высший суд по административным делам во Франции – Государственный совет, который 9 октября 1996 г. отменил решение Административного суда Парижа. В решении Государственного совета отмечалось, что, учитывая образ жизни господина Фретте и несмотря на его личные качества и способность воспитывать детей, он не обеспечил необходимых гарантий с воспитательной, психологической и семейной точек зрения, для усыновления ребенка. Отказ Государственного совета означал исчерпание заявителем всех внутригосударственных судебных инстанций и возможность обращения в международные судебные инстанции.

1 апреля 1997 г. Европейская комиссия по правам человека получила жалобу Филиппа Фретте на действия и решения Франции по его делу. В связи с реорганизацией судебного механизма Совета Европы и упразднением Комиссии 1 ноября 1998 г. его дело было передано в ЕСПЧ. Только 12 июня 2001 г. ЕСПЧ признал дело частично приемлемым для рассмотрения. Слушания были проведены 2 октября 2001 г. Заявитель утверждал, что отказ в выдаче ему разрешения на усыновление являлся произвольным вмешательством в его личную и семейную жизнь, поскольку данный отказ был основан исключительно на предрассудках относительно его сексуальной ориентации. Таким образом, заявитель увязал две статьи *Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.* (далее – Европейская конвенция) [12] – ст. 14 и ст. 8, поскольку первая статья, запрещающая дискриминацию, не имеет самостоятельного применения без нарушения какого-либо права. Вторым пунктом жалобы стало несогласие заявителя с тем, что он не был вызван на слушания, проведенные в Государственном совете, в нарушение ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции, гарантирующей каждому право на справедливое судебное разбирательство [11, с. 302–303].

По итогам рассмотрения дела ЕСПЧ вынес отрицательное для заявителя решение по основному вопросу. Четырьмя голосами против трех судьи признали, что Франция не нарушила ст. 14 Европейской конвенции в связке со ст. 8. ЕСПЧ пришел к заключению, что право заявителя, га-

рантированное ст. 343-1 ГК Франции, могло быть перекрыто интересами потенциально усыновляемых детей. В контексте Европейской конвенции ограничение права на личную и семейную жизнь заявителя было основано ч. 2 ст. 8 Европейской конвенции, допускающей вмешательство государства в осуществление этого права при определенных условиях, в частности в случае охраны здоровья и нравственности других лиц, в данном случае усыновляемых детей. Тем не менее ЕСПЧ удовлетворил второе требование заявителя, признав нарушение Францией его права на справедливое судебное разбирательство. На основании ст. 41 Европейской конвенции ЕСПЧ присудил заявителю компенсацию расходов в размере трех тысяч пятьсот евро [11, с. 304–305].

Однако в 2008 г., вследствие изменения общественного климата и законодательства в странах – членах Совета Европы, ЕСПЧ изменил свою позицию в отношении усыновления детей французскими гражданами нетрадиционной ориентации. В частности, следует отметить дело «Е. В. против Франции» [10].

Исходя из материалов дела, 26 февраля 1998 г. гражданка Франции Е. В. 1961 г. рождения, работающая воспитательницей в детском саду, обратилась в социальные службы департамента Юра с заявлением о выдаче ей разрешения на усыновление ребенка. Она хотела усыновить ребенка из стран Азии, Южной Америки или из Мадагаскара. При этом она сообщила о своей нетрадиционной ориентации и о своих стабильных отношениях с гражданкой Р., своей сожительницей. Отметим, что обе женщины не считали себя семейной парой. Гражданка Р. хотя и придавала определенное значение заявлению об усыновлении со стороны своей подруги Е. В., тем не менее она не считала, что это заявление создает какие-либо обязательства для нее самой.

В итоге 26 ноября 1998 г. Генеральный совет департамента Юра отказал гражданке Е. В. в выдаче разрешения на усыновление. 29 января 1999 г. Е. В. обратилась к председателю Генерального совета департамента Юра с заявлением, включавшим требование пересмотреть это решение об отказе. Однако 17 марта 1999 г. председатель Генерального совета департамента Юра подтвердил свой отказ удовлетворить заявление о выдаче разрешения на усыновление ребенка. Затем заявительница подала в административный суд города Безансона жалобу с требованием отменить два административных решения – от 26 ноября 1998 г. и от 17 марта 1999 г. Своим постановлением от 24 февраля 2000 г. административный суд отменил вышеуказанные административные решения. Однако департамент Юра обжаловал это решение. Так, административный апелляционный суд города Нанси в своем постановлении от 21 декабря 2000 г. отменил предыдущее судебное решение. Гражданка Е. В. подала кассационную жалобу на данное постановление, которую 5 июня 2002 г. Государственный

совет Франции отклонил, что означало исчерпание заявительницей всех внутригосударственных судебных инстанций и возможность обращения с жалобой в ЕСПЧ. В своей жалобе гражданка Франции Е. В. указала, что административные органы и суды Франции отказали ей в выдаче разрешения на усыновление ребенка по причине ее сексуальной ориентации и сожительства с женщиной. Следовательно, имело место нарушение положений ст. 8 (право на частную и семейную жизнь) и ст. 14 (запрещение дискриминации) Европейской конвенции.

Для обоснования своей позиции представитель государства-ответчика по делу привел следующие доводы. Отказ в выдаче разрешения на усыновление ребенка объясняется не сексуальной ориентацией заявительницы, а стремлением соблюсти интересы ребенка и основан на двух аргументах: отсутствие образа отца и неясность в отношении роли сожительницы заявительницы при усыновлении ребенка. В частности, по мнению ряда специалистов, присутствие представителей разных полов в воспитании ребенка является важным аспектом его самоидентификации, поэтому социальные службы департамента Юра приняли во внимание отсутствие идентификационных ориентиров в отношении образа отца. Таким образом, французские административные и судебные органы руководствовались лишь интересами ребенка. Не существует ни права на ребенка, ни права на разрешение на усыновление ребенка. Усыновление является мерой защиты ребенка, которая направлена на то, чтобы предоставить ему семью. Процедура выдачи разрешения на усыновление ребенка направлена исключительно на то, чтобы определить, есть ли среди многочисленных кандидатов лицо, которое способно обеспечить ему наиболее благоприятные условия во всех отношениях. Исходя из этого, желание иметь ребенка не должно быть выше интересов самого ребенка, поскольку он является слабой стороной правоотношения.

ЕСПЧ, оценив обстоятельства дела, пришел к следующим выводам. Французское законодательство разрешает усыновление ребенка лицом, не состоящим в браке, что дает возможность усыновления не состоящему в браке лицу нетрадиционной ориентации. Учитывая данный факт, ЕСПЧ счел, что аргументы, выдвинутые государством-ответчиком, не могут быть названы особо серьезными и убедительными для обоснования отказа заявительнице в выдаче разрешения на усыновление ребенка. ЕСПЧ отметил, что в ГК Франции ничего не говорится о необходимости наличия в семье усыновителя лица другого пола. Кроме того, в данном случае заявительница обладала определенными личностными качествами и навыками в сфере образования, что очевидно соответствовало интересам ребенка. Исходя из этого, ЕСПЧ посчитал, что по делу властями государства-ответчика было допущено нарушение положений ст. 14 и ст. 8 Европейской конвенции.

Таким образом, ЕСПЧ постановил: единогласно считать жалобу приемлемой для ее рассмотрения по существу; десятью голосами «за» и семью голосами «против» – что по делу власти Франции нарушили требования ст. 14 и ст. 8 Европейской конвенции; одиннадцатью голосами «за» и шестью голосами «против», что Франция должна выплатить заявительнице сумму в размере десяти тысяч евро в качестве компенсации причиненного ей морального вреда, а также сумму в размере четырнадцати тысяч пятисот двадцати восьми евро в качестве возмещения понесенных ею судебных издержек и расходов, к чему надлежит прибавить сумму любых налогов, подлежащих к уплате с указанной суммы [10].

Президент Франции Франсуа Олланд 18 мая 2013 г. подписал закон о легализации однополых браков и разрешении таким парам усыновлять детей. Таким образом, сегодня во Франции правом на усыновление детей однозначно обладают как одинокие лица нетрадиционной ориентации, так и лица, состоящие в однополом браке. Считаем, что законодательное закрепление данных возможностей лишает усыновляемых детей права на гармоничное воспитание в семье.

Согласно ст. 346 ГК Франции никто не может быть усыновлен несколькими лицами, если они не являются супругами. Это означает, что во Франции потенциальными усыновителями могут быть только одинокие лица, не состоящие в браке, а также супружеские пары.

В соответствии со ст. 344 ГК Франции разница в возрасте между усыновителями и детьми, которых они намереваются усыновить, должна быть более пятнадцати лет (десять лет – в случае усыновления ребенка второго супруга). Часть 2 ст. 344 ГК Франции предусматривает, что суд может сократить указанную разницу в возрасте при наличии объективных оснований. По достижении ребенком тринацати лет требуется получение его согласия на усыновление (ч. 3 ст. 345 ГК Франции). Кроме того, ч. 1 ст. 345 ГК Франции определено, что полное усыновление допускается только в отношении детей младше пятнадцати лет, принятых в семью усыновителя или усыновителей и проживающих в ней не менее шести месяцев. Если ребенку больше пятнадцати лет и он был принят в семью до достижения этого возраста лицами, которые не выполнили законных условий для усыновления, или если ребенок был объектом простого усыновления до достижения этого возраста, полное усыновление может быть осуществлено, если его условия выполнены до достижения усыновляемым совершеннолетия, а также в течение двух лет, следующих за его совершеннолетием.

По истечении шестимесячного срока, в течение которого ребенок должен проживать в семье потенциальных усыновителей, последние подают заявление об усыновлении в суд высокой инстанции по месту своего проживания (ч. 1 ст. 353 ГК Франции). На наш взгляд, установление испытательного срока представляется нецелесообразным вследствие отсутствия

гарантии усыновления потенциальными усыновителями ребенка, переданного им на воспитание в рамках данной процедуры.

Согласно ст. 347 ГК Франции, могут быть усыновлены: 1) дети, на усыновление которых отец и мать, а при их отсутствии кровные родственники дали свое согласие; 2) дети, находящиеся на государственном попечении; 3) дети, признанные (ч. 1 ст. 350: вследствие явной утраты интереса к ребенку со стороны родителей, и если такое положение длится более одного года) в судебном порядке оставленными родителями. Статья 355 ГК Франции предусматривает, что ребенок считается усыновленным с даты подачи заявления об усыновлении. При этом полное усыновление является окончательным и не подлежит отмене (ст. 359 ГК Франции). Усыновленный ребенок обладает такими же правами и несет те же обязанности, что и ребенок, рожденный в браке (ст. 358 ГК Франции), включая право наследования. Согласно ст. 357 ГК Франции по просьбе усыновителей суд может изменить фамилию (имя) ребенка. Исходя из содержания ст. 356 ГК Франции, полное усыновление влечет окончательное прекращение всех правоотношений между ребенком и его биологической семьей.

2. Простое усыновление. Данная форма усыновления характеризуется меньшими правовыми последствиями как для усыновленного лица и усыновителей, так и для биологических родителей. На практике простое усыновление испрашивается во Франции в отношении совершеннолетних лицами пожилого возраста. В этом случае оно направлено на обеспечение наследственных интересов. Часто данная форма усыновления используется в случае повторного заключения брака одним из родителей для того, чтобы приблизить ребенка ко второму супругу, не разрывая связь ребенка с другим родителем [13]. В целом простое усыновление осуществляется в соответствии с теми же требованиями, что и полное усыновление. Однако согласно ст. 360 ГК Франции, простое усыновление имеет место независимо от возраста усыновляемого лица. Не требуется также соблюдения испытательного срока (шесть месяцев). Простое усыновление устанавливает между усыновленным лицом и усыновителем родство, но при этом оно не влечет разрыв прежних родственных связей, объединявших усыновленного с его биологической семьей (ст. 364 ГК Франции). Таким образом, усыновленное лицо в правовом смысле привязывается сразу к двум семьям. По общему правилу усыновляемый берет фамилию усыновителя, одновременно сохраняя свою прежнюю фамилию (ст. 363 ГК Франции). Если усыновленному лицу более тридцати лет, необходимо получение его согласия на изменение фамилии. Исходя из положений ст. 364, ст. 368–368-1 ГК Франции, усыновленное лицо обладает правом наследования в обоих семьях. Усыновленный должен уплачивать алименты нуждающемуся усыновителю, и, с другой стороны, в случае необходимости усыновитель должен уплачивать алименты усыновленному (ст. 367 ГК Франции). Кроме

того, обязанность уплачивать алименты продолжает существовать между усыновленным и его биологическими родителями, которые, однако, несут лишь субсидиарное алиментное обязательство в отношении него, т. е. их алиментная обязанность возникает только в случае, когда усыновитель не в состоянии обеспечить его потребности.

Простое усыновление является доступным в отношении любого ребенка с единственным условием о даче согласия на усыновление одним или обоими биологическими родителями. Согласно ст. 348-3 ГК Франции согласие на усыновлениедается перед заведующим канцелярией суда первой инстанции по месту жительства или пребывания лица, дающего согласие, либо перед французским или иностранным нотариусом, либо перед французскими дипломатическими представителями или консулами. Оно может быть также получено службой социальной помощи детству, если ей был передан ребенок.

Согласно ч. 2 ст. 348-3 ГК Франции, согласие на усыновление может быть отозвано биологическими родителями или кровными родственниками (при отсутствии родителей) в течение двух месяцев. Отзыв должен быть оформлен заказным письмом с уведомлением о вручении лицу или службе, которая получила согласие на усыновление. Если по истечении двухмесячного срока согласие не было отозвано, биологические родители могут еще потребовать возвращения им ребенка при условии, что в отношении его не был завершен процесс усыновления. Статьей 370 ГК Франции определено, что простое усыновление может быть отменено при наличии серьезных оснований по заявлению усыновителя или усыновленного лица. Заявление об отмене, предъявленное усыновителем, может быть принято, если усыновленному лицу исполнилось пятнадцать лет. Если усыновленный является несовершеннолетним, то его биологические отец или мать, а при их отсутствии кровные родственники, включая двоюродных братьев и сестер, а также прокурор могут требовать отмены усыновления.

Примечательным является тот факт, что ни в ГК Франции, ни в Уголовном кодексе Французской Республики 1992 г. [14] нет нормы о тайне усыновления. На наш взгляд, это связано с абсолютной прозрачностью процедуры усыновления, так как, например, в случае простого усыновления биологические родители имеют полное право на общение со своим ребенком.

В Республике Беларусь тайна усыновления охраняется законом. На наш взгляд, такой подход белорусского законодательства является вполне обоснованным, поскольку разглашение тайны усыновления может причинить моральные и нравственные страдания ребенку, затруднить процесс его адаптации в новой семье и воспрепятствовать созданию благоприятной семейной обстановки. По мнению российского правоведа Н. В. Летовой, смысл тайны усыновления «заключается в закреплении дополнительной

гарантии интересов усыновленных детей, положение которых не должно отличаться от положения ребенка в родной семье» [15]. Безусловно, каждый из вышеуказанных подходов имеет свои достоинства и недостатки. Однако важнейшими критериями выбора в пользу одного или другого должны быть исторические традиции, в том числе правовые, культурные, национальные особенности. Буквальное заимствование иностранного опыта в данном вопросе может нанести больше вреда, чем пользы [16]. На современном этапе общественного развития подход, применяемый законодателем Республики Беларусь, представляется вполне оправданным. Однако отрицать возможность дальнейших изменений правовой регламентации тайны усыновления не следует.

Таким образом, можно выделить следующие особенности правового регулирования института усыновления в Италии, Латвии и Франции по сравнению с законодательством Республики Беларусь:

- в законодательстве Республики Беларусь не выделяют такие формы усыновления, как полное и простое. Однако элементы простого усыновления содержатся в п. 3, 4 ст. 134 КоВС Республики Беларусь, в которых предусмотрено, что при усыновлении ребенка одним лицом личные неимущественные и имущественные права и обязанности могут быть сохранены по желанию матери, если усыновитель – мужчина, или по желанию отца, если усыновитель – женщина. Если один из родителей усыновленного ребенка умер, то по просьбе родителей умершего родителя (деда или бабки ребенка) могут быть сохранены личные неимущественные и имущественные права и обязанности ребенка по отношению к родственникам умершего родителя, если этого требуют интересы ребенка;

- в Италии усыновителями могут быть только супружеские пары (за исключением случаев, предусмотренных в ст. 44 Закона Италии № 184, а также случаев усыновления совершеннолетних лиц), в Латвии, Франции и Республике Беларусь – как одинокие лица, не состоящие в браке, так и супружеские пары (ст. 125 КоВС Республики Беларусь). Кроме того, в отличие от Франции, в Республике Беларусь не допускается усыновление детей лицами нетрадиционной ориентации (аналогичное правило действует в Италии и Латвии).

Законодательное закрепление возможности усыновления детей лицами нетрадиционной ориентации представляется нецелесообразным, поскольку это лишает усыновляемых детей права на гармоничное воспитание в семье, в которой они могли бы полноценно всесторонне развиваться как личности;

- в ГК Франции для получения права на усыновление предусмотрены требования относительно минимального возраста кандидатов в усыновители (старше двадцати восьми лет). В Латвии усыновителям должно быть не менее двадцати пяти лет (в случае усыновления ребенка второго супруга – не менее двадцати одного года). В Италии, в случае усыновления

совершеннолетнего лица, потенциальным усыновителям должно быть более тридцати пяти лет. В законодательстве Республики Беларусь данные требования отсутствуют;

- в Италии и Франции правом на усыновление детей обладают супружеские пары, состоящие в браке и проживающие совместно соответственно не менее трех лет (ст. 6 Закона Италии № 184) и более двух лет (ст. 343 ГК Франции).

На наш взгляд, данный подход является весьма рациональным, поскольку обеспечивает усыновление ребенка супружескими парами, подтверждившими стабильность своих брачных отношений. Следовательно, представляется возможным дополнить ст. 125 КоВС Республики Беларусь следующим положением: «Усыновителями могут быть супруги, состоящие в браке и проживающие совместно не менее трех лет»;

- во Франции минимальная разница в возрасте между усыновляемым ребенком и усыновителями составляет пятнадцать лет (десять лет в случае усыновления ребенка супруга). В Италии минимальная разница – восемнадцать лет, максимальная – сорок пять лет. В Латвии минимальная разница в возрасте также составляет не менее восемнадцати лет. Статья 126 КоВС Республики Беларусь закрепляет как минимальную (не менее шестнадцати лет), так и максимальную (не более сорока пяти лет) разницу в возрасте. При усыновлении ребенка отчимом (мачехой), а также по иным причинам, признанным судом уважительными, разница в возрасте может быть сокращена (увеличена);

- в Италии согласие ребенка на усыновление испрашивается по достижении им четырнадцати лет, в Латвии – двенадцати лет. Во Франции согласие ребенка на усыновление, а также на изменение фамилии требуется по достижении им тринадцати лет, в Республике Беларусь – десяти лет (ст. 130, ч. 4 ст. 132 КоВС Республики Беларусь);

- в законодательстве Республики Беларусь отсутствует требование об обязательном предварительном помещении ребенка в семью потенциальных усыновителей (на один год в Италии; на шесть месяцев в Латвии и Франции).

Считаем, что данная процедура представляется нецелесообразной ввиду возможности отказа потенциальных усыновителей от осуществления усыновления после определенного срока, поэтому ребенок, будучи слабой стороной правоотношений, в данном случае не будет защищен должным образом;

- во Франции ребенок считается усыновленным с даты подачи заявления об усыновлении, в Республике Беларусь (Италии, Латвии) – со дня вступления в законную силу решения суда (ч. 5 ст. 122 КоВС Республики Беларусь);

- в Италии, Латвии, Франции запрещено менять дату рождения усыновленного ребенка, в Республике Беларусь для обеспечения тайны усы-

новления и в интересах ребенка по просьбе усыновителей дата рождения может быть изменена не более чем на один год (ст. 132 КоВС Республики Беларусь);

• ГК Италии (ст. 291) и ГК Франции (ст. 360) предусматривают возможность усыновления совершеннолетних лиц, в Республике Беларусь такая возможность отсутствует (ч. 2 ст. 120 КоВС Республики Беларусь). Ранее ч. 3 ст. 162, ст. 174 ГЗ Латвии содержали положения, регулирующие отношения по усыновлению совершеннолетних лиц. Однако в 2005 г. данные положения были исключены.

На наш взгляд, целью института усыновления, прежде всего, является удовлетворение права каждого ребенка иметь семью, в которой он мог бы полноценно всесторонне развиваться как личность. Следовательно, законодательное закрепление возможности усыновления совершеннолетних лиц противоречит основной цели института усыновления и может способствовать различного рода злоупотреблениям, как со стороны усыновителей, так и усыновляемого совершеннолетнего лица;

• в законодательстве Франции отсутствует понятие тайны усыновления, в Республике Беларусь предусмотрена уголовная ответственность за разглашение тайны усыновления против воли усыновителя (аналогично в Латвии) или усыновленного (ст. 177 Уголовного кодекса Республики Беларусь [17]). В Италии, согласно ст. 73 Закона Италии № 184, ответственность за разглашение тайны усыновления несет любое лицо, располагающее по долгу службы сведениями об усыновленном ребенке, которое предоставляет информацию, помогающую найти ребенка, или разглашает иные сведения об усыновленном ребенке. Примечательно, что в Италии усыновленный по достижении им двадцати пяти лет может получить доступ к сведениям о своем происхождении и о личности своих биологических родителей.

Полагаем, что сохранение тайны усыновления соответствует интересам и усыновленного, и усыновителей, поскольку способствует созданию благоприятной семейной обстановки для воспитания усыновленного ребенка.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Борминская Д. С. Усыновление (удочерение) в странах Европы : влияние «альтернативных форм семейной жизни» и практика Европейского суда по правам человека // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.

2. Левушкин А. Н. Правовое регулирование порядка установления усыновления по законодательству государств-участников СНГ и Балтии // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.

3. Татаринцева Е. А. Новые тенденции в развитии законодательства об усыновлении в Англии // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
4. Diritto del minore ad una famiglia : Legge della Repubblica Italiana, 4 maggio 1983, № 184 // Commissione per le Adozioni Internazionali [Documento elettronico]. – URL : http://www.commissioneadozioni.it/media/14058/revisione%20testo%20legge_184%20per%20sito%20web%20ca1.pdf.
5. Кодекс Республики Беларусь о браке и семье : принят Палатой представителей 3 июня 1999 г. : одобр. Советом Респ. 24 июня 1999 г. : текст Кодекса по сост. на 7 янв. 2012 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
6. Codice civile // Altalex [Documento elettronico]. – URL : <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>.
7. Civillikums // Latvijas Republikas tiesību acti [Elektroniskais resurss]. – URL : <http://likumi.lv/doc.php?id=90223#p151>.
8. Krimināllikums // Latvijas Republikas tiesību acti [Elektroniskais resurss]. – URL : <http://likumi.lv/doc.php?id=88966>.
9. Code civil // Legifrance. Le service public de la diffusion du droit [Ressource électronique]. – URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITE_XT000006070721&dateTexte=20060406.
10. Дело «Е. В. против Франции» // Европейский суд по правам человека [Электронный ресурс]. – 2009. – URL : http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_E_B_v_France_22_01_2008.pdf.
11. Алексеев Н. А. Гей-брак : Семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. – М. : БЕК, 2002. – 416 с.
12. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950 // Council of Europe : Treaty Office [Electronic resource]. – URL : <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>.
13. Clement, C. L'adoption simple // Портал французского права [Электронный ресурс]. – 2007. – URL : http://www.france-jus.ru/upload/fiches_fr/L%20adoption%20simple.pdf.
14. Code pénal // Legifrance. Le service public de la diffusion du droit [Ressource électronique]. – URL : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITE_XT000006070719&dateTexte=20130620.
15. Летова Н. В. Усыновление в Российской Федерации: правовые проблемы // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
16. Ильина Е. В., Юрашевич Н. М. Семейно-правовые фикции, регламентирующие усыновление в Республике Беларусь, Российской Федерации и Республике Казахстан // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
17. Уголовный кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 2 июня 1999 г. : одобр. Советом Респ. 24 июня 1999 г. : текст Кодекса по состоянию на 26 окт. 2012 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

Статья поступила в редакцию 1.07.2013 г.

ПРАВОСПОСОБНОСТЬ БАНКОВ КАК СУБЪЕКТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА (в контексте осуществления трансграничной банковской деятельности)

Н. Ю. Газдюк

Статья посвящена рассмотрению особенностей правового регулирования правоспособности банков в контексте осуществления ими трансграничной банковской деятельности. В частности, автор исследует материально-правовые и коллизионно-правовые вопросы, касающиеся характера и объема правоспособности различных по своей правовой природе типов банков (лицензирование банковской деятельности, ограничения на осуществление банками иных, помимо банковской, видов деятельности, последствия совершения банками сделок, выходящих за пределы их правоспособности, и др.). Анализируя правовые нормы, а также существующие в доктрине гражданского, банковского и международного частного права подходы, автор приходит к выводу о том, что на характер и объем правоспособности банков оказывает влияние множество факторов, в том числе отнесение банков к одному из следующих типов: к банкам второго уровня, к центральным банкам или к международным банкам. Автор отмечает, что к какому бы из названных выше типов банк ни относился, правовое регулирование вопросов (как материальных, так и коллизионных) его правоспособности, как и в целом правового положения, направлено прежде всего на защиту публичных интересов (обеспечение стабильности и устойчивости финансово-кредитной системы Республики Беларусь, а также защита интересов вкладчиков и иных кредиторов банка), вследствие чего применение частноправовых принципов может существенно ограничиваться. В статье приводится ряд практических рекомендаций, а также предложений по совершенствованию законодательства Республики Беларусь, регулирующего рассматриваемые вопросы, в том числе относительно правового регулирования недействительности сделок, совершенных юридическим лицом с превышением объема его правоспособности.

The article deals with special aspects of legal regulation of the bank legal capacity in the context of carrying out cross-border banking activities. In particular the author researches the substantive and conflict of laws issues of the nature and scope of the legal capacity of banks of different types by their legal nature (licensing of banking activities, restrictions on banks to carry out other, in addition to banking, activities, making by banks transactions which are beyond the scope of their legal capacity, etc.). Analyzing the rules of law, as well as approaches existing in the doctrine of civil, banking and private international law, the author comes to the conclusion that the nature and scope of the legal capacity of banks are affected by many factors, including the rating of banks to one of the following types: banks of the second level, the central banks or international banks. However, the author notes that no matter what above mentioned types a bank is rated to the legal regulation (both substantive and conflict of laws) of its capacity as well as its general legal status, is principally aimed to ensure the public interests (the stability and sustainability of the financial and credit system of the Republic of Belarus, as well as protection of interests of depositors and other creditors of the bank), so that the application of private law principles may be limited

substantially. In the article there are a number of practical recommendations and suggestions for improving the legislation of the Republic of Belarus regulating the issues discussed, including the legal regulation of the invalidity of transactions made by a legal entity in excess of the scope of its capacity.

Ключевые слова: банк, банковская деятельность, банковские операции, иностранные банки, коллизионные нормы, лицензирование банковской деятельности, личный статут юридического лица, международное юридическое лицо, международные банки, недействительность сделок.

Keywords: bank, banking activities, banking operations, foreign banks, conflict of laws rules, licensing of banking activities, personal statute of legal entity, international legal entity, international banks, invalidity of legal transaction.

Во всех национальных правовых системах банки традиционно рассматриваются в качестве особых субъектов права. С одной стороны, являясь коммерческими организациями, они вступают в гражданско-правовые (частноправовые) отношения, основанные на таких принципах, как равенство участников, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства в частные дела и т. п. С другой стороны, деятельность банков подвергается жесткому правовому регулированию (прежде всего, пруденциальному¹² и валютному), обеспечивающему, как справедливо отметила О. М. Олейник, в первую очередь публичные интересы, а затем баланс частных интересов [2, с. 28], что обусловлено, в о - первых, значимостью банковской системы для всех отраслей экономики (обеспечивает аккумуляцию свободных денежных средств и их вовлечение в деловой оборот, является важным элементом механизма межотраслевого, межрегионального и межгосударственного перераспределения денежного капитала, а также ключевым элементом расчетно-платежного механизма хозяйственной системы государства [3, с. 15]); в о - вторых, особым характером банковской деятельности (высокий уровень финансовой взаимозависимости ее субъектов, опора на легко изымаемые денежные средства и недостаточная открытость [1, с. 243], что предопределяет ее чрезвычайно рисковый характер и подверженность так называемому «системному» риску).

Указанные выше обстоятельства не могли не оказать существенного влияния на правовое регулирование банковской деятельности, которая в

¹²Пруденциальное регулирование – это система норм государственно-властного характера, имеющая целью обеспечение стабильного и надежного функционирования банковской системы в целом, а также защиту интересов вкладчиков с помощью государственной регистрации и лицензирования банковской деятельности, установления экономических нормативов функционирования банков и осуществления банковского надзора, главным инструментом которого выступает применение мер воздействия (санкций) от имени государства [1, с. 246].

силу глобализационных процессов в мировой экономике «...объективно и неизбежно выходит за рамки отдельных государств и приобретает трансграничный характер»¹³, иными словами – осложняется тем или иным видом иностранного элемента (далее – трансграничная банковская деятельность).

Целью настоящего исследования является установление на основе философского (диалектического), общенаучных (логического, исторического, системно-структурного и др.), а также частнонаучных (формально-юридического, сравнительно-правового и др.) методов научного познания факторов, влияющих на правоспособность банков как субъектов международного частного права (далее – МЧП), являющуюся правовой предпосылкой для осуществления трансграничной банковской деятельности.

Вопрос о гражданской правоспособности банков довольно часто затрагивается специалистами по гражданскому [4; 5] и банковскому праву [2; 3; 6; 7; 8]. Проблемные вопросы правоспособности юридических лиц в МЧП также довольно подробно освещены как в учебной [9; 10; 11; 12], так и в монографической литературе [13; 14; 15]. Ряд авторов в своих трудах анализируют особенности правового регулирования трансграничной банковской деятельности [1; 16]. Исследования специфики правового регулирования правоспособности банков как субъектов МЧП в контексте осуществления ими трансграничной банковской деятельности отсутствуют, в связи с чем тема, избранная для написания настоящей статьи, представляет несомненный теоретический и практический интерес.

Представляется, что выводы, изложенные в настоящей статье, могут быть использованы для устранения пробелов в отечественном и зарубежном законодательстве, развития юридической науки, а также для совершенствования правоприменительной практики.

Особенность рассматриваемой темы заключается в том, что термин «банк» используется для обозначения различных по своей правовой природе субъектов (центральные банки, банки второго уровня, а также так называемые международные банки), объединяющим элементом для которых выступает правовая возможность осуществлять банковские операции. Различная правовая природа банков обусловила различные подходы к правовому регулированию вопросов, касающихся их гражданской правоспособности, в том числе и в контексте осуществления ими трансграничной банковской деятельности.

Поскольку основными субъектами, осуществляющими трансграничную банковскую деятельность, являются банки второго уровня (далее – банки), представляется целесообразным начать рассмотрение темы настоящей ста-

¹³ Данное обстоятельство позволило некоторым авторам даже говорить о формировании международного банковского права как «особой отрасли международного частного права, призванной выступать в качестве регулятора международной банковской деятельности» [1, с. 10].

тьи именно с характеристики особенностей правового регулирования их правоспособности, поскольку данный вопрос имеет наибольший теоретический и практический интерес.

Вопрос правоспособности коллективных правосубъектных лиц¹⁴ в международном частном праве относится к вопросу личного статута и сферы его применения¹⁵.

Характер и объем гражданской правоспособности юридических лиц, учрежденных в Республике Беларусь, в силу их «домашней» национальной принадлежности должен определяться в соответствии с белорусским правом (ст. 1111, ст. 45 Гражданского кодекса Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З [23] (далее – ГК)), гражданская правоспособность иностранного юридического лица и гражданская правоспособность иностранных организаций, не являющихся юридическими лицами по иностранному праву, определяется на основании коллизионной привязки *lex societatis*, т. е. права страны, где учреждено юридическое лицо или иностранная организация соответственно (п. 1 ст. 1112, ст. 1110 ГК)¹⁶.

¹⁴ В связи с финансово ограниченной возможностью физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей, осуществлять трансграничную банковскую деятельность, нюансы ее осуществления физическими лицами в настоящей статье не рассматриваются.

¹⁵ Хотя одним из элементов содержания правоспособности является правомочие на совершение сделок, в современном МЧП вопросы правоспособности исключены из сферы действия обязательственного статута, что нашло свое отражение не только в национальных правовых актах многих государств, но и в международных соглашениях (в частности, ст. 23 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. [17], ст. 26 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. [18], ст. 11 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г. [19], ст. 5 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров от 22 декабря 1986 г. [20], ст. 1 Регламента (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета о праве, подлежащего применению к договорным обязательствам (Регламент «Рим I») от 17 июня 2008 г. [21], ст. 5 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам от 17 марта 1994 г. [22]). Однако на практике в ряде случаев бывает сложно разграничить сферы применения личного и обязательственного статутов, что обусловлено наличием в МЧП проблемы «расщепления» и «коллизии статутов» [15, с. 166–169]. Полагаем, что решение данного вопроса во многом зависит от фактических обстоятельств того или иного дела и требует глубокого теоретического их анализа.

¹⁶ Поскольку подходы белорусского законодателя к регулированию вопросов правоспособности юридических лиц и иностранных организаций, не являющихся юридическими лицами по иностранному праву, одинаковы, то в дальнейшем данные вопросы будут рассматриваться только применительно к юридическим лицам.

Вместе с тем, как справедливо отметил еще барон Б. Э. Нольде, «статус иностранного юридического лица определяется его личным законом лишь постольку, поскольку это допускается местным законодательством относительно юридических лиц вообще и иностранных лиц в частности» [24, с. 501]. В этой связи правовое положение юридических лиц в частноправовых отношениях, осложненных иностранным элементом, характеризуется не только личным статутом, который, по справедливому замечанию А. В. Асоскова, используется для решения вопросов частноправового характера, касающихся установления правового положения иностранного юридического лица как самостоятельного субъекта права, участвующего в имущественном обороте [13, с. 23], но и такими категориями, как национальность, правовой режим и допуск к осуществлению деятельности на территории принимающего государства, затрагивающими публично-правовые отношения, вследствие чего применение коллизионной привязки *lex societatis* может быть существенно ограничено применением оговорки о публичном порядке (ст. 1099 ГК) или национальных материальных правовых норм прямого действия¹⁷, являющихся сверхимперативными по смыслу ст. 1100 ГК.

Таким образом, представляется необходимым согласиться с мнением Р. Л. Бальзамова о том, что правосубъектность иностранного юридического лица, определяемая его статутом, является первичной и устанавливает лишь верхние пределы объема его правоспособности, фактическая же правосубъектность иностранного юридического лица формируется под воздействием национального права государства, на территории которого иностранное юридическое лицо участвует в правоотношениях [14, с. 9].

Данное обстоятельство обуславливает необходимость при рассмотрении вопроса правоспособности лиц в МЧП, в том числе банков, принимать во внимание не только характер и объем их правоспособности, дарованный им их личным законом, но и особенности правового регулирования данных отношений в стране, с которой связана их трансграничная деятельность.

В белорусской и российской доктрине гражданского права на основании анализа ст. 45 ГК, ст. 49 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ [25] (далее – ГК РФ), а также ст. 62 модельного Гражданского кодекса для государств – участников Содружества Независимых Государств (часть первая) в зависимости от объема правоспособность юридических лиц подразделяется на универсальную (общую), означающую возможность иметь любые гражданские права и обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом, и специальную, предполагающую их участие лишь в

¹⁷Краткий обзор дискуссий о правовой природе национальных материальных норм прямого действия см.: Асосков А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. – М. : Статут, 2003. – С. 83–87 [13].

определенном, ограниченном круге гражданских правоотношений [26, с. 202–204; 27, с. 151–154; 28, с. 77–79; 29, с. 189–191], причем правоспособность банков большинством ученых-цивилистов и исследователей в области банковского права рассматривается как специальная [27, с. 152; 28, с. 78; 29, с. 191; 5, с. 11; 30, с. 147; 31, с. 18]¹⁸.

Более жесткие рамки правоспособности банков (ст. 5 Федерального закона Российской Федерации «О банках и банковской деятельности» 2 декабря 1990 г. № 395–1 [32] (далее – Закон о банках РФ)) по сравнению со специальной правоспособностью иных юридических лиц (в частности, некоммерческих организаций и коммерческих организаций, правоспособность которых ограничена путем указания целей и (или) предмета их деятельности в учредительных документах) позволили некоторым российским специалистам в области банковского права говорить о наличии у банков исключительной правоспособности, выделение которой обосновывается отнесением банковской деятельности к категории «исключительных» видов деятельности, характеризующихся тем, что, в о - п е р в ы х, их осуществление разрешено лишь строго определенным юридическим лицам и тем самым должно считаться запрещенным для всех остальных участников гражданского оборота; в о - в т о р ы х, для их осуществления необходимо специальное разрешение (лицензия); в - т р е т ы х, разрешение осуществлять исключительный вид деятельности одновременно является запрещением на осуществление иных видов предпринимательской деятельности. Причем, предполагается, что типы (принципы) правоспособности (общая, специальная и исключительная) не существуют изолированно друг от друга и на одно и то же юридическое лицо могут одновременно распространяться не один, а несколько принципов [3, с. 99–110].

В связи с близостью подходов, закрепленных в ст. 5 Закона о банках РФ и ст. 14 Банковского кодекса Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. № 441-З [33] (далее – БК) данная точка зрения нашла поддержку и у белорусских правоведов. Так, Д. А. Калимов отмечает, что ст. 14 БК говорит, по сути, о трех видах операций, которые вправе осуществлять банки и небанковские кредитно-финансовые организации (далее – НКФО): в о - п е р в ы х, это банковские операции (ч. 1 ст. 14 БК), которые составляют исключительную правоспособность банков и НКФО, поскольку осуществлять их вправе только субъекты, обладающие статусом банка или НКФО,

¹⁸Некоторые специалисты все же не склонны относить правоспособность банков к разряду «специальной». Так, по мнению Л. Г. Ефимовой: «... нет оснований для вывода о специальной правоспособности кредитных организаций... Очевидно, речь может идти лишь о частичном ограничении общей правоспособности кредитных организаций путем введения для них запрета заниматься определенными видами деятельности» [6]. Однако приведенная точка зрения не является доминирующей.

к тому же Национальный банк Республики Беларусь (далее – Национальный банк) осуществляет лицензирование именно данных операций; в овторых, иные финансовые и связанные с ними операции (абз. 2–9 ч. 4 ст. 14 БК), составляющие специальную правоспособность банков и НКФО, осуществлять которые наряду с банками и НКФО вправе и иные лица; в-третьих, «иная предусмотренная законодательством Республики Беларусь деятельность, осуществляемая для собственных нужд и (или) необходимая для обеспечения осуществления банковских операций, за исключением осуществления страховой деятельности в качестве страховщиков» (абз. 10 ч. 4 ст. 14 БК)¹⁹. Составляет общую правоспособность банков и НКФО [7, с. 65–66].

Представляется, что в рассуждениях авторов, выделяющих исключительную правоспособность наряду с общей и специальной, не соблюден основной принцип научной классификации – единство основания: для выделения общей и специальной правоспособности в качестве основания для классификации используется объем правоспособности, а для исключительной – наделение субъекта правом осуществлять исключительный вид деятельности. В этой связи представляется более обоснованным рассматривать правоспособность белорусских и российских банков как специальную.

Вместе с тем нельзя не согласиться со сторонниками наделения банков исключительной правоспособностью в том, что банковская деятельность обладает значительной спецификой, проявляющейся, как уже было указано: в о - п е р в ы х , в ограниченном круге субъектов, наделенных правом ее осуществления; в о - в т о р ы х , необходимостью получения лицензии; в - т р е т ь и х , ограничением возможности банков осуществлять иные, не относящиеся к банковской, виды деятельности.

Перечисленные особенности оказывают влияние на характер и объем гражданской правоспособности банков как во «внутренних», так и в трансграничных отношениях.

Первый проблемный вопрос, который возникает в связи с осуществлением трансграничной банковской деятельности, это вопрос о правовой возможности банков и иных лиц ее осуществлять.

Согласно ст. 12 БК, банковская деятельность – совокупность осуществляемых банками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями банковских операций, направленных на извлечение прибыли.

Из толкования данной нормы следует, что: 1) осуществлять банковскую деятельность (т. е. фактически совершать банковские операции), согласно белорусскому праву, могут только субъекты, признаваемые банками или

¹⁹Нумерация и формулировка абзацев ст. 14 БК приводится автором настоящей статьи в соответствии с действующей редакцией БК.

НКФО²⁰; 2) содержание банковской деятельности составляют сделки (или система объединенных единой целью последовательно совершаемых сделок), относимые к категории «банковские операции».

Вместе с тем необходимо отметить, что обладание статусом банка или НКФО является еще недостаточным для появления правовой возможности осуществлять банковскую деятельность. В настоящее время общепризнанным стал принцип обязательного лицензирования банковской деятельности (принципы 4 и 5 Основополагающих принципов эффективного банковского надзора, принятых Базельским комитетом в новой редакции 2012 г.²¹ (далее – Базельские принципы) [34]), который нашел свое нормативное закрепление практически во всех национальных правовых системах, в том числе и в белорусской (ст. 13 БК).

Так, согласно ст. 93 БК банк приобретает право на осуществление банковской деятельности со дня получения лицензии на осуществление банковской деятельности, выдача которой (как и государственная регистрация банков), осуществляется Национальным банком. Причем правоспособность банка осуществлять банковские операции ограничивается лишь теми, которые прямо указаны в лицензии²². Право НКФО осуществлять отдельные банковские операции также обусловлено необходимостью получения соответствующей лицензии (ст. 107 БК), причем Национальному банку предоставлено право устанавливать допустимые сочетания банковских операций, которые могут осуществлять НКФО (ст. 9 БК).

Таким образом, обязательным условием возникновения правовой возможности осуществлять те или иные банковские операции является полу-

²⁰ Поскольку в Республике Беларусь до сих пор не создано ни одной НКФО, то в настоящей статье вопрос об их правоспособности не рассматривается как лишенный практической значимости.

²¹ Базельский комитет по банковскому надзору при Банке международных расчетов (англ. Committee on Banking Supervision of the Bank for International Settlements) основан в 1974 г. руководителями центральных банков стран «группы десяти» (G10). Основной целью Базельского комитета является внедрение единых стандартов в сфере банковского регулирования путем выработки рекомендаций и обмена информацией между органами банковского надзора представленных в нем государств.

²² Исходя из определения понятия «банк», закрепленного в ст. 8 и 70 БК, а также лицензионных требований, установленных ст. 94 БК, следует, что в любом случае в банковской лицензии должно быть предусмотрено право банка осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение денежных средств индивидуальных предпринимателей и (или) юридических лиц на счета и (или) во вклады (депозиты); размещение привлеченных на счета и (или) во вклады (депозиты) денежных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности и срочности; открытие и ведение банковских счетов индивидуальных предпринимателей и (или) юридических лиц.

чение субъектом, в том числе обладающим статусом банка, специального разрешения (лицензии) на осуществление банковской деятельности (далее – банковская лицензия)²³, содержащего указание на перечень дозволенных к осуществлению банковских операций.

Необходимо отметить, что, несмотря на все расширяющееся международное сотрудничество в сфере регулирования и надзора за банковской деятельностью, государствам до сих пор не удалось выработать унифицированные подходы к решению таких ключевых вопросов: 1) какие сделки (операции) необходимо относить к банковским, следовательно требующим предъявления повышенных требований к субъектам, их осуществляющим; 2) каким требованиям должен отвечать субъект, претендующий на получение банковской лицензии.

Наибольшего прогресса в данной сфере достигли лишь страны – члены Европейского союза, закрепившие на наднациональном уровне принцип взаимного признания банковских лицензий (Директива № 2006/48/ЕС Европейского парламента и Совета от 14 июня 2004 г. «Об учреждении и деятельности кредитных организаций» (далее – Директива № 2006/48/ЕС) [36])²⁴. С 1 января 2020 г. взаимное признание банковских лицензий пла-

²³ Необходимо отметить, что в некоторых правовых системах сам статус банка ассоциируется с получением лицензии, выданной компетентным органом. Так, например, согласно ст. 5 Закона Султаната Оман «О банковской деятельности», банк – это любое лицо, получившее лицензию Центрального банка или авторизованное юрисдикцией, в которой оно учреждено, для осуществления банковской деятельности [35]. В Республике Беларусь государственная регистрация банка и получение лицензии могут не совпадать по времени. Так, учредителям банка предоставляется право либо обратиться в Национальный банк за получением банковской лицензии одновременно с ходатайством о государственной регистрации банка (при условии выполнения установленных лицензионных требований) (ч. 8 ст. 95 БК), либо обратиться с соответствующим заявлением в течение десяти месяцев со дня государственной регистрации банка (ч. 1 ст. 83 БК). Хотя банк как юридическое лицо, как субъект гражданского права, начинает свое существование с момента государственной регистрации, его правоспособность до момента получения банковской лицензии существенно ограничена, поскольку до этого момента банк не толькошен права осуществлять банковские операции, но и права осуществлять иную деятельность (если только такая деятельность не осуществляется для выполнения лицензионных требований), создавать филиалы, представительства, структурные подразделения, удаленные рабочие места, а также выступать учредителем (участником) других юридических лиц (ч. 1 ст. 83 БК). Таким образом, хотя в белорусской правовой системе статус банка не связан с получением банковской лицензии, однако объем и содержание правоспособности банка во многом от данного юридического акта зависят.

²⁴ Действие этих принципов ограничивается исключительно видами деятельности, указанными в Приложении № 1 к Директиве № 2006/48/ЕС.

нируется и государствами – участниками Единого экономического пространства (ст. 5 Приложения V по финансовым услугам к Соглашению о торговле услугами и инвестициях в государствах – участниках Единого экономического пространства от 9 декабря 2010 г. [37] (далее – Приложение ЕЭП по финансовым услугам).

Что касается государств – членов ВТО, то им предоставляется лишь право («...a Member may recognize...»), а не обязанность, признавать полностью или частично лицензии (в том числе банковские), полученные иностранными компаниями в другой стране. Такое признание может основываться на заключенном с соответствующей страной соглашении или договоренности или может быть предоставлено в одностороннем порядке (ст. VII Генерального соглашения по торговле услугами от 15 апреля 1994 г. [38] (далее – ГАТС)).

Таким образом, проблема признания банковской лицензии, выданной компетентным органом одного государства при осуществлении банковской деятельности на территории другого государства, остается нерешенной, что порождает необходимость поиска ответа на следующий вопрос: какое влияние на правовую возможность субъекта осуществлять те или иные осложненные иностранным элементом сделки (операции) оказывает отнесение данных сделок (операций) национальным правом того или иного государства, с которым они связаны, к категории банковских, следовательно подлежащих лицензированию и особому (пруденциальному) правовому регулированию?

Решение поставленного вопроса осложнено тем обстоятельством, что государства по-разному подходят к отнесению тех или иных сделок к категории банковских²⁵. Следует согласиться с Л. Г. Ефимовой в том, что перечень банковских операций определяется исключительно волей законодателя и зависит только от соображений публичного порядка, иными словами, к банковским операциям относятся те, выполнение которых признается в каждой конкретной стране социально значимым и нуждается в специальном контроле со стороны государства [6].

Так, например, финансирование под уступку денежного требования (факторинг), согласно белорусскому праву, признается активной банковской операцией (ч. 1 ст. 14 БК), вследствие чего выступать в качестве фактора могут исключительно банки и НКФО (п. 2 ст. 772 ГК, ст. 153 БК). К банковским операциям (услугам) факторинг также относят Приложение ГАТС по финансовым услугам от 15 апреля 1994 года [38] (далее – Приложение ГАТС по финансовым услугам), Приложение ЕЭП по финансовым услугам, Приложение № 1 к Директиве № 2006/48/ЕС. Однако в национальном праве Российской Федерации финансирование под уступку денежного требования банковской операцией не является (ст. 5 Закона РФ о банках), и в

²⁵Перечень сделок (операций), отнесенных белорусским законодательством к банковским, следовательно подлежащим лицензированию, установлен ч. 1 ст. 14 БК.

качестве финансового агента (фактора) могут выступать любые коммерческие организации (ст. 825 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г № 14-ФЗ [39] (далее – ГК РФ (часть вторая), причем без необходимости получения какого-либо специального разрешения (лицензии) (ст. 12 Федерального закона Российской Федерации «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ [40] (далее – Закон РФ о лицензировании)).

Обратная ситуация имеет место в отношении финансового лизинга, который ни в Республике Беларусь (ст. 14 БК), ни в Российской Федерации (ст. 5 Закона РФ о банках) не рассматривается как банковская операция, причем даже не требует наличия какой-либо лицензии (см. Перечень видов деятельности, на осуществление которых требуются специальные разрешения (лицензии), и уполномоченных на их выдачу государственных органов и государственных организаций, утвержденный Указом Президента Республики Беларусь от 1 сентября 2010 г. № 450 [41] (далее – Указ № 450); ст. 12 Закона РФ о лицензировании), в то время как Приложение ГАТС по финансовым услугам, Приложение ЕЭП по финансовым услугам и Приложение № 1 к Директиве № 2006/48/ЕС относят финансовый лизинг к банковской деятельности.

Представляется, что решение вопроса о том, какое влияние на правовую возможность субъекта осуществлять те или иные осложненные иностранным элементом сделки (операции) оказывает отнесение данных сделок (операций) национальным правом к категории банковских, следует начинать с так называемой первичной квалификации²⁶, т. е. с определения того, объем какой коллизионной нормы белорусского права охватывает указанные отношения.

Согласно ст. 1094 ГК по общему правилу при определении права, подлежащего применению, суд основывается на толковании юридических понятий в соответствии с правом страны суда, т. е. по правилу *lex fori*.

Анализ ст. 45 ГК («Правоспособность юридического лица») и ст. 174 ГК («Недействительность сделки юридического лица, выходящей за пределы его правоспособности») позволяет сделать вывод о том, что белорусское право относит частноправовые вопросы лицензирования к вопросам гражданской правоспособности юридических лиц. Таким образом, вопрос о

²⁶ В ряде работ по МЧП проблема «первичной квалификации» в основном рассматривается с точки зрения толкования терминов, содержащихся в объеме коллизионной нормы и привязке к ней. Однако полагаем необходимым согласиться с мнением В. Л. Толстых о том, что «первичная квалификация» включает в себя также выяснение правовой природы отношения с участием иностранного элемента [42, с. 88]. По мнению В. Л. Толстых, задачей квалификации является отнесение отношения к определенной группе однородных отношений, предусмотренной нормой права [42, с. 90], т. е. фактически решение вопроса о том, «какой коллизионной нормой отечественного права покрывается соответствующее отношение» [42, с. 94–95].

необходимости получения банковской лицензии на совершение того или иного вида деятельности, в том числе вопрос об отнесении той или иной сделки (операции) к разряду банковских операций, охватывается объемом коллизионной нормы, закрепленной в п. 1 ст. 1112 и ст. 1110 ГК, следовательно, должен решаться по праву *lex societatis*.

Необходимо отметить, что отнесение вопроса правоспособности к вопросам личного статута имеет важное практическое последствие, заключающееся в том, что один из основополагающих принципов современного МЧП – принцип автономии воли (*lex voluntatis*) – на данные отношения не распространяется, вследствие чего, как справедливо отмечает Е. Б. Леанович, личный статут сторон на основании *lex voluntatis* не может быть изменен [43, с. 35–36]. Таким образом, правоспособность белорусского юридического лица осуществлять факторинговую деятельность на территории Российской Федерации должна определяться согласно белорусскому праву (что влечет необходимость получения банковской лицензии, выданной Национальным банком), независимо от того, что стороны договора подчинили его праву Российской Федерации, согласно которому факторинговая деятельность не лицензируется.

Вместе с тем полагаем, что установление позиции относительно необходимости лицензирования того или иного вида деятельности только законодателя того государства, где было учреждено юридическое лицо, является явно недостаточным.

Хотя законодательно цели лицензирования банковской деятельности не определены, полагаем, что они совпадают с целями пруденциального регулирования в целом и заключаются, прежде всего, в обеспечении стабильности и устойчивости финансово-кредитной системы Республики Беларусь, а также в защите интересов вкладчиков и иных кредиторов банка как наиболее слабых участников банковских правоотношений. Учитывая данное обстоятельство, необходимо признать, что национальные материальные правовые нормы об обязательном лицензировании банковской деятельности при наличии связи отношений, возникающих в связи с совершением трансграничных банковских операций, с юрисдикцией того или иного государства должны рассматриваться как сверхимперативные, подлежащие применению независимо от личного статута юридического лица (ст. 1100 ГК).

Полагаем, что такая связь может быть обусловлена, во-первых, национальностью юридического лица; во-вторых, способом осуществления трансграничной банковской деятельности²⁷, а именно, осуществляется ли трансграничная банковская деятельность:

1) с территории одного государства на территорию другого (например, осуществление банком-нерезидентом, являющимся банком-правителем,

²⁷ Для выделения способов осуществления трансграничной банковской деятельности автор опирался на способы поставки услуг (*supply of a service*), выделенные ст. 1 ГАТС.

банковского перевода банку-резиденту, являющемуся банком-получателем; трансграничная перевозка наличных денежных средств, платежных инструкций, драгоценных металлов и драгоценных камней и иных ценностей между банками и НКФО и т. п.). В результате развития телекоммуникационных банковских технологий данный способ осуществления трансграничной банковской деятельности приобретает все большее распространение²⁸;

2) на территории одного государства потребителю услуг любого другого государства (например, банк-нерезидент на территории государства – места своего учреждения и лицензирования принимает во вклады денежные средства резидентов Республики Беларусь);

3) путем коммерческого присутствия на территории государства, отличного от государства – места своего учреждения. Согласно п. д ст. XXVIII ГАТС *коммерческое присутствие* означает любую форму делового или профессионального учреждения, в том числе посредством: 1) учреждения, приобретения или использования юридического лица, или 2) создания или использования филиала или представительства на территории государства, отличного от государства – места учреждения, с целью поставки услуги. Необходимо отметить, что осуществление иностранным банком трансграничной банковской деятельности на территории Республики Беларусь данным способом является невозможным. Так, в случае учреждения, приобретения или использования юридического лица для осуществления банковской деятельности на территории Республики Беларусь²⁹ данное юридическое лицо с точки зрения своей национальной принадлежности

²⁸Как отмечают некоторые специалисты, «традиционный филиал больше не является единственным местом, где банк встречается со своими клиентами. Клиенты все чаще имеют возможность доступа к финансовым услугам в электронном виде через компьютеры, мобильные телефоны или телевидение. Для банка географическое расположение помещений постепенно становится не имеющим значения [44, р. 17].

²⁹Законодательство Республики Беларусь предъявляет дополнительные требования к созданию и деятельности банков с иностранными инвестициями на территории Республики Беларусь, в частности устанавливается размер (квота) участия иностранного капитала в банковской системе Республики Беларусь, определяемая как отношение суммарного капитала, принадлежащего нерезидентам в уставных фондах банков с иностранными инвестициями, к совокупному уставному фонду банков, зарегистрированных на территории Республики Беларусь (ч. 1 ст. 90 БК). В настоящее время размер указанной квоты составляет 50 % (п. 1 постановления Правления Национального банка Республики Беларусь от 1 сентября 2008 г. № 129 «О размере (квоте) участия иностранного капитала в банковской системе Республики Беларусь» [45]). Практическое значение указанной квоты состоит в том, что при достижении установленной квоты Национальный банк: 1) прекращает государственную регистрацию банков с иностранными инвестициями (ч. 2 ст. 90 БК); 2) вправе запретить увеличение уставного фонда банка за счет средств нерезидентов и (или) отчуждение акций в пользу нерезидентов (ч. 6 ст. 90 БК).

будет рассматриваться как белорусское, следовательно, на него будут в полной мере распространяться нормы белорусского права³⁰. Что касается второй формы коммерческого присутствия, то, в о - п е р в ы х, отечественное законодательство не предусматривает для иностранных банков возможность открытия филиала на территории Республики Беларусь; в о - в т о р ы х, в отличие от представительств иных иностранных организаций, в принципе наделенных правом осуществлять предпринимательскую деятельность на территории Республики Беларусь, в том числе и лицензируемую (при условии получения соответствующей лицензии) (п. 2 Положения о порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 22 июля 1997 г. № 929 [46] (далее – Положение № 929)), создаваемые на территории Республики Беларусь представительства иностранных банков не имеют права осуществлять банковские операции, а также иную деятельность, предусмотренные ст. 14 БК, за исключением осуществления защиты и представительства интересов создавшего его иностранного банка, в том числе оказания консультационных и (или) информационных услуг (ч. 3 ст. 91 БК)³¹. Вместе с тем рассмотрение данного способа осуществления трансграничной банковской деятельности в контексте лицензирования представляет интерес для созданных в соответствии с Положением № 929 представительств иных иностранных организаций, не являющихся банками;

4) поставщиком услуг одного государства путем присутствия физических лиц на территории другого государства. Для трансграничной банковской деятельности данный способ в наименьшей степени характерен, хотя и не исключен (например, осуществление валютно-обменных операций;

³⁰ Необходимо отметить, что банки с иностранными инвестициями, будучи учрежденными на территории Республики Беларусь и, соответственно, имеющие белорусскую национальную принадлежность, поставлены в неравное положение по сравнению с банками с участием исключительно белорусского капитала, поскольку Правительством Республики Беларусь по предложению Национального банка для банков с иностранными инвестициями могут быть установлены ограничения в осуществлении банковских операций, если в соответствующих иностранных государствах применяются аналогичные ограничения деятельности банков с инвестициями граждан Республики Беларусь и (или) юридических лиц Республики Беларусь (ч. 7 ст. 90 БК). Таким образом, белорусское законодательство допускает применение механизма реторсий к отечественным субъектам, имеющим связь с иностранным государством, в то время как обычно реторсии применяются в отношении прав иностранных граждан и иностранных организаций (ст. 1102 БК).

³¹ Следует обратить внимание на то, что осуществление трансграничной банковской деятельности белорусскими банками посредством коммерческого присутствия на территории иностранного государства также подвергается определенным ограничениям со стороны отечественного законодателя (ст. 92 БК).

инкассация наличных денежных средств, платежных инструкций, драгоценных металлов и драгоценных камней и иных ценностей и т. п.).

С учетом вышеизложенного можно сделать вывод, что основания для применения национальных материальных норм о лицензировании банковской деятельности в качестве норм прямого действия имеются только в следующих случаях: 1) если юридическое лицо имеет национальную принадлежность к государству, установившему такое требование, причем независимо от способа осуществления трансграничной банковской деятельности; 2) если иностранное юридическое лицо осуществляет банковскую деятельность третьим и четвертым из указанных выше способов. Полагаем, что только в таких случаях трансграничная банковская деятельность имеет связь с юрисдикцией государства.

Следующий аспект, связанный с лицензированием банковской деятельности и требующий рассмотрения, это вопрос о том, какие частноправовые последствия может повлечь совершение банковской сделки, осложненной иностранным элементом, лицом, не имеющим банковской лицензии.

Согласно ст. 174 ГК, сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями его деятельности либо юридическим лицом, не имеющим специального разрешения (лицензии) на занятие соответствующей деятельностью, может быть признана судом недействительной по иску собственника имущества (учредителя, участника) этого юридического лица или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если другая сторона в сделке знала или в силу акта законодательства обязана была знать о ее неправомерности, но заключила такую сделку умышленно или по неосторожности. Право на предъявление соответствующих исков предоставлено в том числе Национальному банку (ст. 36 БК).

Полагаем, что действие указанной нормы охватывает также случаи совершения банком банковских операций, не указанных в выданной ему банковской лицензии.

Следует отметить, что рассматриваемая норма отечественного права заслуживает критики, что обусловлено следующими соображениями.

Во-первых, отнесение законодателем сделки, совершенной юридическим лицом, не имеющим специального разрешения (лицензии) на занятие соответствующей деятельностью, к недействительным не соответствует целям установления требования о лицензировании³². В этой связи представляется более удачным подход, закрепленный в п. 1 ст. 159 Граж-

³² Так, согласно п. 1 Положения о лицензировании отдельных видов деятельности, утвержденного Указом № 450, лицензирование отдельных видов деятельности осуществляется в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты прав и свобод, нравственности, здоровья населения и охраны окружающей среды.

данского кодекса Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. [47] (далее – ГК Казахстана), согласно которому сделка, совершенная без получения необходимой лицензии либо после окончания срока действия лицензии, является недействительной³³.

В о - в т о р ы х , ограничения правоспособности юридического лица могут быть установлены как публичной волей (законодательными актами), так и частной волей учредителей (участников, собственников имущества) юридического лица путем закрепления в учредительных документах исчерпывающего перечня целей и (или) предмета его деятельности. Поскольку данные ограничения имеют различную правовую природу (публичную и частную), следовательно, отражают различную степень значимости регулируемых отношений, вследствие чего их несоблюдение не может повлечь одинаковые правовые последствия. В этой связи представляется удачным подход, нашедший отражение в практике судов Российской Федерации, согласно которому разграничивается недействительность сделок, совершенных с выходом за пределы правоспособности юридического лица, специальная правоспособность которого установлена законом или иным нормативным правовым актом, и сделок, совершенных с выходом за пределы гражданской правоспособности, определенной учредительными документами: первые, в силу ст. 168 ГК РФ (аналог ст. 169 ГК), являются ничтожными, вторые – оспоримыми на основании ст. 173 ГК (аналог ст. 174 ГК) (п. 18 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» [51]). Этой позиции придерживается и большинство российских цивилистов [28, с. 78–79; 52, с. 370; 5, с. 11–12].

³³ Более того, п. 2 ст. 6 Закона Республики Казахстан от 31 августа 1995 г. № 2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» [48] (далее – Закон Казахстана о банках) устанавливает, что банковские операции, осуществленные без лицензий уполномоченного органа и (или) Национального банка, по общему правилу, являются недействительными. Похожая по содержанию норма установлена и ст. 5 Модельного закона «Основы банковской деятельности» от 19 апреля 2001 г. № 12–13 [49].

Представляется, что указанную точку зрения в отношении договора факторинга разделяет и Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь, который полагает, что сделка, подпадающая под признаки договора факторинга, подлежит признанию хозяйственным судом недействительной в силу ее несоответствия закону, если в качестве нового кредитора (фактора) выступает лицо, не обладающее статусом банка или НКФО [50]. Вместе с тем, учитывая действующую редакцию ст. 174 ГК, полагаем, что данный вывод не соответствует белорусскому законодательству, хотя, безусловно, более отвечает сущности охраняемых отношений.

В - третьих, как уже отмечалось, ограничение правоспособности может осуществляться не только посредством ограничения целей деятельности юридического лица, но и указанием на предмет его деятельности (п. 1 ст. 45 ГК)³⁴, в то время как ст. 174 говорит лишь о противоречии сделки целям деятельности юридического лица. Таким образом, остается открытым вопрос о последствиях совершения сделки, противоречащей предмету деятельности юридического лица. Полагаем, что с учетом существующей редакции ГК, а также его толкования Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь³⁵ в случае совершения юридическим лицом сделки, выходящей за пределы его правоспособности, установленные законодательными актами (как в отношении целей, так и в отношении предмета деятельности), а также сделки, не охватываемой предметом деятельности юридического лица, в том числе установленного его учредительными документами, необходимо применять ст. 169 ГК «Недействительность сделки, не соответствующей законодательству» либо ст. 170 ГК «Недействительность сделки, совершение которой запрещено законодательством» со ссылкой на п. 1 ст. 45 ГК и (или) иной законодательный акт, устанавливающий соответствующие ограничения.

Учитывая вышеизложенное, предлагаем ст. 174 ГК «Недействительность сделки юридического лица, выходящей за пределы его правоспособности» изложить в следующей редакции:

«Статья 174. Недействительность сделки юридического лица, выходящей за пределы его правоспособности.

1. Сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями и (или) предметом его деятельности, указанными в его учредительных документах, может быть признана судом недействительной по иску собственника имущества (учредителя, участника) этого юридического лица или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если другая сторона в сделке знала или в силу акта законодательства обязана была знать о ее неправомерности, но заключила такую сделку умышленно или по неосторожности.

2. Сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с установленными законодательными актами целями и (или) предметом деятель-

³⁴Белорусское законодательство устанавливает, что устав банка должен содержать указание как на цели его деятельности, так и на перечень планируемых к осуществлению банковских операций (т. е. предмет деятельности) (ст. 73 БК; п. 2 ст. 48 ГК).

³⁵Полагаем, что формулировка п. 16 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь 28 октября 2005 г. № 26 «О некоторых вопросах применения хозяйственными судами законодательства, регулирующего недействительность сделок» [53] свидетельствует о том, что белорусские хозяйственные суды также должны применять ст. 174 ГК только в отношении сделок, выходящих за пределы правоспособности, объем которой ограничен учредительными документами.

ности, а также юридическим лицом или физическим лицом, в том числе индивидуальным предпринимателем, не имеющим специального разрешения (лицензии) на занятие соответствующей деятельностью, является ничтожной.»

В случае совершения юридическим лицом трансграничной банковской сделки (операции), осложненной иностранным элементом, выходящей за пределы его правоспособности, возникает вопрос о возможности применения ст. 174 ГК.

Согласно п/п. 6 п. 1 ст. 1127 ГК право, применяемое к договору, охватывает, в частности, последствия ничтожности или недействительности договора. Однако ни ГК, ни какой-либо иной нормативный правовой акт не содержит коллизионных норм, которые позволяли бы определить, в соответствии с правом какого государства устанавливается наличие или отсутствие оснований недействительности сделки, осложненной иностранным элементом³⁶.

В отечественной и зарубежной юридической доктрине и правоприменительной практике сложилось несколько основных подходов к решению данного вопроса:

1) включение данных отношений в сферу действия обязательственного статута договора (сделки) (ст. 1127 ГК);

2) применение оговорки о публичном порядке (ст. 1099 ГК) и/или концепции сверхимперативных норм (ст. 1100 ГК);

3) дифференцированный подход в зависимости от основания³⁷ недействительности, например включение данных отношений в сферу действия личного статута физического (ст. 1103, 1104 ГК) и/или юридического лица (ст. 1111, 1112 ГК) (если речь идет о признании сделки недействительной в связи с отсутствием у субъекта необходимой правоспособности и/или дееспособности); в сферу действия статута формы сделки (ст. 1116 ГК) (если сделка должна быть совершена в установленной законом форме) и т. п.³⁸

Представляется, что поскольку основания признания сделок недействительными разнородны по своему характеру и отражают различную степень значимости охраняемых общественных интересов для той или иной право-

³⁶ Исключение составляет п. 3 ст. 164 ГК (недействительность внешнеэкономической сделки вследствие несоблюдения письменной формы).

³⁷ В доктрине гражданского права выделяют четыре основания недействительности сделок: порок субъектного состава, порок воли, порок формы и порок содержания сделки [27, с. 297].

³⁸ Обзор дискуссий по данному вопросу см.: Кудашкин В. В. Актуальные вопросы международного частного права. – М. : Волтерс Клювер, 2004. – С. 61–69 [54]; Гасымов С. З. Недействительность сделок в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2009. – С. 7–8 [55].

вой системы, то наиболее оправданным является использование дифференцированного подхода к определению права, применимого для установления наличия/отсутствия таких оснований (как, впрочем, и для установления последствий недействительности сделок³⁹) с помощью коллизионной привязки *lex causae* (право страны, подлежащее применению к отношениям, в которых возник «порок» сделки)⁴⁰.

В этой связи предлагаем дополнить ГК статьей 1118-1 «Недействительность сделок» следующего содержания:

«Статья 1118-1. Недействительность сделок.

Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, основания недействительности сделки, а также последствия ее недействительности, определяются по праву страны, применяемому для регулирования соответствующего отношения. Однако сделка не может быть признана недействительной, если удовлетворяет требованиям права Республики Беларусь.»

Соответственно, необходимо исключить из сферы действия обязательственного статута вопрос о последствиях ничтожности или недействительности договора, исключив из ст. 1127 ГК п/п. 6 п. 1.

Таким образом, можем заключить, что вопрос о последствиях совершения банковской деятельности лицом, не обладающим банковской лицензией, должен решаться так же, как и вопрос об обязательном лицензировании тех или иных сделок, т. е. в соответствии личным статутом лица на основании коллизионной привязки *lex societatis*.

В вопросе о том, являются ли нормы, устанавливающие основания недействительности сделок, сверхимперативными, подлежащими применению независимо от применимого права, полагаем возможным согласиться с В. В. Кудашкиным, утверждающим, что нормы, устанавливающие ничтожность сделок, используемые законодателем для защиты общественных отношений, отражающих особо значимые публичные интересы, и направленные на создание основ правопорядка в обществе, необходимо рассматривать как сверхимперативные, исключающие применение норм

³⁹ В противном случае велик риск возникновения так называемых хромающих отношений.

⁴⁰ К сожалению, данный подход не воспринят международными правовыми актами, по общему правилу подчиняющими формальную и материальную действительность договора, а также последствия недействительности договора праву страны, его регулирующему (ст. 10, 12 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г. [20]; ст. 12–14 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, от 17 марта 1994 г. [22]; ст. 12–14 Регламента (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (“Рим I”)» [21]).

иностранных права, регулирующих аналогичные правоотношения, в то время как нормы, регулирующие оспоримость недействительных сделок, к таковым не относятся, так как направлены в основном на защиту частного интереса [54, с. 72]. Данное обстоятельство также свидетельствует о необходимости изложения ст. 174 ГК в новой редакции, предложенной в настоящей статье.

С учетом вышеизложенного, можем сделать вывод, что вопрос о правовой возможности осуществлять трансграничную банковскую деятельность, а также о частноправовых последствиях ее совершения лицом, не обладающим банковской лицензией, необходимо решать следующим образом:

1) в случае совершения белорусским юридическим лицом в отношении иностранных и/или белорусских физических и/или юридических лиц на территории Республики Беларусь или с территории Республики Беларусь, а также на территории иностранного государства как с открытием филиала (представительства), так и без него сделки, отнесенной в соответствии с ч. 1 ст. 14 БК к категории банковских, при отсутствии лицензии, выданной Национальным банком Республики Беларусь, подлежит применению ст. 174 ГК. Полагаем, что в случае отнесения законодательством иностранного государства сделки, не указанной в ч. 1 ст. 14 БК, к банковским, белорусский суд вправе применить сверхимперативные нормы иностранного государства (п. 2 ст. 1100 ГК), устанавливающие обязательность лицензирования банковской деятельности;

2) в случае совершения банковской сделки иностранным юридическим лицом в отношении иностранных и/или белорусских физических и/или юридических лиц на территории иностранного государства либо с территории иностранного государства вопрос об обязательности получения лицензии на осуществление банковской деятельности, а также о гражданскоправовых последствиях совершения такой сделки лицом, не обладающим необходимой лицензией на осуществление банковской деятельности, должен решаться в соответствии со ст. 1112 ГК, т. е. по праву страны, где учреждено юридическое лицо;

3) в случае совершения сделки иностранным юридическим лицом в отношении иностранных и/или белорусских физических и/или юридических лиц на территории Республики Беларусь с открытием или без открытия представительства иностранной организации на территории Республики Беларусь (т. е. путем присутствия физических лиц), независимо от права страны, где учреждено юридическое лицо (ст. 1112 ГК), подлежат применению нормы, закрепленные в ст. 13, 91 БК, ст. 174 ГК (с учетом новой редакции, предложенной в настоящей статье), которые по своему характеру являются сверхимперативными (п. 1 ст. 1100 ГК). Причем в связи с отсутствием принятых Республикой Беларусь обязательств признавать банковские лицензии, выданные иностранным компетентным органом, под

банковской лицензией необходимо понимать лицензию, выданную Национальным банком Республики Беларусь. Представляется, что указанный подход полностью отвечает принципу национального режима деятельности иностранных юридических лиц в Республике Беларусь (ст. 1113 ГК), а также соответствует принципу 13 Базельских принципов, в соответствии с которым органы надзора за банковской деятельностью должны требовать, чтобы местные операции иностранных банков проводились по тем же стандартам, которые предъявляются к местным институтам. Кроме того, полагаем, что такой подход позволит избежать обхода закона (ст. 1097 ГК), проявляющегося в учреждении банка или иного юридического лица в юрисдикциях, не предъявляющих требования к лицензированию банковской деятельности либо отдельным банковским операциям (например, учреждение юридического лица в Российской Федерации, не относящей факторинг к разряду банковских операций с целью избежания необходимости лицензирования в Республике Беларусь).

Второй проблемный вопрос, касающийся правоспособности банков в трансграничных отношениях, связан с их правовой возможностью осуществлять иные, помимо банковской, виды деятельности, прежде всего: 1) торговую и (или) производственную деятельность (вопрос поднимается исходя из соображений антимонопольного регулирования и недопущения недобросовестной конкуренции) и 2) иные виды финансовой деятельности, в частности страховую и деятельность на рынке ценных бумаг (постановка вопроса обусловлена тем, что данные виды деятельности, как и банковская, связаны с привлечением денежных средств от широкого круга лиц и носят чрезвычайно рисковый характер). Необходимо отметить, что государства по-разному подходят к правовому регулированию рассматриваемых отношений⁴¹.

Традиционно наиболее либерального подхода придерживаются страны Западной Европы (прежде всего Франция и Германия), законодательство которых не содержит каких-либо запретов для банков принимать участие в производственной и торговой деятельности, а также оказывать иные виды финансовых услуг. Данный подход был в целом поддержан Европейским союзом и нашел нормативное закрепление в Директиве № 2006/48/ЕС.

Законодательство США, напротив, отличается наиболее жестким подходом к регулированию рассматриваемого вопроса. Так, запрет на занятие банками иными видами финансовой деятельности, установленный в 1933 г. Актом Гласса – Стигальла (The Glass – Steagall Act, June 16, 1933, или Banking Act of 1933 [57]), был снят только в 1999 г. с принятием Акта Грэма – Лича – Блейли (The Gramm – Leach – Bliley Act, November 12, 1999, или

⁴¹ Более подробно об эволюции правового регулирования данного вопроса в различных государствах см.: Cranston R. Principles of banking law. – Oxford : Univercity Press, 2003. – Р. 30–36 [56].

Financial Services Modernization Act of 1999 [58]), причем в 2010 г. Акт Додда – Фрэнка «О реформе Уолл Стрит и защите потребителей» (The Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, July 21, 2010 [59]), принятие которого было вызвано финансовым кризисом 2007–2010 гг., вновь существенно ограничил возможность банков осуществлять некоторые торговые операции на рынке ценных бумаг (*Proprietary trading*). Что касается возможности совмещать банковскую, торговую и производственную деятельность, то американские банки были ее лишены Актом о банковской холдинговой компании 1956 г. (The Bank Holding Company Act, May 9, 1956 [60]), который ввел ограничения на участие банковской холдинговой компании в небанковских организациях, которые действуют до сих пор.

Вместе с тем в литературе отмечается, что даже в тех странах, которые склоняются к строгому разделению банковских и небанковских операций, такое разделение рушится под давлением рынка. Большинство юрисдикций сейчас внедряют модель универсального банка (*universal banking model*), позволяющую комбинировать функции коммерческих и инвестиционных банков, причем в ряде государств банкам также дозволяется оказывать ряд других услуг (например, страхование, брокерские услуги в сфере недвижимости, услуги туристического агентства) [56, р. 31–32].

И все же несмотря на указанную выше тенденцию, в ряде правовых систем, в том числе белорусской, ограничения правоспособности банков на осуществление отдельных видов деятельности до сих пор сохраняются.

Отметим, что введение ограничений правоспособности банков может быть также обусловлено и религиозными соображениями, в частности в отношении так называемых исламских банков⁴².

Так, например, п. 52-1 Закона Республики Казахстан о банках устанавливает, что исламский банк не вправе взимать вознаграждение в виде процентов, гарантировать возврат инвестиционного депозита или доход по нему, финансировать (кредитовать) деятельность, связанную с производством и (или) торговлей табачной, алкогольной продукцией, оружием и боеприпасами, игорным бизнесом, а также иные виды предпринимательской

⁴² Исламские банки – это банки, осуществляющие банковскую деятельность в соответствии с принципами и нормами шариата. Одним из таких постулатов является запрет на ростовщичество (*riba*) и приравнивание выдачи денег под процент по греховной тяжести к семидесятикратному *зина* (прелюбодеянию) [61, с. 36]. Исламские банки вынуждены приспосабливать для осуществления банковской деятельности не противоречащие нормам шариата правовые институты (специальное партнерство – Мудараба (*Mudhaarabah*), регулярное партнерство – Мушарака (*Musharakah*), беспроцентную ссуду – Кард уль Хасан (*Qardul Hasanah*) и др. [62, с. 53–63]. Таким образом, осуществляемые исламскими банками банковские операции по своему характеру и, как следствие, правовому регулированию существенно отличаются от традиционных банковских операций, осуществляемых иными банками.

деятельности, финансирование (кредитование) которых запрещено советом по принципам исламского финансирования. Также установлено, что исламский банк не вправе осуществлять факторинговые и форфейтинговые операции (п. 3 ст. 52-5 Закона Казахстана о банках).

Перечень видов деятельности, разрешенных белорусским банкам к осуществлению, установлен ч. 4 ст. 14 БК. Анализ данной нормы свидетельствует о том, что отечественное законодательство существенно ограничивает объем правоспособности банков, поскольку:

1) перечисляются конкретные виды сделок (операций), которые банк вправе осуществлять. Вместе с тем белорусским банкам предоставлено право осуществлять деятельность на рынке ценных бумаг; условием law-мерности которой является наличие лицензии на право осуществления профессиональной и биржевой деятельности по ценным бумагам, выданной Министерством финансов Республики Беларусь (п. 396 Указа № 450);

2) виды деятельности, прямо не указанные в п. 4 ст. 14 БК, банк вправе осуществлять только для собственных нужд и (или) в случае, если они необходимы для обеспечения осуществления банковских операций;

3) устанавливается запрет на осуществление страховой деятельности в качестве страховщиков.

Представляется, что указанные выше ограничения, характеризующие правоспособность банков как специальную, обусловлены, в о - первых, стремлением законодателя обеспечить специализацию банков на осуществлении банковской деятельности (или отдельных ее видах) и, соответственно, на совершении банковских операций [31, с. 18]; в о - вторых, общественно значимым характером их деятельности и необходимостью осуществления эффективного государственного контроля за целевым использованием значительных финансовых ресурсов, которые они аккумулируют и которые принадлежат другим лицам либо предназначаются для выплаты третьим лицам [4].

Принимая во внимание указанные выше цели, приходим к выводу, что национальные материальные правовые нормы, устанавливающие ограничения и (или) запрет на осуществление банками отдельных видов деятельности (так же как и нормы об обязательном лицензировании банковской деятельности), в случае связи отношений, возникающих при совершении банками таких видов деятельности, с юрисдикцией того или иного государства могут рассматриваться как сверхимперативные, следовательно, применяются независимо от личного статута иностранного банка (ст. 1100 ГК). Полагаем, что такая связь, как и в случае осуществления трансграничной банковской деятельности, может быть обусловлена, в о - первых, национальностью банка; в о - вторых, способом осуществления банком «ограниченной» или запрещенной деятельности⁴³.

⁴³ Аналогичны способам осуществления трансграничной банковской деятельности.

Как уже отмечалось выше, до внесения изменений в ст. 174 ГК сделки, совершенные юридическим лицом в противоречии с установленными законодательными актами целями и (или) предметом деятельности, необходимо рассматривать как недействительные на основании ст. 169 ГК «Недействительность сделки, не соответствующей законодательству» и/либо ст. 170 ГК «Недействительность сделки, совершение которой запрещено законодательством» со ссылкой на п. 1 ст. 45 ГК и (или) иной законодательный акт, устанавливающий соответствующие ограничения⁴⁴.

Таким образом, оценка того, было ли при совершении сделки, осложненной иностранным элементом, допущено банком превышение объема правоспособности, а также оценка частноправовых последствий такого превышения должны осуществляться в соответствии со следующими правилами, которые во многом аналогичны рассмотренным выше правилам относительно трансграничных банковских операций:

1) в случае совершения белорусским банком в отношении иностранных и/или белорусских физических и/или юридических лиц на территории Республики Беларусь или с территории Республики Беларусь, а также на территории иностранного государства как с открытием филиала (представительства), так и без такового сделок, противоречащих ограничениям, установленным ч. 4 ст. 14 БК, такие сделки должны признаваться ничтожными на основании ст. 169 ГК. Белорусский суд вправе (но не обязан) применить сверхимперативные нормы иностранного государства, устанавливающие для банков ограничения на занятие определенными видами деятельности, а также частноправовые последствия совершения таких сделок (п. 2 ст. 1100 ГК). Таким образом, договор страхования, заключенный между белорусским банком (страховщиком) и иностранным контрагентом (страхователем) является ничтожной сделкой, независимо от того, праву какого государства стороны подчинили данный договор на основании *lex voluntatis*;

2) в случае совершения иностранным банком сделок в отношении иностранных и/или белорусских физических и/или юридических лиц на территории иностранного государства либо с территории иностранного государства вопрос об объеме правоспособности иностранного банка (на основе *lex societatis*), а также о частноправовых последствиях несоблюдения установленных ограничений (на основе *lex causae*) должен решаться по праву страны, где банк учрежден (ст. 1112 ГК). Следовательно, договор факторинга, заключенный казахским исламским банком (фактором) и белорусским клиентом (кредитором), противоречит п. 3 ст. 52-5 Закона Казахстана о банках, вследствие чего должен признаваться недействительным (п. 11 ст. 159 ГК Казахстана);

⁴⁴ Выбор между ст. 169 и ст. 170 ГК зависит от характера категоричности установления ограничений правоспособности. Полагаем, что для сделок, совершенных банком с превышением объема их правоспособности, установленного ч. 4 ст. 14 БК, необходимо применять ст. 169 ГК.

3) в случае совершения иностранным банком сделки в отношении иностранных и/или белорусских физических и/или юридических лиц на территории Республики Беларусь с открытием или без открытия представительства иностранной организации на территории Республики Беларусь (т. е. путем присутствия физических лиц), независимо от права страны, где учрежден банк (ст. 1112 ГК), подлежат применению нормы, закрепленные в ч. 4 ст. 14 БК и ст. 169 ГК, которые по своему характеру являются сверхимперативными (п. 1 ст. 1100 ГК)⁴⁵.

Помимо банков второго уровня, трансграничную банковскую деятельность могут осуществлять также *центральные* банки.

Вопрос о правовой природе центральных банков является довольно дискуссионным как в отечественной, так и зарубежной литературе⁴⁶. Однако полагаем возможным согласиться с мнением тех авторов, которые рассматривают центральный банк как субъект, имеющий двойственную правовую природу [64, с. 74; 7, с. 123; 65, с. 35–36; 30, с. 106; 8, с. 21], обусловленную как выполнением банками публично-правовых функций, так и осуществлением хозяйственной деятельности посредством осуществления банковских операций.

Так, с одной стороны, согласно ст. 7 и ст. 24 БК Национальный банк является центральным банком и государственным органом Республики Беларусь, перед которым поставлены определенные задачи (ст. 25 БК) и на который возложены определенные функции (ст. 26 БК), основными из них являются монопольная денежная эмиссия, проведение денежно-кредитной политики, функция банка (финансового агента) правительства, функции «банка банков» (рефинансирование банков), а также регулирование деятельности банков и НКФО и надзор.

⁴⁵ Необходимо отметить, что белорусское законодательство устанавливает целый ряд ограничений на совершение сделок банками, которые направлены на достижение целей пруденциального регулирования (например, запрет при осуществлении банковских операций предоставлять инсайдерам и работникам банка, а также Национального банка льготные условия, закрепленный в ч. 1 ст. 122 БК). Полагаем, что подобные ограничения не являются ограничениями правоспособности банков, а представляют собой правила осуществления банковской деятельности, т. е. с позиции МЧП относятся к сфере действия обязательственного (ст. 1127 ГК), а не личного статута. Вместе с тем поскольку подобные ограничения направлены на обеспечение стабильности и устойчивости финансово-кредитной системы Республики Беларусь, а также на защиту интересов вкладчиков и иных кредиторов банка, то в ряде случаев они должны рассматриваться как сверхимперативные (ст. 1100 ГК), вследствие чего подлежат применению независимо норм права, применяемого к банковской сделке на основании *lex voluntatis*.

⁴⁶ Обзор основных подходов к правовой природе центрального банка см.: Гасанов А. Ш. Юридическая природа центральных банков // Бизнес и банки. Банковская газета. – № 3 (789). – 2006. – С. 1–5 [63].

Как юридическое лицо (ст. 24 БК) НБ вправе вступать в различные частноправовые отношения⁴⁷. Однако поскольку НБ прежде всего субъект публичного права, его гражданско-правовая (частноправовая) правоспособность ограничена, что позволяет охарактеризовать ее как специальную.

Прежде всего ограничения гражданской правоспособности Национального банка касаются права осуществления банковских операций⁴⁸:

в о - п е р в ы х , перечень банковских операций, которые вправе осуществлять Национальный банк, является исчерпывающим и закреплен в ст. 52 БК и п. 14 Устава Национального банка. Вместе с тем необходимо отметить, что для их осуществления Национальному банку, в отличие от банков второго уровня и НКФО, не требуется получение банковской лицензии;

в о - в т о р ы х , из толкования абз. 3 ст. 26 БК следует, что осуществление банковских операций Национальным банком возможно исключительно для

⁴⁷ Вопрос об организационно-правовой форме Национального банка довольно дискуссионный. Закрепление за Национальным банком имущества на праве оперативного управления (ст. 40 БК) и отсутствие (в качестве основной) цели получения прибыли (ст. 25 БК) позволяет рассматривать Национальный банк в качестве учреждения (ст. 120 ГК). Активное же осуществление Национальным банком на платной основе банковских операций (ст. 52 БК), самофинансирование (пп. 39–40 Устава Национального банка Республики Беларусь, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 13 июня 2001 г. № 320 [66] (далее – Устав), более широкие полномочия по распоряжению закрепленным за ним имуществом (ст. 40 БК) порождают сомнения в правомерности данного вывода (см.: Ковалева А. М. Постатейный комментарий к Банковскому кодексу Республики Беларусь. Общая часть. Раздел II. Национальный банк. Глава 4. Правовой статус, цели и функции Национального банка (статьи 24–36) [67]. Полагаем, что особенности осуществления Национальным банком хозяйственной деятельности, особенности владения, пользования и распоряжения закрепленным за ним имуществом, особенности структуры и компетенции его органов управления, а также разграничение ответственности по обязательствам Национального банка и Правительства Беларуси (ст. 25 БК) позволяют рассматривать Национальный банк в качестве самостоятельной организационно-правовой формы некоммерческого юридического лица (п. 3 ст. 46 ГК).

⁴⁸ Правоспособность Национального банка также ограничена в сфере корпоративных отношений. Так, согласно ст. 48 БК Национальный банк, если иное не предусмотрено Президентом Республики Беларусь, не может быть участником хозяйственных обществ и иных юридических лиц, за исключением отдельных банков, организаций, осуществляющих возмещение банковских вкладов (депозитов) физических лиц, организаций, обеспечивающих деятельность Национального банка, в том числе работающих на рынке ценных бумаг, проводящих межбанковские расчеты, финансирующих и (или) осуществляющих разработку и внедрение банковских технологий, а также международных организаций, занимающихся развитием сотрудничества в денежно-кредитной, валютной и банковской сферах. Исключение из данного правила установлено п. 9 Устава, согласно которому Национальный банк имеет право по согласованию с Президентом Республики Беларусь создавать организации, необходимые для обеспечения своей деятельности.

достижения основных целей деятельности, указанных ст. 25 БК (защита и обеспечение устойчивости белорусского рубля, в том числе его покупательной способности и курса по отношению к иностранным валютам, обеспечение стабильности банковской системы Республики Беларусь, а также эффективного, надежного и безопасного функционирования платежной системы);

в - третьих, белорусское законодательство устанавливает ограничение по кругу субъектов, в отношении которых могут осуществляться банковские операции. Так, согласно ч. 2 ст. 52 БК Национальный банк по общему правилу не вправе оказывать услуги по осуществлению банковских операций физическим, а также юридическим лицам, не имеющим лицензии на осуществление банковской деятельности.

Двойственная правовая природа центральных банков, в том числе и Национального банка, не может не повлиять на их правовое положение как субъектов МЧП, в том числе на правовое регулирование вопросов их правоспособности.

Так, характер и объем гражданской правоспособности Национального банка как юридического лица, имеющего белорусскую национальную принадлежность, должен определяться в соответствии с белорусским правом (ст. 1111, ст. 45 ГК), гражданская правоспособность иностранных центральных банков – на основании коллизионной привязки *lex societatis* (п. 1 ст. 1112, ст. 1110 ГК), причем для применения национальных материальных правовых норм, устанавливающих ограничение правоспособности Национального банка, в отношении иностранного центрального банка как сверхимперативных нет оснований, поскольку их целью является обеспечение выполнения Национальным банком возложенных на него задач и функций и для Республики Беларусь должно быть юридически безразлично, будут ли иностранные центральные банки выполнять данные задачи и функции. Полагаем, что осуществление иностранным центральным банком трансграничной банковской деятельности на территории Республики Беларусь (с открытием или без открытия представительства) должно осуществляться с соблюдением общих правил, установленных для банков второго уровня.

Вместе с тем публично-правовая составляющая правовой природы центральных банков ограничивает возможность применения некоторых последствий выхода за пределы их правоспособности, что связано с вопросом об иммунитете собственности центральных банков.

Ни в литературе, ни в правоприменительной практике нет единого подхода к разрешению данного вопроса⁴⁹. Вместе с тем необходимо отметить, что Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их соб-

⁴⁹ Обзор основных подходов к регулированию вопросов иммунитета собственности центрального банка см.: Галстян Р. Иммунитет иностранного государства от принудительных мер // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 1999. – № 3. – С. 10–15 [69].

ственности от 2 декабря 2004 г. [68], независимо от характера осуществляемых центральным банком операций, предоставляет их собственности абсолютный иммунитет от принудительных мер, презюмируя, что она непосредственно не используется и не предназначена для использования государством в иных целях, чем государственные некоммерческие цели (ст. 21). Полагаем, что, поскольку даже совершая банковские операции, Национальный банк ориентирован на достижение целей, установленных ст. 25 БК, такой подход в отношении Национального банка Республики Беларусь является вполне оправданным.

Транснационализация банковской деятельности, углубление интеграционных процессов в национальных экономиках, а также необходимость координации действий государств по регулированию трансграничных валютных и кредитно-финансовых отношений привели к появлению совершенно новой категории банков, именуемых международными (в частности, Международный банк реконструкции и развития (далее – МБРР), Европейский банк реконструкции и развития (далее – ЕБРР), Банк международных расчетов (далее – МБР), Евразийский банк развития (далее – ЕАБР), Межгосударственный банк и др.).

Особенности международных банков как субъектов права обусловлены тем, что в основе их создания лежит международный договор (например, МБРР, ЕБРР, ЕАБР, Межгосударственный банк) либо закон одного или двух государств, принятый в соответствии с международным договором (например, БМР), определяющий цели, задачи, принципы их деятельности, а также характер и объем их правосубъектности (или порядок их определения), в том числе объем и порядок совершения банковских операций. В доктрине МЧП такие юридические лица принято именовать международными юридическими лицами [10, с. 146–147]⁵⁰.

Состав субъектов, охватываемых понятием «международное юридическое лицо» (далее – МЮЛ), неоднороден и включает как МЮЛ, относя-

⁵⁰ В доктрине МЧП вопрос о международных юридических лицах является одним из наиболее дискуссионных. Так, некоторые авторы вообще отрицают необходимость выделения их в качестве самостоятельных субъектов МЧП, отмечая, что «всеселое подчинение юридического лица национальному правопорядку соответствующего государства снимает необходимость, кроме как в целях уточнения его генезиса (происхождения), в квалификации его как международного юридического лица, а следовательно, и выделении названной категории вообще» [9, с. 58], поэтому «конструкция международных юридических лиц не вписывается в качестве дополнительной категории в понятийный ряд, существующий в науке и практике международного частного права, а именно *национальное юридическое лицо – иностранное юридическое лицо* – и в любом случае должно включаться либо в одну, либо в другую группу [9, с. 63]. Однако специфика правового регулирования МЮЛ не позволяет нам согласиться с указанной выше точкой зрения.

щиеся к категории международных межправительственных организаций (как свидетельствует практика, они составляют подавляющее большинство), так и МЮЛ, относящиеся к «международным компаниям», не обладающим таким статусом⁵¹. Вместе с тем представляется, что разграничение указанных видов МЮЛ имеет значение больше в сфере международных публичных отношений, поскольку оказывает влияние на решение вопроса о наследии или ненаследии МЮЛ международной правосубъектностью [13, с. 294], в то время как подходы к регулированию деятельности обоих видов МЮЛ в частноправовой сфере одинаковы, так как «основная тяжесть при регулировании вопросов частноправового статуса таких образований ложится на нормы международного договора и учредительных документов. Правовая связь с национальным законодательством либо вообще отсутствует, либо носит ограниченный характер по вопросам, не урегулированным на международно-правовом уровне» [13, с. 294–295].

Отнесение или неотнесение международного банка к категории международных межправительственных организаций может оказывать влияние на правовой режим осуществляемых им банковских операций. Так, Н. Ю. Ерпилева справедливо отмечает, что банковские правоотношения между государствами и международными межправительственными организациями как субъектами публично-правовой природы неизбежно принимают межгосударственную форму. Кредит, полученный государством от МБРР или МВФ, и кредит, полученный тем же государством от Лондонского клуба (банковского синдиката), будучи банковскими операциями с тождественным по своей сути содержанием, неизбежно предстают в разной форме: в первом случае – в форме межгосударственных банковских правоотношений международного характера, во втором – в форме внутригосударственных (национальных) банковских правоотношений, осложненных иностранным элементом [1, с. 23–24]. Таким образом, международные банки, обладающие статусом международных межправительственных организаций, при осуществлении ими банковских операций будут являться субъектами МЧП, только при условии, что данные операции осуществляются в отношении субъектов, имеющих частноправовую природу (т. е. физических или юридических лиц).

⁵¹ В качестве примера «международной компании» можно привести банк международных расчетов Union charbonniere Sarro-Lorraine (Saarlor), образованный на основании договора между ФРГ и Францией в 1956 г. В уставе он именуется частноправовой франко-германской компанией, но его статус существенно отличается от статуса обычного юридического лица: он имеет два домицилия (во Франции и в ФРГ), однако пробелы в его уставе должны восполняться не национальным законодательством, а «общими принципами французского и германского права». Если таковые не могут быть установлены, то вопрос должен быть разрешен «в духе франко-германского сотрудничества» [12, с. 393].

Считаем необходимым остановиться на вопросах, касающихся особенностей правоспособности международных банков как субъектов МЧП⁵²:

1. В доктрине МЧП довольно распространенной является точка зрения о том, что личный закон МЮЛ как субъектов гражданских правоотношений определяется на основе теории оседлости, т. е. МЮЛ считается юридическим лицом права того государства, на чьей территории расположена его штаб-квартира [11, с. 263], соответственно, правоспособность такого юридического лица также определяется по закону данного государства [9, с. 114]. Кроме того, отмечается, что МЮЛ обладает статусом национального юридического лица страны своего местопребывания без каких-либо изъятий (ограничений, привилегий или льгот) [9, с. 112].

Полагаем, что с указанной точкой зрения нельзя согласиться, поскольку гражданская правоспособность МЮЛ определяется не национальным, а международным правом и имеет серьезную специфику. Так, характер и объем правосубъектности международных банков в сфере совершения гражданско-правовых сделок, в том числе осуществления банковских операций, определяется: 1) международным соглашением, на основании которого банк учрежден и неотъемлемым приложением которого, как правило, являются уставы международных банков; 2) международным соглашением международного банка и государства, на территории которого расположена штаб-квартира банка, и (или) 3) международным договором, заключенным между международным банком и государством, в котором международный банк осуществляет свою деятельность. Так, например, деятельность ЕБРР регулируется Соглашением об учреждении Европейского банка реконструкции и развития от 29 мая 1990 г. [74] (далее – Соглашение о ЕБРР) и Соглашением о штаб-квартире между Правительством Соединенного Королевства и ЕБРР от 15 апреля 1991 г. [75], деятельность представительства ЕБРР в Республике Беларусь – еще и Меморандумом о взаимопонимании между Правительством Республики Беларусь и ЕБРР от 19 февраля 1992 г. [76].

В силу указанных причин представляется правильным мнение Е. Б. Леванович о том, что правовой статус межправительственных организаций, к числу которых относится большинство международных банков, не является абсолютно тождественным статусу юридического лица в национальном праве [43, с. 111].

2. Возможность осуществлять те или иные виды деятельности, обладать теми или иными правами, виды и правила осуществления банковских операций также определяются международными соглашениями (например, ст. IV Статей соглашения Международного банка реконструкции и развития

⁵² Основные проблемные вопросы, касающиеся особенностей правового положения МЮЛ как субъектов МЧП, довольно подробно освещены, в частности, в работах А. В. Асокова [13], В. А. Канашевского [70], Т. Н. Нешатаевой [71], Ж. И. Седовой [72], а также О. А. Кохненко [73].

от 21 декабря 1945 г. [77] (далее – Статьи соглашения МБРР), ст. 8-21 Соглашения о ЕБРР, ст. 9-12 Устава Евразийского банка развития (приложение к Соглашению об учреждении Евразийского банка развития от 12 января 2006 г. [78]) (далее – Устав ЕАБР), ст. 2-5 Устава Межгосударственного банка (приложение к Соглашению об учреждении Межгосударственного банка 22 января 1993 г.) [79]).

Необходимо отметить, что в ряде случаев банковская деятельность, осуществляемая международным банком, изымается из сферы действия обязательного лицензирования. Так, согласно ст. 3 Соглашения о порядке и правилах совершения Межгосударственным банком банковской деятельности на территории Республики Беларусь от 18 февраля 2000 г. [80], для осуществления банковских операций на территории Республики Беларусь Межгосударственному банку получение каких-либо лицензий Национального банка не требуется. Однако Межгосударственному банку запрещено осуществлять производственную, торговую и страховую деятельность. Согласно ст. 2 Соглашения между правительством Республики Беларусь и Евразийским банком развития об условиях пребывания Евразийского банка развития на территории Республики Беларусь от 18 июня 2010 г. [81], положения законодательства Республики Беларусь, устанавливающие порядок создания, лицензирования, регулирования и прекращения деятельности организаций, на ЕАБР не распространяются. В том случае, если в соответствии с законодательством Республики Беларусь осуществляемые Евразийским банком развития виды деятельности или операции и сделки требуют наличия статуса банка, ЕАБР применительно к таким видам деятельности или операциям и сделкам будет рассматриваться обладающим статусом банка. ЕАБР также предоставлено право учреждать (создавать) дочерние банки, участвовать в уставных фондах банков, НКФО на территории Республики Беларусь.

3. Как правило, международные соглашения, касающиеся деятельности международных банков, содержат положения о предоставлении различного рода иммунитетов (ст. VII Статей соглашения МБРР, глава VIII Соглашения о ЕБРР, раздел VII Устава ЕАБР), что в ряде случаев исключает возможность применения последствий совершения международным банком действий, выходящих за пределы его правоспособности.

Таким образом, правоспособность каждого МЮЛ является уникальной.

Анализ международных соглашений, касающихся деятельности международных банков, показывает, что, как правило, они наделяются довольно широким объемом правоспособности. Так, например, ст. 45 Соглашения о ЕБРР устанавливает, что ЕБРР обладает полной правосубъектностью и, в частности, полной правоспособностью: на заключение договоров, на приобретение и распоряжение недвижимым и движимым имуществом, а также на возбуждение процессуальных действий.

Вместе с тем поскольку создание и основное назначение международных банков, большинство из которых являются международными межправительственными организациями, преследует общественно значимые и публично-правовые цели (как правило, координация сотрудничества государств в сфере международных валютных и кредитно-финансовых отношений либо достижение иных социально значимых целей), то необходимо согласиться с Е. Б. Леанович в том, что правоспособность межправительственных организаций (к которым относится большинство международных банков) определяется критерием функциональной необходимости, т. е. она ограничена задачами и целями, для которых создана организация [43, с. 111–112]. Таким образом, следует согласиться с Ж. И. Седовой в том, что при осуществлении коммерческой деятельности, не предусмотренной уставом, МЮЛ не пользуется международными иммунитетами и льготами и осуществляет свою коммерческую деятельность в соответствии с законодательством страны указанного в международном договоре местонахождения МЮЛ, если иное не предусмотрено международным договором [72, с. 17–18].

Таким образом, для определения характера и объема правоспособности МЮЛ, в том числе международных банков, прежде всего необходимо руководствоваться положениями международных соглашений, регулирующих его деятельность. Представляется возможным субсидиарное применение личного закона МЮЛ (права страны места учреждения его штаб-квартиры) в следующих случаях: 1) в силу прямого указания в международных соглашениях, регулирующих деятельность МЮЛ; 2) для устранения пробелов правового регулирования деятельности МЮЛ, при условии, если это не противоречит международным соглашениям, регулирующим деятельность МЮЛ; 3) при осуществлении МЮЛ деятельности на территории государства, которое не является участником международного соглашения и никаким иным образом не выразило своего согласия на предоставление МЮЛ особого правового режима; 4) в случае осуществления МЮЛ деятельности, не обусловленной целями и задачами, возложенными на нее международными соглашениями, регулирующими ее деятельность.

В последнем случае вопросы, касающиеся правоспособности международных банков в контексте осуществления трансграничной банковской деятельности, должны решаться так же, как для банков второго уровня.

Подводя итог исследованию вопроса правоспособности банков в контексте осуществления ими трансграничной банковской деятельности, следует отметить, что на характер и объем их правоспособности оказывает влияние множество факторов, в том числе отнесение банков к одному из следующих типов: к банкам второго уровня, к центральным банкам или к международным банкам. Вместе с тем к какому бы из названных выше типов банк ни относился, правовое регулирование (как материальное, так

и коллизионное) вопросов его правоспособности, как и в целом правового положения, направлено прежде всего на защиту публичных интересов (обеспечение стабильности и устойчивости финансово-кредитной системы Республики Беларусь, а также защиту интересов вкладчиков и иных кредиторов банка), вследствие чего применение частноправовых принципов может существенно ограничиваться.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Ертылева Н. Ю. Международное банковское право. – М. : ГУ ВШЭ, 2012.
2. Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций. – М. : Юристъ, 1999.
3. Викулин А. Ю., Тосунян Г. А., Экмалян А. М. Банковское право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под общ. ред. акад. Б. Н. Топорнина. – М. : Юристъ, 2003.
4. Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
5. Сумской Д. А. Статус юридических лиц : учеб. пособие. – М. : Юстицинформ, 2006. – 324 с.
6. Ефимова Л. Г. Банковское право. Банковская система Российской Федерации : в 2 т. – М. : Статут, 2010 // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.– Т. 1.
7. Научно-практический комментарий к Банковскому кодексу Республики Беларусь : в 2 кн. / В. В. Жуков [и др.]. – Минск : Дикта, 2002. – Кн. 1– 592 с.
8. Эриашвили Н. Д. Банковское право : учебник. – М. : ЮНИТИ-ДАНА : Закон и право, 2008. – 591 с.
9. Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник : [в 3 т.] – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2002. – Т. 2 : Особенная часть.
10. Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. – М. : Юристъ, 2005.
11. Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Эксмо, 2009. – 704 с.
12. Лунц Л. А. Курс международного частного права : [в 3 т.] – М. : Спарт, 2002. – Т. 1.
13. Асоксов А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. – М. : Статут, 2003. – 349 с.
14. Бальзамов Р. Л. Проблемы правосубъектности иностранных юридических лиц – участников внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – М., 2008.
15. Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. – М. : Волтерс Кluвер, 2007. – 416 с.
16. Петрова Г. В. Международное финансовое право : учебник. – М. : Юрайт ; Высш. образование, 2009. – 457 с.
17. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам : [закл. в г. Минске, 22.01.1993 г.] : в ред. Протоко-

ла от 28.03.1997 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

18. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам : [закл. в г. Кишиневе 07.10. 2002 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

19. Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности : [закл. в г. Киеве 20.03.1992 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

20. Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров : [закл. в г. Гаага 22.12.1986 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

21. Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // Official J. of the European Union. – 2008. – № 177. – P. 6–16.

22. Inter-American convention on the law applicable to international contracts : [signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994] [Electronic resource]. – URL : http://www.oas.org/dil/CIDIPV_convention_internationalcontracts.htm.

23. Гражданский кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г.: одобр. Советом Республики 19 ноября 1998 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 05.01.2013 г. № 16-З // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2013.

24. Нольде Б. Э. Очерк международного частного права // Международное право в систематическом изложении : пер. с шестого нем. изд. / Ф. Лист : пер. под ред. В. Э. Грабаря ; коммент. Нольде Б. Э. – 3-е рус. изд.– Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1912. – С. 463–567.

25. Гражданское право : учебник : в 3 т. / А. В. Каравай [и др.] ; под ред. В. Ф. Чигира. – Минск : Амалфея, 2008. – Т. 1.

26. Гражданское право : учебник : в 3 т. / Н. Д. Егоров [и др.] ; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – М. : ТК Велби ; Проспект, 2003. – Т. I.

27. Гражданское право : учебник : в 2 т. / под ред. О. Н. Садикова. – М. : Юрид. фирма «КОНТРАКТ» : ИНФРА-М, 2006. – Т. 1.

28. Российское гражданское право: учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М. : Статут, 2011. – Т. 1. : Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. – 958 с.

29. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : Кодекс Рос. Федерации, 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ : принят Гос. Думой 21 окт. 1994 г. : текст по состоянию на 1 июня 2013 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.

30. Томкович Р. Р. Банковское право : курс лекций. – Минск : Амалфея, 2011.

31. Шерстобитов А. Е. Правовое положение банков и иных кредитных организаций // Правовое регулирование банковской деятельности / под ред. проф. Е. А. Суханова. – М. : Учеб.-консультатц. центр «ЮрИнфоП», 1997. – С. 11–19.

32. О банках и банковской деятельности : Федерал. Закон РФ, 2 дек. 1990 г., № 395-1 : текст по состоянию на 1 июня 2013 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология Проф [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
33. Банковский кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 3 окт. 2000 г. : одобр. Советом Республики 12 окт. 2000 г. : в ред. Закона Республики Беларусь от 13.07.2012 г. № 416-З // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2013.
34. Core Principles for Effective Banking Supervision : Bank for International Settlements, 2012 [Electronic resource]. – URL : <http://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>.
35. Banking Law of the Sultanate of Oman : Royal Decree, 2000 (RD 114/2000) [Electronic resource]. – URL : <http://www.cbo-oman.org/BankingLaw/bankinglaw.pdf>.
36. Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions [Electronic resource]. – URL : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:177:0001:0001:EN:PDF>.
37. Соглашение о торговле услугами и инвестициях в государствах – участниках Единого экономического пространства : [закл. в г. Минске, 09.12.2010 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
38. Генеральное соглашение по торговле услугами : [закл. в г. Марракеше 15.04.1994 г.] // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
39. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) : Кодекс РФ, 26 января 1996 г., № 14-ФЗ : принят Гос. Думой 22 дек. 1995 г. : текст по сост. на 1 июня 2013 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
40. О лицензировании отдельных видов деятельности : Федерал. Закон РФ, 4 мая 2011 г., № 99-ФЗ : текст по состоянию на 1 июня 2013 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология Проф [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
41. Перечень видов деятельности, на осуществление которых требуются специальные разрешения (лицензии), и уполномоченных на их выдачу государственных органов и государственных организаций : утв. Указом Президента Республики Беларусь, 01 сентября 2010 г., № 450 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
42. Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве : Проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М. : СПАРК, 2002.
43. Леанович Е. Б. Международное частное право : учеб. пособие. – Минск : ИВЦ Минфина, 2008. – 360 с.
44. Padoa-Schioppa T. Regulating Finance. Balancing Freedom and Risk. – Oxford : Oxford Scholarship Online, 2004. – 423 p.
45. О размере (квоте) участия иностранного капитала в банковской системе Республики Беларусь : постановления Правления Национального банка Республики Беларусь, 1 сент. 2008 г., № 129 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

46. Положение о порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций : утв. постановлением Совета Министров Респ. Беларусь, 22 июля 1997 г., № 929 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
47. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) : принят Верх. Советом Респ. Казахстан 27 дек. 1994 г. : текст по сост. на 1 июня 2013 г. // Законодательство стран СНГ [Электронный ресурс] / СоюзПравоИнформ. – М., 2013.
48. О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан : Закон Респ. Казахстан, 31 авг. 1995 г., № 2444 : текст по сост. на 1 июня 2013 г. // Законодательство стран СНГ [Электронный ресурс] / СоюзПравоИнформ. – М., 2013.
49. Основы банковской деятельности : Модельный закон : прил. к постановлению Межпарламен. комитета Респ. Беларусь, Респ. Казахстан, Киргизской Респ., РФ и Респ. Таджикистан, 19 апр. 2001, № 12–13 // МПА ЕвразЭС [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://www.ipaeurasec.org/docsdown/MK010413.pdf>.
50. Об обзоре судебной практики рассмотрения споров, возникающих в связи с уступкой требования (цессией) и переводом долга : постановление Президиума Высшего Хозяйственного Суда Респ. Беларусь, 21 апр. 2001 г., № 7 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
51. О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего арбитражного Суда РФ, 1 июля 1996 г., № 6/8 // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология Проф [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
52. Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. – М. : Бератор-Пресс, 2003.
53. О некоторых вопросах применения хозяйственными судами законодательства, регулирующего недействительность сделок : постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Респ. Беларусь, 28 окт. 2005 г., № 26 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
54. Кудашкин В. В. Актуальные вопросы международного частного права. – М. : Волтерс Клувер, 2004.
55. Гасымов С. З. Недействительность сделок в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2009. – 25 с.
56. Cranston R. Principles of banking law. – Oxford : University Press, 2003. – 470 p.
57. The Glass – Steagall Act, June 16, 1933 [Electronic resource]. – URL : http://en.wikisource.org/wiki/Banking_Act_of_1933.
58. The Gramm – Leach – Bliley Act, November 12, 1999 [Electronic resource]. – URL : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-106publ102/html/PLAW-106publ102.htm>.
59. The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, July 21, 2010 [Electronic resource]. – URL : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/html/PLAW-111publ203.htm>.
60. The Bank Holding Company Act, May 9, 1956 [Electronic resource]. – URL : http://www.law.cornell.edu/uscode/pdf/lii_usc_TI_12_CH_17.pdf.

61. *Зарипов И. А., Житов Д. В., Петров А. В.* Исламское банковское дело: истории развития // Междунар. банк. операции. – 2006. – № 4. – С. 33–40.
62. *Зарипов И. А., Житов Д. В., Петров А. В.* Исламское банковское дело: истории развития // Междунар. банк. операции. – 2006. – № 5. – С. 53–63.
63. *Гасанов А. Ш.* Юридическая природа центральных банков // Бизнес и банки. Банк. газ. – 2006. – № 3 (789). – С. 1–5.
64. *Довнар Ю. П.* Банковское право. Общая часть. – Минск : Амалфея, 2007.
65. *Салей Е. А.* Банковское право. Часть первая : пособие для юрид. вузов. – Минск : Тесей, 2003.
66. Устав Национального банка Республики Беларусь : утв. Указом Президента Респ. Беларусь, 13 июня 2001 г., № 320 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
67. *Ковалева А. М.* Постатейный комментарий к Банковскому кодексу Республики Беларусь. Общая часть. Раздел II. Национальный банк. Глава 4. Правовой статус, цели и функции Национального банка (статьи 24–36) // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
68. Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности : принятая резолюцией Генеральной Ассамблеи, 2 дек. 2004 г., № 59/38 // ООН [Электронный ресурс]. – 2004. – URL : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/47856/PDF/N0447856.pdf?OpenElement>.
69. *Галстян Р.* Иммунитет иностранного государства от принудительных мер // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 1999. – № 3. – С. 10–15.
70. *Канащевский В. А.* Правовое положение международной организации как субъекта международного частного и гражданского права // Правоведение. – 2003. – № 3. – С. 139–158.
71. *Нешатаева Т. Н.* Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. – 2-е изд.– М. : Дело, 1999. – 272 с.
72. *Седова Ж. И.* Международное юридическое лицо как субъект международного частного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2001. – 22 с.
73. *Кожненко О. А.* Проблема определения личного закона международной межправительственной организации // Журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2009. – № 3. – С. 10–15.
74. Соглашение об учреждении Европейского банка реконструкции и развития : [подписано в г. Париже 29 мая 1990 г.] // ЕБРР [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/basicsr.pdf>.
75. Соглашение о штаб-квартире между Правительством Соединенного Королевства и Банком : [подписано в г. Лондоне 15 апреля 1991 г.] // ЕБРР [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/basicsr.pdf>.
76. Меморандум о взаимопонимании между Правительством Республики Беларусь и Европейским банком реконструкции и развития : [принят в г. Минске 19.02.1992 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
77. Статьи соглашения Международного банка реконструкции и развития : [закл. в г. Вашингтоне 21.12.1945 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология

3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

78. Устав Евразийского банка развития : прил. к Согл. об учреждении Евразийского банка развития : [закл. в г. Астане 12.01.2006 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

79. Устав Межгосударственного банка : прил. к Согл. об учреждении Межгосударственного банка : [закл. в г. Минске 22.01.1993 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

80. Соглашение о порядке и правилах совершения Межгосударственным банком банковской деятельности на территории Республики Беларусь : [закл. в г. Минске 18.02.2000 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

81. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Евразийским банком развития об условиях пребывания Евразийского банка развития на территории Республики Беларусь : [закл. в г. Санкт-Петербурге 18.06.2010 г.] // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

Статья поступила в редакцию 17.07.2013 г.

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ТРУДЯЩИХСЯ-ИММИГРАНТОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

М. А. Денисенко

Статья посвящена рассмотрению вопросов, касающихся закрепления правового статуса трудящихся-иммигрантов в Республике Беларусь, обоснованию необходимости корректировки отечественного законодательства в связи с у становлением пробелов и коллизий в нем, выявлению влияния многосторонних и двухсторонних договоров, заключенных Республикой Беларусь, на трудоправовой статус трудящихся-иммигрантов в Республике Беларусь. В поле зрения автора находятся также дискуссионные вопросы, обусловленные разным толкованием международных договорных норм.

The article is devoted to the analysis of issues of the legal status of immigrant workers in the Republic of Belarus, legal background for the need to improve the Belarusian legislation in order to eliminate gaps and conflicts in it, as well as revealing the influence of multilateral and bilateral treaties of the Republic of Belarus on the labor-law status of immigrant workers in the Republic of Belarus. The author also discusses controversial issues arising from interpretation of international treaty law rules.

Ключевые слова: трудящийся-иммигрант, принципы внешней трудовой миграции, временное пребывание, временное проживание, специальное разрешение, разрешение на привлечение иностранной рабочей силы, трудовой договор, международный договор, коллизионная норма, сверхимперативные нормы.

Keywords: worker immigrant, principles of foreign labor migration, temporary stay, temporary residence, special permission, permission to attraction of foreign labor, labor contract, international treaty, conflict norm, superimperative norms.

Понятие «трудящийся-иммигрант» впервые введено в Республике Беларусь Законом Республики Беларусь от 30 декабря 2010 г. № 225-З «О внешней трудовой миграции» (далее – Закон 2010 г.) [1]. В соответствии с абз. 10 ст. 1 Закона 2010 г. трудящийся-иммигрант – иностранец, не имеющий разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь, въехавший в Республику Беларусь для трудоустройства и осуществления трудовой деятельности по трудовому договору у нанимателя Республики Беларусь либо осуществляющий такую деятельность в Республике Беларусь.

Таким образом, статус трудящихся-иммигрантов Законом 2010 г. распространяется как на иностранных граждан и лиц без гражданства (далее – иностранцы), постоянно проживающих за рубежом, и въехавших на территорию Республики Беларусь с целью работы, так и на иностранцев, въехавших на территорию Республики Беларусь с какой-либо иной целью, но впоследствии трудоустроившихся. Определяющее значение при наделении иностранцев статусом трудящихся-иммигрантов законодатель придает временному характеру их пребывания на территории Республики Беларусь с целью осуществления трудовой деятельности либо осуществлению такой деятельности в период временного пребывания (проживания). Из ч. 2 ст. 11 Закона Республики Беларусь от 4 января 2010 г. № 105-З «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» (далее – Закон № 105-З) [2] следует, что право заниматься трудовой деятельностью признается и за иностранцами, временно пребывающими или временно проживающими в Республике Беларусь, однако в указанной норме оговаривается, что порядок реализации этого права определяется специальными законодательными актами Республики Беларусь.

В этой связи важное значение имеет определение в ст. 2 Закона 2010 г. сферы его действия и исключение из нее отношений, связанных с трудоустройством и осуществлением трудовой деятельности в Республике Беларусь некоторых категорий иностранцев, не имеющих разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь.

Действие Закона 2010 г. не распространяется на иностранцев, которым предоставлены статус беженца или дополнительная защита либо убежище в Республике Беларусь (абз. 2 ч. 2 ст. 2) или *ходатайствующих о предоставлении* статуса беженца или дополнительной защиты либо *убежища* в Республике Беларусь (абз. 3 ч. 2 ст. 2). Как следует из Закона Республики Беларусь от 23 июня 2008 г. № 354-З «О предоставлении иностранным гражданам и лицам без гражданства статуса беженца, дополнительной и

временной защиты в Республике Беларусь» (далее – Закон о статусе беженца), иностранцы, которым предоставлен статус беженца, уравнены в трудовых правах с иностранцами, постоянно проживающими в Республике Беларусь, с оговоркой, что иное может быть предусмотрено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь (абз. 14 ч. 1 ст. 19) [3]. Законом о статусе беженца аналогично решен вопрос и в отношении права на трудоустройство иностранцев, которым предоставлена дополнительная защита (абз. 6 ч. 1 ст. 22), а также ходатайствующих о предоставлении статуса беженца или дополнительной защиты в Республике Беларусь (ч. 1 ст. 27, абз. 7 ч. 1 ст. 29). В последних нормах оговорка о том, что иное может быть предусмотрено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь, отсутствует, что, по нашему мнению, свидетельствует о несогласованности правовых норм, не учитывающих соотношение статусов беженца и дополнительной защиты.

Статус беженца или дополнительная защита при определенных условиях, установленных ч. 1 ст. 47 Закона о статусе беженца, предоставляются и членам семьи иностранца.

Пунктом 12 Положения о предоставлении иностранным гражданам и лицам без гражданства убежища в Республике Беларусь, его утрате и лишении и иных вопросах пребывания в Республике Беларусь иностранных граждан и лиц без гражданства, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 5 апреля 2006 г. № 204 (далее – Положение), права, свободы и обязанности иностранцев, которым предоставлено убежище в Республике Беларусь, приравнены к правам иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, а значит, и к их правам в сфере труда [4]. Предоставление иностранцу убежища распространяется также на прибывших вместе с ним членов его семьи. Что же касается прав иностранцев, ходатайствующих о предоставлении убежища, то о них в Положении речь не идет, что является пробелом. Закон 2010 г. во всяком случае выводит указанную категорию иностранцев из-под действия белорусского законодательства о внешней трудовой миграции.

Законом о статусе беженца предусмотрена возможность получения временной защиты (ст. 24). Такая защита предоставляется иностранцу, прибывшему в Республику Беларусь в составе группы иностранцев, одновременное массовое прибытие которых делает невозможным индивидуальное рассмотрение их ходатайств о защите. Иностранец, которому предоставленна временная защита, как это вытекает из абз. 7 ст. 25 Закона о статусе беженца, имеет в сфере трудовых отношений равные права с иностранцами, временно пребывающими в Республике Беларусь, если иное не определено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь, в связи с чем трудоустройство такого иностранца и осуществление им трудовой деятельности в Республике Беларусь должны соответствовать требованиям Закона 2010 г.

Под действие Закона 2010 г. не попадают иностранцы, приглашенные в Республику Беларусь на срок не более девяноста суток для чтения курса лекций или выполнения другой учебной работы в учреждениях образования Республики Беларусь, обеспечивающих получение высшего образования, повышение квалификации и (или) переподготовку кадров (абз. 4 ч. 2 ст. 2). Новшеством Закона 2010 г. является дополнение этого абзаца указанием на иностранцев, приглашенных в Республику Беларусь для проведения монтажа (шефмонтажа) оборудования и (или) оказания услуг по обучению персонала эксплуатации этого оборудования. Ранее действовавший Закон Республики Беларусь от 17 июня 1998 г. № 169-З «О внешней трудовой миграции» (далее – Закон 1998 г.) указанную категорию иностранцев из сферы своего действия не исключал [5].

Действие Закона 2010 г. не распространяется на иностранцев, работающих в дипломатических представительствах, консульских учреждениях иностранных государств, представительствах и (или) органах международных организаций или межгосударственных образований, аккредитованных в Республике Беларусь (абз. 4 ч. 2 ст. 2). В соответствии с ч. 1 ст. 321 Трудового кодекса Республики Беларусь (далее – ТК) трудовые и связанные с ними отношения *иностранных работников* дипломатических представительств и консульских учреждений иностранных государств, аккредитованных в Республике Беларусь, регулируются законодательством соответствующего иностранного государства [6].

Из сферы действия Закона 2010 г. исключены иностранцы, аккредитованные в Республике Беларусь в качестве журналистов иностранных средств массовой информации (абз. 6 ч. 2 ст. 2); иностранцы, являющиеся священнослужителями, приглашенными религиозными объединениями, зарегистрированными в установленном порядке на территории Республики Беларусь, для занятия религиозной деятельностью (абз. 8 ч. 2 ст. 2); иностранцы, проходящие производственную практику в соответствии с программами, образовательными стандартами по специальности, учебными планами и учебными программами учреждений образования Республики Беларусь (абз. 9 ч. 2 ст. 2).

Действие Закона 2010 г. не распространяется на иностранцев, являющихся руководителями коммерческих организаций с иностранными инвестициями, их филиалов или представительств (абз. 6 ч. 2 ст. 2). Закон 1998 г. не распространял своего действия не только на руководителей коммерческих организаций с иностранными инвестициями, но и на учредителей таких организаций (подп. л ч. 2 ст. 1).

В соответствии с Законом 1998 г. не подпадали под действие белорусского законодательства о внешней трудовой миграции иностранцы, работающие в представительствах иностранных фирм, находящихся на территории Республики Беларусь (подп. в ч. 2 ст. 1). Закон 2010 г. подобной

нормы не содержит, что свидетельствует о том, что в настоящее время и в этой части исключения сужены.

Декретом Президента Республики Беларусь от 24 ноября 2006 г. № 18 «О дополнительных мерах по государственной защите детей в неблагополучных семьях» установлено, что родители, являющиеся иностранными гражданами или лицами без гражданства, независимо от режима пребывания на территории Республики Беларусь, обязаны возмещать расходы по содержанию детей, если их дети являются белорусскими гражданами или лицами без гражданства (ч. 4 п. 8) [7]. Согласно абз. 4 ч. 1 ст. 33 Закона № 105-З, иностранцу может быть отказано в выдаче визы для выезда из Республики Беларусь или в выезде из Республики Беларусь, если он не исполнил без уважительных причин имущественные, налоговые или иные обязательства перед Республикой Беларусь, ее административно-территориальными единицами, физическими и юридическими лицами, установленные вступившими в законную силу судебными постановлениями или исполнительными документами, до исполнения обязательств. Законом 2010 г. иностранцы, обязанные возмещать расходы, затраченные государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении, включены в перечень лиц, на которых законодательство о внешней трудовой миграции не распространяется (абз. 10 ч. 2 ст. 2).

Это законодательство не распространяется также на иностранцев, трудоустраивающихся в ином порядке, определенном международными договорами Республики Беларусь (абз. 11 ч. 2 ст. 2 Закона 2010 г.).

Закон 2010 г. закрепил принципы осуществления внешней трудовой миграции:

- добровольность внешней трудовой миграции;
- недопустимость незаконной внешней трудовой миграции;
- защита рынка труда Республики Беларусь;
- недопустимость найма трудящихся-эмигрантов и трудящихся-иммигрантов на условиях, унижающих их человеческое достоинство, наносящих вред их здоровью;
- недопустимость дискриминации трудящихся-эмигрантов и трудящихся-иммигрантов в зависимости от пола, расы, национальности, языка, религиозных или политических убеждений, участия или неучастия в профессиональных союзах или иных общественных объединениях, имущественного или служебного положения, возраста, места жительства, недостатков физического или психического характера, если они не препятствуют исполнению соответствующих трудовых обязанностей, иных обстоятельств, не связанных с деловыми качествами и не обусловленных спецификой трудовых функций или статуса работника;
- недопустимость подмены трудовых отношений, вытекающих из трудовых договоров, заключенных с трудящимися-иммигрантами, обязатель-

ствами, возникающими на основе договоров, предусмотренных гражданским законодательством Республики Беларусь (ст. 4).

Закон 1998 г. прямо закреплял единственный принцип внешней трудовой миграции – принцип равенства (ст. 11), который понимался как равенство прав трудящихся-мигрантов с гражданами государства трудоустройства (ч. 1). Этим принципом охватывался и запрет на найм трудящихся-мигрантов на условиях, унижающих человеческое достоинство, наносящих вред здоровью (ч. 2). В настоящее время этот запрет сформулирован в качестве самостоятельного принципа.

Большинство других принципов, не будучи прямо закрепленными в Законе 1998 г., находили отражение в его нормах. Например, внешняя трудовая миграция определялась в Законе 1998 г. как *добровольный* выезд на *законном основании* граждан, постоянно проживающих на территории Республики Беларусь, за границу, а также въезд иностранных граждан и лиц без гражданства, постоянно проживающих вне пределов Республики Беларусь, на ее территорию для получения работы по трудовому договору (контракту) (абз. 1 ст. 2). Закрепление принципов внешней трудовой миграции позволило максимально лаконично определить в Законе 2010 г. используемые термины.

Принципы осуществления внешней трудовой миграции, закрепленные в Законе 2010 г., можно разделить на две группы: *общие*, т. е. такие, которые относятся как к «эмиграционному», так и к «иммиграционному» процессам, и *специальные*. Специальные касаются только второй составляющей внешней трудовой миграции – «иммиграционной». В число этих принципов входят защита рынка труда Республики Беларусь и недопустимость подмены трудовых отношений, вытекающих из трудовых договоров, заключенных с трудящимися-иммигрантами, обязательствами, возникающими на основе договоров, предусмотренных гражданским законодательством Республики Беларусь.

В соответствии с ч. 1 ст. 23 Закона 2010 г. осуществление трудящимися-иммигрантами трудовой деятельности в Республике Беларусь допускается с соблюдением белорусского законодательства, если занятие свободных рабочих мест (вакансий) не может быть обеспечено гражданами и иностранцами, постоянно проживающими в Республике Беларусь. С учетом государственных интересов, ситуации на рынке труда и приоритетности права граждан и иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, на занятие свободных рабочих мест (вакансий) Совет Министров Республики Беларусь может устанавливать квоты на привлечение в Республику Беларусь трудящихся-иммигрантов для осуществления трудовой деятельности на ее территории (ст. 24 Закона 2010 г.). До настоящего времени введение квот не практиковалось. Но даже если квоты будут установлены, то не в отношении всех работников-иностранных.

Республикой Беларусь заключен ряд международных договоров, отменяющих действие ограничений, направленных на защиту национальных рынков труда при приеме на работу трудящихся, имеющих гражданство другой договаривающейся стороны, но не имеющих разрешения на постоянное проживание в государстве трудоустройства. Впервые отмена таких ограничений была предусмотрена Решением Высшего Совета Сообщества Беларуси и России от 22 июня 1996 г. № 4 «О равных правах граждан на трудоустройство, оплату труда и предоставление других социально-трудовых гарантит» для граждан России и Беларуси в связи с осуществлением ими трудовой деятельности в другом государстве – участнике Сообщества (п. 1) [8]. Это правило, хотя и изложенное иначе, было подтверждено в Договоре о равных правах граждан, заключенном между Республикой Беларусь и Российской Федерацией 25 декабря 1998 г. [9]. В силу ч. 1 ст. 7 этого Договора Стороны обеспечивают гражданам Беларуси и России *равные права на трудоустройство*, оплату труда и предоставление других социально-правовых гарантит на территориях договаривающихся государств. По сути дела в результате достигнутых договоренностей граждане Российской Федерации и Республики Беларусь выведены из-под действия законодательства этих государств о внешней трудовой миграции.

На уровне правительства Казахстана, России и Беларусь 19 ноября 2010 г. заключено Соглашение о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей [10] (далее – Соглашение 2010 г.). В рамках этого Соглашения деятельность, связанная с привлечением трудящихся-мигрантов, осуществляется работодателями государства трудоустройства без учета ограничений по защите национального рынка труда (ст. 3). Соглашение 2010 г. вступило в силу с 1 января 2012 г.; с этого времени квоты на привлечение трудящихся-иммигрантов, являющихся гражданами государств – участников Таможенного союза, Республика Беларусь устанавливать не может. С учетом сказанного об особенностях трудоправового статуса российских граждан в Республике Беларусь нормы Соглашения 2010 г. важны как расширяющие возможности в сфере труда граждан Республики Казахстан.

Второй специальный принцип – недопустимости подмены трудовых отношений, вытекающих из трудовых договоров, заключенных с трудящимися-иммигрантами, гражданско-правовыми обязательствами – в определенной степени обусловлен уже рассмотренным принципом. Его предназначение состоит в блокировании наиболее часто используемого нанимателями и работниками-иммигрантами пути для преодоления мер по защите национального рынка труда. Заключение гражданско-правового договора дает возможность игнорировать установленные разрешительные процедуры, подлежащие соблюдению при найме на работу иностранцев из-за рубежа. С другой стороны, в силу диспозитивности гражданского права и автономии воли сторон при заключении гражданско-правовых до-

говоров у «нанимателя» может быть более узкий круг обязательств. С практической точки зрения это может приводить к выполнению работы иностранцами на дискриминационных условиях. Причем если интересы отечественных граждан, работающих по гражданско-правовому договору, по определенным позициям защищены положениями Указа Президента Республики Беларусь от 6 июля 2005 г. № 314 (далее – Указ № 314) [11], то на иностранцев, временно пребывающих (проживающих) в Республике Беларусь, этот Указ не распространяется. Это следует из толкования термина «граждане», используемого в нем.

Вместе с тем некоторые двусторонние соглашения по вопросам внешней трудовой миграции, например заключенное Республикой Беларусь с Азербайджанской Республикой (ч. 1 ст. 8) [12], содержат положение о том, что трудовая деятельность трудящихся-мигрантов может осуществляться как на основании трудового, так и на основании гражданско-правового договора, заключенного с работодателем. В этом случае гарантии, предусмотренные международным договором, будут распространяться и на временно пребывающих (проживающих) в Республике Беларусь иностранцев, имеющих гражданство соответствующего государства и выполняющих работу на основании заключенного гражданско-правового договора.

Закрепление принципа недопустимости подмены трудовых отношений, вытекающих из трудовых договоров, заключенных с трудящимися-иммигрантами, гражданско-правовыми обязательствами – в той редакции, в которой он изложен – порождает ряд вопросов. В частности, вопрос о том, вправе ли иностранцы, временно пребывающие (проживающие) в Республике Беларусь, в принципе заключать гражданско-правовые договоры, предметом которых является выполнение работы или оказание услуги, или речь идет исключительно о недопустимости «подмены», и если это так, то как провести разграничение между случаями, когда такая подмена имеет место, и случаями, когда ее нет. Второй вопрос – о корректности использования в Указе № 314 термина «граждане» без учета того, что в соответствии с ч. 1 ст. 11 Закона № 105-З постоянно проживающие в Республике Беларусь иностранцы имеют право заниматься трудовой и предпринимательской деятельностью наравне с гражданами Республики Беларусь в порядке, установленном законодательными актами Республики Беларусь. Осуществление же предпринимательской деятельности, как известно, часто связано с выполнением работ (оказанием услуг). Полагаем, что в Указе № 314 следует раскрыть содержание этого термина с учетом преследуемых целей правового регулирования, включив в него как граждан Республики Беларусь, так и постоянно проживающих в Республике Беларусь иностранцев.

Для осуществления трудовой деятельности в Республике Беларусь трудящийся-иммигант обязан соблюсти два условия: 1) получить специальное разрешение, 2) заключить трудовой договор (ч. 2 ст. 23 Закона 2010 г.).

Специальное разрешение выдается иностранцу по ходатайству нанимателя Республики Беларусь (ч. 1 ст. 29 Закона 2010 г.). При осуществлении трудовой деятельности у нескольких нанимателей Республики Беларусь трудящийся-иммигрант обязан получить специальное разрешение для работы у каждого из них (ч. 2 ст. 29 Закона 2010 г.). Получение специального разрешения в качестве одной из обязанностей трудящегося-иммигранта закреплено и в абз. 3 ч. 2 ст. 35 Закона 2010 г.

На основании заверенной нотариусом Республики Беларусь копии специального разрешения иностранцу выдается на заявленный срок, но не более 90 суток, однократная, двукратная или многократная краткосрочная въездная виза (тип С) для работы («з правам працы па найму») (абз. 2 пп. 19.9 п. 19 Визовых правил Республики Беларусь, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15 июля 2010 г. № 1065) [13].

Порядок выдачи специального разрешения на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь урегулирован Инструкцией, утвержденной постановлением Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 7 июля 2011 г. № 247 (далее – Инструкция) [14]. Согласно п. 9 Инструкции, обратиться с заявлением о выдаче специального разрешения вправе как наниматель, так и его представитель. Заявление подается в подразделение по гражданству и миграции главного управления внутренних дел Минского городского исполнительного комитета или в подразделение по гражданству и миграции управления внутренних дел областного исполнительного комитета (далее – подразделение по гражданству и миграции) по месту государственной регистрации нанимателя Республики Беларусь. До выдачи специального разрешения подразделение по гражданству и миграции обязано получить заключение комитета по труду, занятости и социальной защите областного, Минского городского исполнительных комитетов (далее – орган по труду, занятости и социальной защите) по месту государственной регистрации нанимателя о возможности осуществления иностранцем трудовой деятельности по трудовому договору в Республике Беларусь (п. 10 Инструкции). Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 29 июня 2011 г. № 866 [15] установление порядка выдачи указанных заключений возложено на Министерство труда и социальной защиты. Постановлением указанного министерства от 7 июля 2011 г. № 63 утверждена соответствующая Инструкция [16].

Согласование вопроса о выдаче специального разрешения с органом по труду, занятости и социальной защите служит реализации принципа защиты национального рынка труда. Наличие отрицательного заключения этого органа является одним из оснований для отказа в выдаче специального разрешения (абз. 7 ст. 30 Закона 2010 г.). Помимо указанного основания ст. 30 Закона 2010 г. устанавливает и другие основания для отказа в выдаче специального разрешения:

- представление документов и (или) сведений, не соответствующих требованиям законодательства Республики Беларусь, в том числе подложных, поддельных или недействительных документов;

- возбуждение производства по делу о банкротстве в отношении юридического лица или индивидуального предпринимателя, являющихся нанимателями Республики Беларусь, в соответствии с законодательством Республики Беларусь об экономической несостоятельности (банкротстве);

- осуждение трудящегося-иммигранта в Республике Беларусь за совершенное преступление с назначением наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, для занятия которой трудящемуся-иммигранту выдается специальное разрешение, если судимость не снята или не погашена;

- сокращение срока временного пребывания в Республике Беларусь трудящегося-иммигранта либо аннулирование выданного ему разрешения на временное проживание в Республике Беларусь;

- включение трудящегося-иммигранта в Список лиц, въезд которых в Республику Беларусь запрещен или нежелателен.

Помимо оснований для отказа в выдаче специального разрешения Закон 2010 г. устанавливает основания для его аннулирования (ст. 31). В их ряду:

- обнаружение несоответствия документов и (или) сведений, послуживших основанием для выдачи трудящемуся-иммигранту специального разрешения, требованиям законодательства Республики Беларусь;

- осуждение в Республике Беларусь трудящегося-иммигранта за совершенное преступление с назначением наказания в виде ареста, ограничения или лишения свободы либо лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, для занятия которой ему выдано специальное разрешение;

- сокращение срока временного пребывания в Республике Беларусь трудящегося-иммигранта либо аннулирование выданного ему разрешения на временное проживание в Республике Беларусь;

- ликвидация юридического лица, прекращение деятельности индивидуального предпринимателя либо смерть, объявление умершим, признание безвестно отсутствующим физического лица, прекращение деятельности на территории Республики Беларусь представительства иностранной организации, являющихся нанимателями Республики Беларусь;

- прекращение трудового договора с трудящимся-иммигрантом;
- аннулирование разрешения на привлечение иностранной рабочей силы.

С 1996 г. не требовалось получения специальных разрешений на осуществление трудовой деятельности в Республике Беларусь гражданами Российской Федерации в силу отмены ограничительных мер по защите

рынков труда и установления равенства в трудовых правах граждан Российской Федерации с белорусскими гражданами.

Соглашением 2010 г. прямо установлено, что трудящимся-мигрантам не требуется получения разрешений на осуществление трудовой деятельности на территориях государств Сторон (ст. 3).

Прибытие трудящегося-иммигранта в Республику Беларусь для занятия трудовой деятельностью или осуществление такой деятельности в Республике Беларусь являются основанием для выдачи иностранцу разрешения на временное проживание в Республике Беларусь. Срок разрешения на временное проживание определяется сроком пребывания, но не может превышать одного года (абз. 4 ч. 1 ст. 48 Закона № 105-З).

Как указывалось, для осуществления трудовой деятельности в Республике Беларусь, трудящийся-иммигрант обязан заключить трудовой договор с нанимателем Республики Беларусь. Нанимателями Республики Беларусь для целей правового регулирования внешней трудовой миграции считаются не только юридические или физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели, но и иностранные организации, осуществляющие деятельность на территории Республики Беларусь через представительство, открытое в соответствии с законодательством Республики Беларусь. Всем указанным субъектам белорусским законодательством или законодательством иностранного государства должно быть предоставлено право заключения и прекращения трудовых договоров с трудящимися-иммигрантами (абз. 7 ст. 1 Закона 2010 г.). В настоящее время «работодательская» правоспособность индивидуальных предпринимателей Республики Беларусь ограничена Указом Президента Республики Беларусь от 18 июня 2005 г. № 285 «О некоторых мерах по регулированию предпринимательской деятельности» (далее – Указ № 285) [17]. Согласно п. 2 Указа № 285 индивидуальные предприниматели вправе привлекать по трудовым договорам не более трех физических лиц, причем являющихся членами семьи или близкими родственниками (супруг (супруга), родители, дети, усыновители, усыновленные (удочеренные), родные братья и сестры, дед, бабка, внуки) индивидуального предпринимателя (п. 2). Это требование должно приниматься в расчет и при найме на работу трудящихся-иммигрантов.

Для использования труда трудящихся-иммигрантов в количестве, превышающем десять человек, наниматель Республики Беларусь обязан получить разрешение на привлечение иностранной рабочей силы (ч. 1 ст. 26 Закона 2010 г.). Порядок выдачи указанного разрешения урегулирован упоминавшейся Инструкцией. Разрешение выдается Департаментом по гражданству и миграции Министерства внутренних дел Республики Беларусь при наличии положительного заключения о возможности привлечения в Республику Беларусь иностранцев для осуществления трудовой деятельности на ее территории, выданного органом по труду, занятости и соци-

альной защите (п. 3 Инструкции). Порядок выдачи названных заключений определяется Министерством труда и социальной защиты Республики Беларусь [16]. Несмотря на то что Инструкция адресована всем нанимателям Республики Беларусь, очевидно, что для нанимателей, являющихся индивидуальными предпринимателями, в силу количественных ограничений на найм работников, установленных Указом № 285, она практического значения не имеет.

Законом 2010 г. установлены перечни оснований для отказа в выдаче разрешения на привлечение иностранной рабочей силы и для его аннулирования (ст. 27, 28).

Вопрос о необходимости для нанимателя Республики Беларусь получать разрешение на привлечение иностранной рабочей силы и в том случае, когда предполагается найм на работу трудящихся-иммигрантов из государств – членов Таможенного союза в количестве более десяти человек, является дискуссионным в юридической литературе. Высказано мнение о том, что получение такого разрешения необходимо, поскольку ограничения, направленные на защиту национального рынка труда, об отмене которых речь идет в Соглашении 2010 г., следует понимать узко – исключительно в смысле квот, которые могут быть установлены Правительством [18, с. 85–86]. Автор настоящей статьи придерживается противоположного мнения, поскольку соблюдением указанной разрешительной процедуры по сути дела может достигаться тот же самый эффект, что и квотированием (в выдаче разрешения на привлечение иностранной рабочей силы может быть отказано). Не только прямые, но и любые косвенные ограничения не согласуются с одной из основных целей формирования Единого экономического пространства, состоящей в эффективном функционировании общего (внутреннего) рынка товаров, услуг, капитала и труда [19, ст. 3]. Согласно ст. 6 Соглашения 2010 г., не должны рассматриваться в качестве дискриминационных только такие ограничения в отношении трудовой деятельности трудящихся-мигрантов, рода их занятий и территории пребывания, которые устанавливаются в целях обеспечения национальной безопасности, в том числе в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение, общественного порядка, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, а также меры, принимаемые государствами, в целях социальной защиты от безработицы, финансируемые из государственных бюджетов сторон.

Срок трудового договора с трудящимся-иммигрантом не должен превышать срока действия специального разрешения (ч. 4 ст. 32 Закона 2010 г.). Поскольку Соглашением 2010 г. отменены разрешения для трудящихся-мигрантов, являющихся гражданами государств – членов Таможенного союза, обычно необходимые в соответствии с национальными законодательствами государств – членов при приеме на работу трудящихся-мигран-

тов из других государств, в нем устанавливается, что срок временного пребывания трудящегося-мигранта и членов его семьи определяется сроком действия трудового договора (ч. 2 ст. 5). Представляется, что максимально допустимые по белорусскому законодательству сроки временного пребывания иностранцев в этом случае могут превышаться, поскольку изменение этих сроков международными договорами Республики Беларусь возможно (ч. 1, 2 ст. 39 Закона № 105-З).

Заключение с трудящимися-иммигрантами трудового договора, ограниченного определенными временными рамками, закономерно предопределяет другой вопрос: о возможности заключения с ними контракта. Согласно Закону 1998 г. с трудящимися-мигрантами подлежал заключению трудовой договор (контракт) (абз. 1 ст. 2). Закон 2010 г. упоминания о контракте не содержит, однако на основании этого вопрос о возможности или невозможности его заключения не может быть решен определенно. Согласно ч. 2 ст. 17 ТК контракт является разновидностью срочного трудового договора и заключается в порядке и на условиях, предусмотренных законодательством о труде. Коль скоро с трудящимися-иммигрантами подлежит заключению срочный трудовой договор, то это не исключает применения и его разновидности с учетом требования ТК о соблюдении в данном случае порядка и условий заключения контракта, установленных трудовым законодательством, в частности Декретом Президента Республики Беларусь от 26 июля 1999 г. № 29 «О дополнительных мерах по совершенствованию трудовых отношений, укреплению трудовой и исполнительской дисциплины» (далее – Декрет) [20]. Этим Декретом устанавливается минимальный срок действия контракта в один год (ч. 1 п. 1), предписывается его заключение в обязательном порядке в случаях, предусмотренных законодательством (ч. 2 п. 1), определяются условия, подлежащие отражению в содержании (п. 2). С учетом этого представляется, что контрактная форма найма на работу может быть не только теоретически возможной, но и практически осуществимой при заключении трудовых договоров прежде всего с трудящимися-иммигрантами из государств – членов Таможенного союза, поскольку, как указывалось, срок их временного пребывания в Республике Беларусь определяется сроком действия трудового договора.

Трудовой договор между трудящимся-иммигрантом и нанимателем Республики Беларусь заключается в письменной форме на русском и (или) белорусском языках, а также на родном или ином понятном для трудящегося-иммигранта языке (ч. 2 ст. 32 Закона 2010 г.).

Закон 2010 г. не предусматривает каких-либо особенностей для перечня документов, предоставляемых трудящимся-иммигрантом при поступлении на работу. Вместе с тем, например, в Соглашении 2010 г. установлено, что при заключении трудового договора трудящийся-мигрант обязан пре-

доставить работодателю наряду с документами, предусмотренными трудовым законодательством государства трудоустройства, *документ(ы), подтверждающий(е) законность его нахождения* на территории этого государства (ч. 2 ст. 4). Такими документами могут быть разрешение на временное проживание, регистрация по месту пребывания и др. По нашему мнению, данное требование не должно распространяться на граждан Российской Федерации при их трудоустройстве в Республике Беларусь, поскольку оно противоречит Договору о равных правах граждан, заключенному между государствами 25 декабря 1998 г. Тем более, что Соглашение 2010 г., как установлено в нем, применяется без ущерба для прав и свобод граждан государств Сторон, вытекающих из других международных договоров, заключенных государствами Сторон (ст. 19). Вместе с тем в литературе высказывается и противоположная точка зрения [21, с. 53]. Разность в подходах к пониманию вопроса свидетельствует об отсутствии правовой определенности, что может отрицательно оказаться на правоприменении.

Важное практическое значение для трудоустройства трудящихся-иммигрантов в Республике Беларусь имеют положения международных договоров, в которых содержатся взаимные обязательства государств-участников договора о признании (без легализации) дипломов, свидетельств об образовании, соответствующих документов о присвоении звания, разряда, квалификации и других необходимых для осуществления трудовой деятельности документов, а также заверенных в установленном на территории государства выезде порядке их переводов на государственный язык государства трудоустройства или русский язык. В частности, такая норма содержится в Соглашении о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов от 15 апреля 1994 г. (вступило в силу для Республики Беларусь 20 ноября 1997 г.) (далее – Соглашение 1994 г.) (ч. 1 ст. 4) [22].

В трудовом договоре, заключаемом на территории Республики Беларусь между трудящимся-иммигрантом и нанимателем Республики Беларусь, должны быть указаны сведения и условия, предусмотренные ч. 2 ст. 19 ТК (ч. 1 ст. 32 Закона 2010 г.). Одним из таких условий является соглашение нанимателя и трудящегося-иммигранта о трудовой функции (работе по одной или нескольким профессиям, специальностям, должностям с указанием квалификации в соответствии со штатным расписанием нанимателя, функциональными обязанностями, должностной инструкцией). Возможность занятия определенных должностей в соответствии с законодательством Республики Беларусь связана с принадлежностью к гражданству Республики Беларусь. Эти должности трудящиеся-иммигранты занимать не вправе (ст. 25 Закона 2010 г.).

Помимо сведений и условий, предусмотренных ч. 2 ст. 19 ТК, в трудовом договоре, заключаемом на территории Республики Беларусь между

трудящимся-иммигрантом и нанимателем Республики Беларусь, также должны быть указаны:

- порядок, условия прекращения, изменения и продления трудового договора;
- условия переезда в Республику Беларусь, питания, проживания, медицинского обслуживания трудящегося-иммигранта (ч. 1 ст. 32 Закона 2010 г.).

Если трудовой договор между трудящимся-иммигрантом и нанимателем Республики Беларусь, являющимся иностранной организацией, осуществляющей деятельность на территории Республики Беларусь через представительство, открытое в соответствии с законодательством Республики Беларусь, заключается на территории иностранного государства, то его содержание определяется в соответствии с законодательством этого государства (ч. 3 ст. 32 Закона 2010 г.).

Поскольку трудовой договор с трудящимся-иммигрантом может быть заключен на территории иностранного государства и другими нанимателями Республики Беларусь, то возникает вопрос о применимом к содержанию таких трудовых договоров праве. Его решение будет зависеть от того, какой коллизионный принцип закреплен в законе иностранного государства или международном соглашении, в котором участвуют как государство трудоустройства, так и государство выезда, а также от характера коллизионных норм государства, на территории которого решается данный вопрос, к примеру при разрешении трудового спора. Ввиду того что работа осуществляется на территории Республики Беларусь, по нашему мнению, велика вероятность применения в данном случае белорусского права на основании принципа наиболее тесной связи (право, свойственное договору, или proper law of the contract). Сама по себе постановка вопроса о применимом праве свидетельствует о том, что назрела необходимость более активного введения коллизионных норм в отечественное трудовое право. Например, Соглашение 2010 г. исходит из коллизионной привязки *lex loci laboris*, подчиняя трудовые отношения трудящегося-мигранта с работодателем законодательству государства трудоустройства (ч. 1 ст. 4). Эта же формула прикрепления используется в Соглашении 1994 г. (ч. 1 ст. 3) и в Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств – участников Содружества Независимых Государств от 14 ноября 2008 г. (вступила в силу для Республики Беларусь 21 февраля 2010 г.) (далее – Конвенция) (п. 2 ст. 6) [23]. При этом следует отметить, что привязка *lex loci laboris* отражает презумпцию тесной связи трудового договора с правом государства, на территории которого выполняется работа. Коллизионный принцип *lex loci laboris* был закреплен и в рекомендательном законодательном акте «Миграция трудовых ресурсов в странах СНГ» от 13 мая 1995 г. (далее – Рекомендательный акт СНГ) [24], содержащем и другие базовые

положения для согласования подходов государств – членов Содружества в области трудовой миграции.

Если содержание трудового договора между нанимателем Республики Беларусь и трудящимся-иммигрантом будет определено по иностранному праву, то при рассмотрении трудового спора в суде Республики Беларусь, суд будет обязан применить императивные нормы права Республики Беларусь, регулирующие соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права в силу п. 1 ст. 1100 Гражданского кодекса Республики Беларусь [25]. Предписания ч. 2 ст. 19 ТК и ч. 1 ст. 32 Закона 2010 г., закрепляющие перечень обязательных условий трудового договора при его заключении с трудящимся-иммигрантом, представляют собой сверхимперативные нормы. Сверхимперативный характер носят и нормы многосторонних международных договоров, заключенных с участием Республики Беларусь, устанавливающие исчерпывающий перечень условий трудового договора с трудящимся-мигрантом. В частности, в соответствии с ч. 2 ст. 6 Соглашения 1994 г. в трудовом договоре (контракте) должны содержаться основные реквизиты работодателя и работника, профессиональные требования к работнику, сведения о характере работы, условиях труда и его оплаты, продолжительности рабочего дня и отдыха, условиях проживания, а также сроке действия трудового договора, условиях его расторжения, порядке покрытия транспортных расходов. Идентичные по характеру нормы содержатся и в ряде двусторонних международных договоров, заключенных Республикой Беларусь (например, с Сербией, Украиной, Казахстаном). Данные нормы выступают одним из средств ограничения применения иностранного права и относятся к числу тех материальных предписаний, действие которых не может быть устранено привязкой отношения к зарубежному закону [26, с. 329].

Трудовые договоры с трудящимися-иммигрантами, заключенные на территории Республики Беларусь, подлежат регистрации нанимателями Республики Беларусь в подразделении по гражданству и миграции в месячный срок со дня их заключения (абз. 4 ч. 2 ст. 36 Закона 2010 г.). Полагаем, что регистрации подлежат и трудовые договоры, подпадающие под действие Соглашения 2010 г., поскольку двусторонними соглашениями, заключенными Республикой Беларусь с Российской Федерацией и Республикой Казахстан, их регистрация предусмотрена, а Соглашением 2010 г. этот вопрос не урегулирован. Регистрация трудовых договоров, заключенных с работниками из указанных государств, не ущемляет трудовых прав работников. В большей степени она носит учетный характер.

Закон 2010 г. закрепил основные гарантии для трудящихся-иммигрантов при осуществлении ими трудовой деятельности в Республике Беларусь (ст. 33). В частности, трудящимся-иммигрантам гарантируются:

- равное с гражданами и иностранцами, постоянно проживающими в Республике Беларусь, вознаграждение за труд равной ценности;

- выплаты, предусмотренные законодательными актами Республики Беларусь для граждан и иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, в связи с утратой ими здоровья, профессиональной трудоспособности или их смертью вследствие несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

Эти гарантии являются проявлением запрета на дискриминацию в трудовых отношениях применительно к конкретным институтам трудового права. Причем вторая из них существенно повышает защищенность трудающихся-мигрантов, поскольку Законом 1998 г. предусматривалось, что возмещение вреда, причиненного здоровью работника вследствие увечья либо иного повреждения здоровья, связанного с исполнением трудовых обязанностей за границей, а также вследствие наступления смерти потерпевшего, производится не в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь, а в соответствии с трудовым договором (ч. 1 ст. 16). Такое регулирование не было согласовано с нормой, закрепленной в Соглашении о взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, заключенном на межправительственном уровне в рамках Содружества Независимых Государств 9 сентября 1994 г., которая устанавливала, что работодатель, ответственный за причинение вреда, производит его возмещение в соответствии со своим национальным законодательством (ч. 2 ст. 2) [27].

Кроме того, трудающимся-иммигрантам гарантируются:

- информирование подразделениями по гражданству и миграции о правовом положении иностранцев в Республике Беларусь;
- получение в государственных органах (организациях) Республики Беларусь информации о белорусском законодательстве.

Закон 2010 г. закрепляет права трудающихся-иммигрантов:

- на доступное медицинское обслуживание за счет собственных средств, средств нанимателей Республики Беларусь и иных не запрещенных источников;
- пенсионное обеспечение в соответствии с международными договорами Республики Беларусь;
- беспрепятственный перевод за пределы Республики Беларусь заруботанных денежных средств в порядке, определенном законодательством, в том числе международными договорами Республики Беларусь;
- ввоз в Республику Беларусь с соблюдением белорусского законодательства инструментов и оборудования, необходимых для исполнения трудовых обязанностей, на срок действия трудового договора;
- осуществление иных прав в соответствии с законодательством Республики Беларусь (ч. 1 ст. 35).

Поскольку с трудящимся-иммигрантом заключается исключительно срочный трудовой договор, обусловленный временным пребыванием иностранца в государстве, постольку после его прекращения такой работник обязан за свой счет выехать из Республики Беларусь, а наниматель обязан содействовать ему в этом (абз. 4 ч. 2 ст. 35, абз. 7, ч. 2 ст. 36). Эта обязанность не возлагается на трудящегося-иммигранта, если имеются иные основания для его пребывания в Республике Беларусь. В случае досрочного расторжения трудового договора по требованию трудящегося-иммигранта в связи с нарушением нанимателем Республики Беларусь законодательства о труде, коллективного договора или трудового договора, равно как и в случае аннулирования специального разрешения по вине нанимателя Республики Беларусь, выезд работника осуществляется за счет нанимателя (абз. 4 ч. 2 ст. 35). Наниматель Республики Беларусь обязан обеспечить за свой счет выезд работника-иммигранта и в случае аннулирования разрешения на привлечение иностранной рабочей силы по вине нанимателя Республики Беларусь (абз. 5 ч. 2 ст. 36).

В Республике Беларусь, как и в большинстве государств, положение трудящихся-иммигрантов в сфере труда находится под сильным воздействием международных норм. Международные договоры Республики Беларусь относятся к актам отечественного законодательства, причем имеют приоритет перед другими нормативными правовыми актами Республики Беларусь. Это положение прямо закреплено в ст. 3 Закона 2010 г. Регулирующее воздействие международных норм, как правило, состоит в том, что они улучшают статус лиц, попадающих в сферу их действия, по сравнению с закреплением статуса этих лиц в национальном законодательстве.

Помимо участия в Соглашении о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей, заключенном в рамках Таможенного союза 19 ноября 2010 г., Республика Беларусь является одной из сторон двухсторонних договоров, заключенных в рамках Содружества Независимых Государств: упоминавшихся Соглашения о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов от 15 апреля 1994 г. (далее – Соглашение 1994 г.) и Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств – участников Содружества Независимых Государств от 14 ноября 2008 г. (далее – Конвенция). Важность этих документов обусловлена тем, что поток трудящихся-мигрантов из стран Содружества Независимых Государств наиболее значителен.

Соглашение 1994 г. и Конвенция содержат отличающиеся перечни лиц, на которых их действие не распространяется.

В Соглашении 1994 г. в такой перечень включены:

- беженцы и вынужденные переселенцы;
- въехавшие на короткий срок лица свободных профессий и артисты;
- лица, приезжающие специально с целью получения образования (ч. 2 ст. 1).

Согласно ст. 3 Конвенции ее действие не распространяется:

• на лиц, направленных Сторонами в международные организации или нанятых международными организациями, учреждениями или какой-либо из Сторон для выполнения вне ее территории официальных функций, статус которых регулируется нормами международного права или соответствующими международными договорами, участницами которых являются Стороны;

• лиц, направленных или нанятых одной из Сторон для участия вне ее территории в осуществлении программ развития либо сотрудничества, допуск и статус которых регулируется соответствующими международными договорами с принимающей Стороной и которые в соответствии с этими международными договорами не считаются трудящимися-мигрантами;

• лиц, которые, будучи гражданами одной Стороны, выполняют работу на территории другой Стороны от имени и в интересах организации, имеющей филиалы (представительства) на территории этой другой Стороны;

• лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, если иное не предусмотрено законодательством принимающей Стороны и международными договорами, участницей которых она является;

• лиц, ходатайствующих о предоставлении им статуса беженца или убежища на территории принимающей Стороны;

• лиц, получивших статус беженца или убежище на территории принимающей Стороны;

• священнослужителей, занимающихся религиозной деятельностью в официально зарегистрированных религиозных организациях принимающей Стороны;

• моряков;

• лиц, приезжающих в целях обучения;

• лиц, аккредитованных на территории принимающей Стороны в качестве сотрудников представительств иностранных фирм или средств массовой информации.

Во втором из приведенных перечней обращает на себя внимание последняя позиция, обозначающая в качестве лиц, выведенных из-под действия Конвенции сотрудников представительств иностранных фирм, аккредитованных на территории принимающей Стороны. Как указывалось выше, в соответствии с Законом 2010 г. эта категория работников подпадает под действие отечественного законодательства о внешней трудовой миграции. Представляется, что указанная несогласованность международно-правовой нормы и нормы Закона 2010 г. может создавать определенные трудности на практике при решении вопроса о необходимости получения специального разрешения, регистрации трудового договора и т. д.

Особенностью обоих указанных международных договоров является регулирование в них вопросов *приграничной миграции*. Конвенция, помимо

этого, регулирует также *сезонную миграцию*. В соответствии с Соглашением 1994 г. (абз. 5 ст. 2) и Конвенцией (абз. 3 ст. 1) приграничный труда-щийся – трудящийся-мигрант, который работает на приграничной террито-рии одной Стороны и сохраняет свое постоянное местожительство на приграничной территории другой Стороны, куда он возвращается каждый день или, по крайней мере, не реже одного раза в неделю. Сезонный труда-щийся – трудящийся-мигрант, работа которого по своему характеру свя-зана с сезонными условиями и выполняется в течение определенного пе-риода года (абз. 4 ст. 1 Конвенции). В отношении этих категорий работников Соглашение 1994 г. и Конвенция используют идентичное регу-лирование: их трудоустройство осуществляется в упрощенном порядке на основе международных договоров (ст. 3-1 Соглашения 1994 г., ст. 14 Кон-венции).

Аналогично указанному осуществлялось регулирование маятниковой (приграничной) миграции в Законе 1998 г. Закон 2010 г. не содержит пра-вового регулирования по вопросам приграничной миграции.

Оба договора имеют ту отличительную черту, что распространяют нормы защиты, ими предусмотренные, не только на самих трудящихся-ми-грантов, но и на членов их семей, находящихся на территории принимаю-щей Стороны на законных основаниях. Под членами семьи понимаются лицо, состоящее в браке с трудящимся-мигрантом, а также находящиеся на иждивении дети и другие лица, которые признаются членами семьи в соответствии с законодательством Стороны трудоустройства (абз. 3 ст. 2 Соглашения 1994 г., абз. 6 ст. 1 Конвенции). В сферу действия Закона 1998 г. также входили члены семьи трудящегося-мигранта (ч. 1 ст. 1, абз. 7 ст. 2). Действующее же законодательство Республики Беларусь на членов семьи трудящегося-иммигранта не распространяется, поэтому значение «конвен-ционной» защиты возрастает. В частности, Соглашение 1994 г. закрепляет право работников и членов их семей на ввоз и на вывоз личного имущества в соответствии с законодательством Сторон или двусторонними соглаше-ниями (ст. 8). По вопросам пенсионного обеспечения работников и членов их семей указанный договор отсылает к Соглашению о гарантиях прав граждан государств – участников Содружества Независимых Государств в области пенсионного обеспечения от 13 марта 1992 г. или (и) двусторонним соглашениям (ст. 9).

Конвенция, учитывая то, что трудящийся-мигрант и, как правило, чле-ны его семьи являются иностранцами, детализирует их права в рамках общего закрепления правового положения иностранцев в национальных конституциях и специальном законодательстве об их правовом положении. Согласно ст. 11 Конституции Республики Беларусь, иностранцы на терри-тории Беларуси пользуются правами и свободами и исполняют обязанности наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Кон-

ституцией, законами и международными договорами. В соответствии с п. 1 ст. 7 Конвенции трудящиеся-мигранты и члены их семей в соответствии с международными договорами и законодательством принимающей Стороны пользуются правами:

- на жизнь, свободу и личную неприкосновенность;
- вступление в брак;
- равенство с гражданами принимающей Стороны перед законом и судом;
- защиту от незаконного вмешательства в личную или семейную жизнь;
- защиту от незаконного посягательства на неприкосновенность жилища;
- защиту тайны личной переписки или других форм связи;
- защиту чести, достоинства и деловой репутации;
- защиту принадлежащей на законных основаниях частной собственности;
- получение образования;
- доступ к культурной жизни и участие в ней;
- социальное обеспечение (социальное страхование), кроме пенсионного;
- получение безвозмездной скорой (неотложной) медицинской помощи и иной медицинской помощи на возмездной основе;
- регистрацию рождения ребенка в принимающей Стороне.

Трудящимся-мигрантам и членам их семей гарантируется реализация права на свободу слова, вероисповедания, выражение своего мнения, создание ассоциаций, общественных организаций и вступление в профессиональные союзы в соответствии с законодательством принимающей Стороны (п. 2 ст. 7 Конвенции). Каждый трудящийся-мигрант и член его семьи имеет право на признание его правосубъектности на территории любой из Сторон в соответствии с законодательством и международными договорами этой Стороны (п. 3 ст. 7 Конвенции). Члены семей трудящихся-мигрантов (за исключением приграничных и сезонных трудящихся) пользуются в принимающей Стороне такими же правами, как и ее граждане, на общее образование и дополнительное профессиональное образование (п. 1 ст. 13 Конвенции).

Трудящиеся-мигранты и члены их семей имеют право въезда на территорию принимающей Стороны, пребывания, перемещения и выезда в порядке, установленном ее законодательством и (или) международными договорами (ст. 5 Конвенции). Эти лица могут быть выдворены, подвергнуты депортации или реадмиссии только на законном основании (п. 1 ст. 12 Конвенции). Документы, удостоверяющие личность, и документы, дающие право на въезд, пребывание и (или) осуществление оплачиваемой трудовой деятельности трудящимся-мигрантом и членами его семьи, могут быть изъяты у них только компетентным органом, действующим при этом

в установленном законодательством принимающей Стороны порядке (ч. 1 п. 2 ст. 12 Конвенции). Уничтожение этих документов запрещается. Факт их изъятия должен быть подтвержден выдачей официального документа (ч. 2 п. 2 ст. 12 Конвенции).

Основной акцент в упомянутых международных договорах делается на правах собственно трудящихся-мигрантов. В ч. 4 ст. 6 Соглашения 1994 г. специально оговаривается распространение на трудящегося-мигранта льгот и компенсаций согласно законодательству Стороны трудоустройства, если трудовой договор (контракт) с ним расторгнут в связи с ликвидацией или реорганизацией предприятия (учреждения, организаций), сокращением численности или штата работников. В этом случае трудящийся-мигрант подлежит возвращению в Сторону выезда за счет средств работодателя (нанимателя). Содержится также норма о взаимном признании Сторонами трудового стажа, включая стаж на льготных основаниях и по специальности. При окончательном выезде трудящегося-мигранта из Стороны трудоустройства работодателем (нанимателем) ему выдается справка или иной документ, содержащий сведения о продолжительности работы и заработной плате помесячно (ч. ч. 2, 3 ст. 4 Соглашения 1994 г.).

В соответствии с п. 1 ст. 6 Конвенции трудящиеся-мигранты пользуются на территории принимающей Стороны правами, которые в соответствии с законодательством предоставляются гражданам этой Стороны:

- на безопасные условия труда;
- равное вознаграждение за равнозначную работу, включая получение доплат и компенсации для лиц, имеющих на них право;
- пользование жильем на возмездной основе;
- социальное обеспечение (социальное страхование), кроме пенсионного, в соответствии с законодательством принимающей Стороны;
- обязательное социальное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний в соответствии с законодательством принимающей Стороны;
- возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью в результате несчастного случая на производстве или профессионального заболевания;
- доступ к другой оплачиваемой трудовой деятельности в случае ее потери по не зависящим от трудящегося-мигранта обстоятельствам, с учетом ограничений, предусмотренных Конвенцией.

Вопросы пенсионного обеспечения трудящихся-мигрантов и членов их семей регулируются законодательством Стороны постоянного проживания и международными договорами Сторон (ст. 20 Конвенции).

В соответствии со ст. 10 Конвенции трудящиеся-мигранты имеют право переводить и перевозить из принимающей Стороны денежные средства, полученные в качестве оплаты трудовой деятельности, в валюте принимающей Стороны и в иностранной валюте в соответствии с международными договорами и ее законодательством.

Вместе с тем соглашения содержат определенные важные частные моменты, касающиеся осуществления трудовой деятельности и социальных гарантий для трудящихся-иммигрантов. В соответствии с Соглашением 1994 г. трудовой договор (контракт) вручается работнику до его выезда на работу (ч. 1 ст. 6). Медицинское обслуживание трудящихся-мигрантов осуществляется за счет работодателя (нанимателя) Стороны трудоустройства на одинаковом уровне с ее гражданами (ст. 10 Соглашения 1994 г.). В случае смерти работника работодатель (наниматель) организует перевозку тела и личного имущества умершего на территорию Стороны выезда, несет все связанные с этим затраты, информирует дипломатическое или консульское представительство этой Стороны с представлением материалов по факту смерти (ст. 12 Соглашения 1994 г.).

В соответствии с ч. 1 ст. 8 Соглашения 2010 г. в случае досрочного расторжения трудового договора после истечения 90 суток с даты выезда на территорию государства трудоустройства трудящийся-мигрант имеет право в течение 15 дней заключить новый трудовой договор, в том числе с другим работодателем. Эта норма Соглашения является гарантией трудовых прав для трудящихся-мигрантов, срок временного пребывания которых в государстве трудоустройства истек.

Важным этапом в международном сотрудничестве в сфере внешней трудовой миграции является закрепление за трудящимися-мигрантами в ст. 15 Соглашения 2010 г. права наравне с гражданами государства трудоустройства вступать в профессиональные союзы. И Соглашение 1994 г., и Конвенция отсылают по этому вопросу к законодательству принимающей Стороны. Закон № 105 (ч. 1 ст. 9) и Закон Республики Беларусь от 22 апреля 1992 г. «О профессиональных союзах» (ч. 2 ст. 2) [28] допускают вступление иностранцев в профсоюзы при условии, что это предусмотрено уставом организации. Представляется, что законодатель чрезмерно ограничил это право иностранцев. Оно должно закрепляться как безоговорочное, поскольку предопределяется их правом заниматься трудовой деятельностью в Республике Беларусь (ст. 11 Закона № 105). Вместе с тем наравне с отечественными гражданами этим правом пользуются постоянно проживающие в Республике Беларусь граждане Российской Федерации, Республики Казахстан и Киргизской Республики в силу ст. 4 Договора о правовом статусе граждан одного государства, постоянно проживающих на территории другого государства, заключенного 29 марта 1996 г. (вступил в силу для Республики Беларусь 3 июля 2007 г.) [29]. Договором о равных правах граждан 1998 г. граждане Российской Федерации уравнены в правах с гражданами Республики Беларусь независимо от режима их пребывания в Республике Беларусь. Таким образом, Соглашение 2010 г. значительно повышает статус в Республике Беларусь трудящихся-мигрантов из Республики Казахстан как участницы Соглашения 2010 г. Обеспечение возмож-

ности принадлежать к профессиональным союзам и пользоваться преимуществами, предоставляемыми коллективным договором, на равных условиях с собственными гражданами является одним из обязательств, возлагаемых на государства-члены Конвенцией МОТ № 97 о работниках-мигрантах (пересмотренной в 1949 г.) [30, ст. 6]. Республика Беларусь участницей этой Конвенции не является. Рекомендательный акт СНГ вместе с тем включает в себя норму (ст. 15), аналогичную содержащейся в Конвенции МОТ № 97.

Значительную роль в регулировании внешней трудовой миграции играют двусторонние договоры. По сфере своего действия они разнятся между собой. Двусторонние соглашения, заключенные на межправительственном уровне Республикой Беларусь с Российской Федерацией (ст. 1) [31], Республикой Казахстан (ч. 1 ст. 1, абз. 2 ст. 1-1) [32], Республикой Молдова (ст. 1) [33] распространяют предусмотренные ими гарантии на граждан государства выезда, *на постоянно проживающих в государстве лиц*, а также на членов их семей. Некоторые соглашения касаются только граждан договаривающихся государств и постоянно проживающих в государстве лиц (ст. 1 Соглашения с Украиной, ст. 1 Соглашения с Арменией) [34, 35], некоторые – включают в сферу своего действия только граждан Сторон и членов их семей (ст. 1 Соглашения с Сербией, ч. 1 ст. 1 Соглашения с Вьетнамом) [36, 37]. В отдельных соглашениях речь идет только о гражданах государств-сторон, занимающихся временной трудовой деятельностью в другом государстве (например, с Азербайджаном, Литвой, Польшей) [12, 38, 39].

Особенностью Соглашений, заключенных с Азербайджанской Республикой (ст. 3) и Республикой Казахстан (ч. 2 ст. 1), является закрепление в них перечней лиц, на которых действие Соглашений не распространяется. По Соглашению с Азербайджаном этот перечень аналогичен перечню, содержащемуся в Конвенции, с учетом его дополнения лицами, находящимися в командировке сроком не более трех месяцев. Согласно Соглашению с Казахстаном, оно не распространяется на беженцев, лиц, специально приезжающих с целью получения образования, лиц свободных профессий, выезжающих на короткий срок (ч. 2 ст. 1).

Соглашением, заключенным Республикой Беларусь с Республикой Армения, трудящиеся-мигранты разделены на две группы: работников, т. е. лиц, работающих у нанимателей по трудовым договорам (контрактам), и трудящихся целевого найма, т. е. лиц, осуществляющих трудовую деятельность в рамках контрактов, заключенных между субъектами хозяйствования обоих государств (ст. 1). Первым разрешение на трудовую деятельность выдается на срок до одного года (ч. 1 ст. 5), вторым – на период действия контракта между субъектами хозяйствования, но не более чем на 2 года (ч. 1 ст. 7). Согласно ч. 2 ст. 7 этого же Соглашения разрешение на трудовую деятельность трудящимся целевого найма выдается, как правило, в це-

лях реализации договоров, которые предусматривают выполнение работ, требующих высокой профессиональной квалификации. По сути аналогичные положения содержатся и в Соглашениях с Литвой (ст. 1, 7), Польшей (п. 3 ст. 2, п. 1 ст. 3, ч. 1 п. 1 ст. 5). Соглашением с Украиной предусматриваются одинаковые максимальные сроки действия разрешений на трудоустройство как для трудящихся-мигрантов, работающих на основании трудовых договоров, так и для тех, кто осуществляет трудовую деятельность на основании договора, заключаемого между субъектами хозяйственной деятельности обоих государств, – один год (ч. 1 ст. 7, п. 2 ст. 3). В Соглашении с Польшей устанавливается, что в области трудовых отношений на контрактных работников распространяется законодательство того государства, которое их направило (ст. 10). В соответствии с ч. 1 ст. 8 Соглашения с Азербайджанской Республикой трудовая деятельность трудящихся-мигрантов может осуществляться на основании трудового или гражданско-правового договора, заключенного с работодателем.

Все соглашения, заключенные Республикой Беларусь в сфере внешней трудовой миграции, предусматривают необходимость получения трудящимися-мигрантами разрешения на занятие трудовой деятельностью. Вместе с тем Соглашением с Украиной предусматривается, что такого разрешения не требуется для руководителей организаций, собственниками имущества которых являются: для Республики Беларусь – Республика Беларусь, административно-территориальные единицы; для Украины – Украина, Кабинет Министров Украины, центральные органы исполнительной власти (ч. 2 п. 1 ст. 3).

Особенностью соглашений, заключенных с Украиной (ст. 5), Казахстаном (ст. 4), Российской Федерацией (ч. 1 ст. 10), Молдовой (ст. 10) являются обязательства сторон по признанию (без легализации) дипломов, свидетельств об образовании, документов о присвоении звания, ученой степени, разряда, квалификации и других необходимых для осуществления трудовой деятельности документов и заверенного в установленном на территории Государства выезда порядке их перевода на государственный язык Государства трудоустройства или русский язык.

В большинстве соглашений указываются условия, подлежащие включению в трудовой договор, причем, как правило, приводится неполный их перечень с отсылкой в неурегулированной части к законодательству государства трудоустройства (ч. 2 ст. 12 Соглашения с Вьетнамом, ч. 2 ст. 12 Соглашения с Сербией). Отдельные соглашения содержат исчерпывающий перечень условий трудового договора (ч. 3 ст. 7 Соглашения с Украиной, ч. 3 ст. 6 Соглашения с Казахстаном). Все соглашения делают акцент на том, что оплата труда трудящегося-мигранта не может быть ниже оплаты труда гражданина Стороны трудоустройства за выполнение аналогичной работы (ч. 3 ст. 12 Соглашения с Вьетнамом, ч. 3 ст. 12 Соглашения с

Сербией, п. 4 ст. 6 Соглашения с Литвой, ч. 5 ст. 6 Соглашения с Арменией и др.).

Как правило, в соответствии с двусторонними соглашениями трудовой договор должен быть заключен непосредственно между работником и нанимателем в письменной форме (ч. 1 п. 2 ст. 6, ч. 1 ст. 12 Соглашения с Вьетнамом, ч. 1 ст. 12 Соглашения с Сербией, ч. 2 ст. 6 Соглашения с Арменией). Один экземпляр трудового договора, изложенный на государственном языке государства гражданства или на другом понятном работнику языке, подлежит вручению ему до его выезда к месту работы (ч. 2 п. 2 ст. 6 Соглашения с Литвой, ч. 4 ст. 12 Соглашения с Сербией, ч. 3 ст. 6 Соглашения с Арменией, ч. 2 ст. 7 Соглашения с Украиной). В Соглашении с Казахстаном, напротив, предусматривается, что трудовой договор должен быть заключен на государственном языке государства трудоустройства или (и) русском языке (ч. 2 ст. 6).

Нормами двусторонних соглашений работникам запрещается выполнять другую работу за вознаграждение, кроме той, на которую выдано разрешение, а также менять работодателя под угрозой аннулирования разрешения (п. 2 ст. 5 Соглашения с Литвой, ст. 13 Соглашения с Сербией, ч. 3 ст. 5 Соглашения с Арменией, п. 3 ст. 3 Соглашения с Украиной). Однако Соглашением с Азербайджанской Республикой предусмотрено, что в случае досрочного расторжения по инициативе работодателя трудового или гражданско-правового договора с трудящимся-мигрантом по основаниям, предусмотренным законодательством Стороны трудоустройства, трудящийся-мигрант имеет право в течение одного месяца заключить новый договор с другим работодателем на оставшийся срок действия разрешения на работу (ч. 2 ст. 15). Буквальное толкование ст. 15 Соглашения с Азербайджанской Республикой приводит к выводу, что последняя норма применяется только в том случае, если работник увольняется работодателем по таким основаниям, для которых законодательством государства-трудоустройства и трудовым договором предусмотрены компенсации для высвобождаемых работников.

Соглашения возлагают на работодателя в случае смерти работника обязанности по перевозке тела умершего к месту его постоянного проживания, несения связанных с этим расходов, а также расходов по перевозке личных вещей (п. 1 ст. 13 Соглашения с Литвой, ч. 1 ст. 13 Соглашения с Арменией, ст. 13 Соглашения с Украиной, ст. 13 Соглашения с Казахстаном, ст. 8 Соглашения с Польшей). В некоторых соглашениях эта обязанность возлагается на работодателя только в случае необеспечения им безопасных условий труда и (или) иных нарушений национального законодательства Стороны трудоустройства, повлекших смерть трудящегося-мигранта (ч. 2 ст. 10 Соглашения с Вьетнамом). В других же случаях работодатель должен незамедлительно проинформировать о смерти дипломатическое предста-

вительство или консульское учреждение Стороны выезда и предоставить ему все предусмотренные национальным законодательством Стороны трудоустройства документы, относящиеся к этому факту (ч. 1 ст. 10 Соглашения с Вьетнамом).

В Соглашении, заключенном с Литовской Республикой, содержится ряд норм, касающихся регламентации права работников и контрактных работников на ввоз и вывоз личного имущества и необходимых для профессиональной деятельности переносных рабочих инструментов и оборудования. В частности, устанавливается, что указанные действия осуществляются беспошлино. По окончании работ по трудовому договору (контракту) или контракту между субъектами хозяйствования обоих государств эти инструменты и оборудование подлежат обязательному возвращению на территорию государства, из которого они были вывезены, в противном случае они подлежат таможенному налогообложению в соответствии с законодательством государства ввоза (ст. 12).

По-разному в соглашениях решаются вопросы о возможности въезда на территорию государства-трудоустройства членов семьи трудящегося-мигранта, дополнительных документах, необходимых для въезда и некоторые другие. В соответствии с ч. 2 ст. 6 Соглашения с Вьетнамом члены семей трудящихся-мигрантов имеют право на въезд и пребывание на территории Стороны трудоустройства на срок действия разрешений на пребывание и работу трудящегося-мигранта в порядке, предусмотренном национальным законодательством Стороны трудоустройства. Подобные нормы содержатся в большинстве соглашений. Однако, например, согласно ч. 3 ст. 4 Соглашения с Арменией, члены семьи работника могут въехать на территорию государства трудоустройства, если это предусмотрено условиями заключенного с нанимателем трудового договора. В соответствии с этим же соглашением въезд работников и членов их семей, а также трудящихся целевого найма в государство трудоустройства допускается только при наличии медицинской справки, соответствующей требованиям компетентного органа этого государства (ч. 2 ст. 4). Медицинская справка, оформленная в установленном порядке, необходима и для въезда работников-мигрантов и членов их семей из Украины, Казахстана (ч. 2 п. 1 ст. 6 Соглашения с Украиной, ч. 2 п. 1 ст. 5 Соглашения с Казахстаном). Соглашением с Молдовой предусматривается, что расходы на проезд работника-мигранта и членов его семьи к месту трудоустройства и обратно, а также расходы на перевозку личного имущества несет наниматель (ч. 1 ст. 13). Эти расходы возлагаются на работника в случае расторжения трудового договора по его инициативе, причем трудовым договором может быть предусмотрено иное (ч. 2 ст. 13). Другие заключенные Республикой Беларусь соглашения отдельно этот вопрос не регулируют.

В некоторых соглашениях специально оговариваются вопросы медицинского обслуживания трудящихся-мигрантов. Согласно ч. 3 ст. 10 Со-

глашения с Украиной медицинское обслуживание работников осуществляется за счет работодателей на равных условиях с гражданами государства трудоустройства. Аналогичная норма, распространяющаяся и на членов семьи работника-мигранта, содержится в Соглашении с Казахстаном (ч. 3 ст. 10, ч. 1 ст. 14). В Соглашении с Литвой вопрос о медицинской помощи урегулирован исключительно в отношении контрактных работников: если иное не предусмотрено отдельным соглашением сторон, она им предоставляется на равных условиях с гражданами государства временной трудовой деятельности, но только в случае острых заболеваний и несчастных случаев на его территории (п. 2 ст. 10).

В двусторонние соглашения по вопросам внешней трудовой миграции включаются также:

- нормы, касающиеся налогообложения, заработной платы и перевода заработанных денежных средств в государство постоянного местожительства;
- нормы, регулирующие вопросы социального страхования;
- нормы, регулирующие возмещение вреда, причиненного трудящемуся-мигранту в результате несчастного случая на производстве, профессионального заболевания;
- нормы, устанавливающие обязанность трудящегося-мигранта после истечения срока действия трудового договора покинуть территорию осуществления временной трудовой деятельности.

Регулирование правового положения трудящихся-иммигрантов внутренним законодательством Республики Беларусь и международными договорами, заключенными с ее участием, естественно обуславливает специфику, подлежащую учету при заключении трудовых договоров с этой категорией работников, привносит новеллы в права и обязанности сторон, предопределяет необходимость принимать в расчет их гражданство (иногда – постоянное место жительства). Сотрудничество государств в сфере внешней трудовой миграции последних лет ставит важный с практической точки зрения вопрос о соотношении многосторонних договоров последних лет, в частности Соглашения 2010 г. с более ранними двусторонними договорами, заключенными между участниками Таможенного союза. Наиболее остро этот вопрос ощущается применительно к договору, заключенному Республикой Беларусь с Российской Федерацией в 1998 г. Решение этого вопроса предполагает выражение государствами своей политической воли с учетом современного момента.

В рамках ООН 18 декабря 1990 г. была заключена Конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей, основанная на принципах и стандартах, выработанных под эгидой Международной организации труда и закрепленных в Конвенции о трудящихся-мигрантах (№ 97), Конвенции о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении

трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения (№ 143), Рекомендации о трудящихся-мигрантах (№ 86), Рекомендации о трудящихся-мигрантах (№ 151), Конвенции о принудительном или обязательном труде (№ 29), Конвенции об упразднении принудительного труда (№ 105). Из всех вышеперечисленных конвенций Республика Беларусь ратифицировала только две последние конвенции. Представляется, что присоединение Республики Беларусь к важнейшим международным документам, содержащим нормы, направленные на защиту прав трудящихся-мигрантов, откроет новый этап в развитии соответствующего отечественного законодательства.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. О внешней трудовой миграции : Закон Республики Беларусь от 30 декабря 2010 г. № 225-3 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2011. – № 4. – 2/1777.
2. О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь : Закон Республики Беларусь от 4 января 2010 г. № 105-3 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2010 – № 15. – 2/1657.
3. О предоставлении иностранным гражданам и лицам без гражданства статуса беженца, дополнительной и временной защиты в Республике Беларусь : Закон Республики Беларусь от 23 июня 2008 г. № 354-3 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008. – № 158. – 2/1451; 2009. – № 4. – 2/1624; 2010. – № 15. – 2/1657; № 17. – 2/1661; 2011. – № 4. – 2/1777; № 77. – 2/1830.
4. Положение о предоставлении иностранным гражданам и лицам без гражданства убежища в Республике Беларусь, его утрате и лишении и иных вопросах пребывания в Республике Беларусь иностранных граждан и лиц без гражданства : утв. Указом Президента Республики Беларусь от 5 апреля 2006 г. № 204 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 56. – 1/7423; № 143. – 1/7866; 2008. – № 29. – 1/9403; 2009. – № 27. – 1/10431; № 149. – 1/10795; 2010. – № 199. – 1/11874.
5. О внешней трудовой миграции : Закон Республики Беларусь от 17 июня 1998 г. № 169-3 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2011.
6. Трудовой кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 8 июня 1999 г. : одобр. Советом Респ. 30 июня 1999 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 30.12.2010 г. // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
7. О дополнительных мерах по государственной защите детей в неблагополучных семьях : Декрет Президента Республики Беларусь от 24 ноября 2006 г. № 18 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
8. О равных правах граждан на трудоустройство, оплату труда и предоставление других социально-трудовых гарантий : Решение Высшего Совета Сообщества

Беларуси и России от 22 июня 1996 г. № 4 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

9. Договор между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о равных правах граждан от 25 декабря 1998 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 1999. – № 64. – 3/31.

10. Соглашение о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей от 19 ноября 2010 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

11. О некоторых мерах по защите прав граждан, выполняющих работу по гражданско-правовым и трудовым договорам : Указ Президента Республики Беларусь от 6 июля 2005 г. № 314 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

12. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Азербайджанской Республики о трудовой деятельности и социальной защите граждан Республики Беларусь, временно работающих на территории Азербайджанской Республики, и граждан Азербайджанской Республики, временно работающих на территории Республики Беларусь, от 2 мая 2007 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

13. Об утверждении Визовых правил Республики Беларусь : постановление Совета Министров Республики Беларусь от 15 июля 2010 г. № 1065 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

14. Об утверждении Инструкции о порядке выдачи разрешения на привлечение в Республику Беларусь иностранной рабочей силы и специального разрешения на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь и признании утратившими силу некоторых постановлений Министерства внутренних дел Республики Беларусь : постановление М-ва внутренних дел от 7 июля 2011 г. № 247 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

15. О некоторых мерах по реализации Закона Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции : постановление Совета Министров Республики Беларусь от 29 июня 2011 г. № 866 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

16. Об утверждении Инструкции о порядке выдачи заключений о возможности привлечения в Республику Беларусь иностранных граждан либо лиц без гражданства, не имеющих разрешений на постоянное проживание в Республике Беларусь, для осуществления трудовой деятельности на ее территории и о возможности осуществления иностранным гражданином либо лицом без гражданства, не имеющим разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь, трудовой деятельности по трудовому договору в Республике Беларусь : постановление М-ва труда и социальной защиты Республики Беларусь от 7 июля 2011 г. № 63 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

17. О некоторых мерах по регулированию предпринимательской деятельности : Указ Президента Республики Беларусь от 18 июня 2005 г. № 285 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
18. Черноруцкая Н. Разрешительные процедуры, предшествующие найму работников-иммигрантов // Юрист. – 2011. – № 3 (118). – С. 84–87.
19. Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве от 26 февраля 1999 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
20. О дополнительных мерах по совершенствованию трудовых отношений, укреплению трудовой и исполнительской дисциплины : Декрет Президента Республики Беларусь от 26 июля 1999 г. № 29 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
21. Самосейко В. Э. Особенности приема на работу граждан Российской Федерации // Отдел кадров. – 2012. – № 10. – С. 49–56.
22. Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов от 15 апреля 1994 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
23. Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств – участников Содружества Независимых Государств от 14 ноября 2008 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
24. Миграция трудовых ресурсов в странах СНГ: Рекомендательный законодательный акт от 13 мая 1995 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
25. Гражданский кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г. : одобр. Советом Респ. 19 нояб. 1998 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 05.01.2013 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
26. Лунц Л. А. Курс международного частного права. (Общая часть). – М. : Юрид. лит., 1973.
27. Соглашение о взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей от 9 сентября 1994 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
28. О профессиональных союзах : Закон Республики Беларусь от 22 апреля 1992 г. № 1605-XII : в ред. Закона Респ. Беларусь от 13.12.2011 № 325-З // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
29. Договор о правовом статусе граждан одного государства, постоянно проживающих на территории другого государства от 29 марта 1996 г. // Консультант-

Плюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

30. Конвенция МОТ о работниках-мигрантах (пересмотренная в 1949 г.) № 97 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

31. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Российской Федерации о трудовой деятельности и социальной защите граждан Республики Беларусь, работающих на территории Российской Федерации, и граждан Российской Федерации, работающих на территории Республики Беларусь, от 24 сентября 1993 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

32. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Казахстан о трудовой деятельности и социальной защите граждан Республики Беларусь, работающих на территории Республики Казахстан, и граждан Республики Казахстан, работающих на территории Республики Беларусь, от 23 сентября 1997 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

33. Пагадненне паміж Урадам Рэспублікі Беларусь і Урадам Рэспублікі Малдова аб працоўнай дзеянасці і сацыяльнай абароне грамадзян Рэспублікі Беларусь, якія працујуць на тэрыторыі Рэспублікі Малдова, і грамадзян Рэспублікі Малдова, якія працујуць на тэрыторыі Рэспублікі Беларусь, ад 5 мая 1994 г. // Автоматизированная информационная система «Договоры МИД» (созд. в соответствии с приказом М-ва иностранных дел Респ. Беларусь от 12.07.2010 № 54) [Электронный ресурс] / М-во иностранных дел Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

34. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Украины о трудовой деятельности и социальной защите граждан Республики Беларусь и Украины, работающих за пределами своих государств от 17 июля 1995 г. (в ред. Протокола от 21 мая 2010 г.) // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

35. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Армения о временной трудовой деятельности и социальной защите граждан, работающих за пределами своих государств, от 19 июля 2000 г. : в ред. Протокола от 23 октября 2006 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

36. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Сербия о временном трудоустройстве граждан Республики Беларусь в Республике Сербия и граждан Республики Сербия в Республике Беларусь от 31 марта 2009 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

37. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Социалистической Республики Вьетнам о временном трудоустройстве граждан Республики Беларусь в Социалистической Республике Вьетнам и граждан Социалистической Республики Вьетнам в Республике Беларусь от 29 ноября 2011 г. //

КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

38. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Литовской Республики о временной трудовой деятельности граждан от 12 июля 1996 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

39. Пагадненне паміж Урадам Рэспублікі Беларусь і Урадам Рэспублікі Польшча аб узаемным працаўладкаванні грамадзян ад 27 верасня 1995 г. // Автоматизированная информационная система «Договоры МИД» : созд. в соотв. с приказом М-ва иностранных дел Респ. Беларусь от 12.07.2010 № 54 [Электронный ресурс] / М-во иностранных дел Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

Статья поступила в редакцию 16.05.2013 г.

ЭКСПРОПРИАЦИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

А. В. Зеньков

В статье рассматривается проблематика правового регулирования вопросов экспроприации с позиций соотношения международно-правовых обязательств Республики Беларусь, принятых в соответствии с международными договорами о защите инвестиций, с существующими в законодательстве Республики Беларусь нормами о принудительных изъятиях частной собственности.

The article deals with the legal issues of expropriation as seen through the prism of correlation between the commitments made by the Republic of Belarus pursuant to its international investment agreements and those forms of compulsory dispossession that exist within the framework of the legislation of Belarus.

Ключевые слова: экспроприация, национализация, реквизиция, изъятие собственности, инвестиции, баланс интересов, государственные и общественные нужды, компенсация.

Keywords: expropriation, nationalisation, requisition, taking of property, investments, balance of interests, public needs, compensation.

Целям достижения баланса между интересами частных лиц, являющихся собственниками имущества, включая иностранные физические и юридические лица, с одной стороны, и задачами государства, осуществляющего суверенные полномочия по регулированию социально-экономических отношений, в том числе отношений собственности, – с другой, призваны служить правовые нормы, закрепляющие условия и порядок отчуждения имущества частных лиц в государственных и общественных интересах. Особое значение наличие таких норм приобретает в контексте международного инвестиционного сотрудничества, основывающегося на нормах и принципах международного права.

Республика Беларусь, являясь участником международных инвестиционных отношений, приняла на себя международные обязательства по защите иностранных инвестиций, включающие гарантии от безвозмездных принудительных изъятий имущества государством. Нашей страной заключено свыше 50 международных договоров о защите инвестиций, закрепивших в себе критерии, которые должны применяться для решения вопроса о правомерности принудительного изъятия государством имущества иностранных инвесторов [1]. В качестве возможных форм, в которых может осуществляться такое изъятие в указанных международных договорах, как правило, употребляются понятия *национализация* и *экспроприация*, реже – *реквизиция*, а также *эквивалентные им меры*.

Следует отметить, что международные договоры о защите инвестиций традиционно содержат общие, рамочные положения, которые определяют лишь основные условия, при которых изъятие инвестиций признается правомерным, избегая детализации. В соответствующих положениях не содержится также определений используемых терминов: национализация, экспроприация, реквизиция. При этом экспроприация в двусторонних договорах о защите инвестиций употребляется в двух значениях: узком – для обозначения самостоятельного института принудительного возмездного изъятия инвестиций частных лиц в государственных или общественных интересах, и в широком – для собирательного наименования всего спектра мер, связанных с такого рода изъятиями, включая национализацию, собственно экспроприацию, а также иные меры, равные (эквивалентные) им по последствиям. Чтобы избежать терминологической путаницы в рамках данной статьи, для собирательного наименования всего спектра мер, связанных с осуществлением принудительного возмездного изъятия инвестиций частных лиц в государственных или общественных интересах, будет использоваться термин «изъятие в общественных интересах».

Необходимо также учитывать, что при рассмотрении инвестиционных споров, возникающих между инвесторами и государствами, решения по существу спора выносятся международными арбитражными судами, в том числе с учетом норм национального законодательства принимающего государства [28, art. 42(1)]. В этой связи в случае возникновения спора с иностранным инвестором квалификация тех или иных мер государственного регулирования, затрагивающих правомочия собственника имущества, в качестве изъятий в общественных интересах будет осуществляться судебной инстанцией при учете соответствующих положений нормативных правовых актов Республики Беларусь.

В связи с этим особую важность имеет разработка и закрепление в законодательных актах Республики Беларусь норм, которые определяли бы условия и порядок осуществления национализации, экспроприации (как самостоятельного института), реквизиции, а также содержание иных смеж-

ных правовых институтов, регулирующих вопросы возмездного принудительного изъятия государством имущества частных лиц, устанавливая четкие критерии для разграничения указанных понятий между собой, а также для ограничения от эквивалентных им по последствиям, но некомпенсируемых мер государственного регулирования.

Целью настоящей статьи является выявление в законодательстве Республики Беларусь правовых институтов, содержание которых позволяет соотнести их со сформировавшимся в международном праве стандартом правомерности изъятия в общественных интересах. До настоящего времени данный вопрос предметно не рассматривался в отечественной правовой науке. Отдельные аспекты обозначенной проблемы исследовались такими белорусскими учеными, как В. А. Витушко [3], А. В. Каравай (прекращение права собственности) [8], Е. И. Коваленко (содержание международных обязательств в соглашениях о защите инвестиций) [10], В. К. Сидорчук (вопросы гарантий защиты инвестиций от принудительных изъятий в национальном законодательстве) [23]. При написании данной статьи автором использованы аналитические материалы ЮНКТАД, нормативные правовые акты Республики Беларусь, международные договоры и документы ООН.

Отметим, что основа для осуществления государственного регулирования социально-экономических отношений путем *принудительного отчуждения имущества* частных лиц заложена в ч. 5 ст. 44 Конституции Республики Беларусь [13]. Согласно указанной конституционной норме, такое вмешательство государства в отношения собственности допускается лишь в двух случаях:

1) по решению суда;

2) по мотивам общественной необходимости при соблюдении условий и порядка, определенных законом, со своевременным и полным компенсированием стоимости отчужденного имущества.

Предъявляемые Конституцией требования к отчуждению имущества частных лиц по мотивам общественной необходимости в целом отражают стандарт, выработанный в международном праве в отношении изъятия в общественных интересах. Он закреплен, в частности, в ст. 1 Протокола 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подписанного 20 марта 1952 г. [22], п. 4 Резолюции 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1962 г. «Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами» [15], ст. 2 Хартии экономических прав и обязанностей государств (резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3281 (XXIX) от 12 декабря 1974 г.) [27], ст. 13 Договора к Энергетической хартии 1994 г.) [6] и включает в себя четыре базовых принципа:

- *общественный интерес (необходимость)* как цель изъятия;
- *надлежащая правовая процедура – установленные в законодательстве условия и порядок осуществления изъятия, возможность его обжалования*.

лования в судебном порядке – как правовые рамки, в которых осуществляется изъятие;

- выплата компенсации как гарантия возмездного характера принудительного изъятия.

• недискриминационный характер, который должно носить изъятие собственности, как общий принцип. Частично обеспечивается положениями ст. 11 Конституции, устанавливающей, что иностранные граждане и лица без гражданства на территории Беларуси пользуются правами и свободами и исполняют обязанности наравне с гражданами Республики Беларусь. В отношении иностранных инвесторов принцип недискриминации также закреплен в ст. 9 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь, гарантирующей «равную, без всякой дискриминации, защиту прав и законных интересов инвесторов».

Пункт 1 ст. 236 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) [5] содержит исчерпывающий перечень оснований прекращения права собственности путем принудительного изъятия имущества. Представляется, что отдельные основания из указанного перечня содержат в себе признаки возмездных принудительных изъятий, на которые распространяются международно-правовые гарантии в отношении изъятия в общественных интересах. Для того чтобы выделить их, исключим виды принудительных изъятий, которые, по нашему мнению, не обладают необходимыми квалифицирующими признаками. В первую очередь это:

- обращение взыскания на имущество по обязательствам (ст. 238 ГК);
- отчуждение недвижимого имущества в связи с изъятием земельного участка ввиду ненадлежащего использования земли (ст. 240 ГК);
- выкуп бесхозяйственно содержащихся культурных ценностей (ст. 241), выкуп домашних животных (ст. 242);
- конфискация (ст. 244 ГК).

Указанные виды принудительных изъятий объединяет элемент «вторичности», т. е. обусловленность принятия государством подобных мер *ненадлежащим поведением собственника имущества*. Соответствующие изъятия не могут, по нашему мнению, быть признаны изъятиями в общественных интересах. Последние представляют собой инициативные действия государства, не имеющие причинно-следственной связи с поведением собственника изымаемого имущества.

Не являются изъятиями в общественных интересах и такие основания прекращения права собственности, как:

- отчуждение имущества, которое в силу акта законодательства не может принадлежать данному лицу (ст. 239 ГК). В данном случае мера на прямую вытекает из установленных в законодательстве ограничений в отношении использования отдельных видов имущества в гражданском обороте;

- отчуждение имущества в случаях, предусмотренных п. 4 ст. 255 ГК (раздел имущества, находящегося в долевой собственности, и выделение из него доли). Необходимость выплаты компенсации в этом случае является следствием невозможности выделения в натуре доли собственника. Указанная мера диктуется индивидуальными характеристиками конкретного имущества, находящегося в долевой собственности, а не инициативным вмешательством государства в отношения собственности;
- приватизация (ст. 218 ГК) – направлена на передачу имущества из государственной собственности в частную.

Таким образом, из перечисленных в ст. 236 ГК оснований прекращения права собственности *к изъятию в общественных интересах* могут быть отнесены:

- реквизиция (ст. 243 ГК);
- национализация (ст. 245 ГК);
- отчуждение недвижимого имущества в связи с изъятием земельного участка для государственных нужд (ст. 240 ГК);
- изъятие жилого помещения у собственника (ст. 275-1 ГК).

Рассмотрим каждое из указанных оснований подробнее на предмет соответствия их международно-правовому стандарту изъятия в общественных интересах.

Реквизиция (ст. 243 ГК) – традиционный для национальной правовой системы институт, сохранившийся в законодательстве Республики Беларусь с советских времен. Обладая в целом признаками, близкими по содержанию к международно-правовому стандарту изъятия в общественных интересах (общественный интерес, выраженный в необходимости преодоления чрезвычайной ситуации, – как цель изъятия; наличие установленной правовой процедуры; выплата компенсации), реквизиция, тем не менее, в международном праве выделяется в особую группу мер, влекущих выплату компенсации собственнику имущества.

Основная причина для этого – особый род обстоятельств, при наступлении которых производится реквизиция. Согласно принятому в международном праве подходу, под реквизицией понимаются действия государства, направленные на изъятие частной собственности ввиду исключительных и чрезвычайных обстоятельств, с возможностью последующего возврата имущества собственнику и возмещением причиненного собственнику ущерба [30, р. 520]. На современном этапе в международном праве понятие экспроприация фактически вытеснило термин реквизиция применительно к изъятиям, продиктованным общественной необходимостью. Положения о гарантиях при реквизиции сегодня, как правило, аккумулируются в отдельной статье, включаемой в соглашения о защите инвестиций в целях регулирования отношений между государством и иностранным инвестором, возникающих при наступлении особых обстоятельств, связанных с насили-

ственным противостоянием, таких, например, как война, вооруженный конфликт, чрезвычайное положение, гражданские беспорядки на территории принимающего государства.

Вместе с тем ряд государств *ввиду исторических особенностей развития правовой системы* (в первую очередь государства – члены СНГ) под реквизицией понимают изъятие имущества частных лиц *ввиду наступления чрезвычайных обстоятельств*, в частности стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий. Анализ нормы ГК показывает, что реквизиция не может осуществляться вне чрезвычайных обстоятельств, что соответствующим образом определяет ее правовую природу, делая данный институт частью так называемого чрезвычайного законодательства. Основной целью изъятия имущества при реквизиции выступает именно преодоление конкретных кризисных явлений чрезвычайного характера [8]. То есть реквизиция выступает своеобразной мерой «тактического» госрегулирования, чем, впрочем, и объясняется ее временный (до минования чрезвычайных обстоятельств) и обратимый (возможность возврата реквизированного имущества) характер (п. 3 ст. 243 ГК).

В этой связи, полагаем обоснованным рассматривать реквизицию в контексте ст. 243 ГК как *специальный правовой институт*, соотносимый с международно-правовым стандартом изъятия в общественных интересах.

Наряду с реквизицией в национальном законодательстве присутствует один из видов изъятий в общественных интересах, который напрямую упоминается в абсолютном большинстве международных договоров, регулирующих вопросы защиты имущества иностранных лиц, – *национализация*. После провозглашения Республикой Беларусь государственного суверенитета и незадолго до распада СССР указанный термин был введен в инвестиционное законодательство (ст. 10 Основ законодательства об иностранных инвестициях в СССР [2], ст. 35 ранее действовавшего Закона Республики Беларусь от 14 ноября 1991 г. «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» [16]), а затем нашел свое отражение и в отдельной норме ГК. В отличие от существовавшего в советский период нашей истории понятия национализации, подразумевавшего *безвозмездное принудительное изъятие имущества частных лиц в собственность государства в процессе революционных преобразований*, в *современном понимании белорусского законодателя национализация – это изъятие, влекущее выплату компенсации*. В этой связи никакой преемственности в данном случае, в отличие от, например, реквизиции, не наблюдается.

Вопросы национализации урегулированы ст. 250 ГК, в соответствии с которой обращение имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, в *государственную собственность* путем его национализации допускается только на основании принятого в соответствии с Конституцией закона о порядке и условиях *национализации этого имущества*.

и со своевременной и полной компенсацией лицу, имущество которого национализировано, *стоимости этого имущества и других убытков*, причиняемых его изъятием.

Сравнительный анализ указанной нормы и положений ч. 5 ст. 44 Конституции позволяет утверждать, что в отношении национализации в ГК законодатель установил более строгий порядок, нежели предписанный общими требованиями к принудительным изъятиям, закрепленными в Основном законе. В первую очередь, это касается правового основания изъятия. Так, *конституционная норма* ведет речь о «соблюдении условий и порядка, определенных законом», что, на наш взгляд, *допускает регулирование изъятий путем принятия двух последовательных решений на разных уровнях*:

1) первое – установление на уровне закона *основных требований*, предъявляемых к изъятию, определение порядка принятия решения об изъятии и условий его реализации и т. д.;

2) второе – принятие *уполномоченным* органом в установленном законом порядке решения об изъятии *конкретного* имущества / категорий имущества.

Статья 245 ГК, напротив, четко устанавливает, что *национализация допускается только на основании закона*, т. е. нормативного правового акта, который направлен на регулирование наиболее важных общественных отношений [20], имеющих особую значимость для государства.

Представляется, что прочтение указанной нормы по аналогии с конституционной, т. е. как допускающей принятие решения в два этапа на разных уровнях, не имело бы под собой веских правовых оснований. Воля законодателя в данном случае предельно четко сформулирована – основанием для национализации имущества может служить *исключительно акт представительного органа власти*, принятый в соответствии с Конституцией и определяющий порядок и условия изъятия этого (т. е. определенного) имущества.

Допускаем при этом, что порядок национализации вполне может устанавливаться отдельным законом, регулирующим «типовые» вопросы национализации, в то время как *решение о национализации конкретного имущества (индивидуально определенного либо отдельных видов/категорий) каждый раз должно оформляться отдельным законом*. Здесь, однако, необходимо отметить, что на определенном этапе развития отечественного законодательства, а именно – в 1999 г., на рассмотрении Палаты представителей Национального собрания находился проект Закона Республики Беларусь «О национализации». Законопроект, который представлял собой рамочный нормативный правовой акт, направленный на установление порядка и общих условий национализации, был одобрен депутатами в первом чтении [21]. Однако дальнейшая работа по нему была приостановлена.

Более строго в сравнении с нормой ст. 44 Конституции регулируется в отношении национализации в ГК и вопрос о компенсации, выплачиваемой собственнику изымаемого имущества. Если в конституционной норме речь идет о компенсации «стоимости отчужденного имущества», то в ст. 245 ГК – о «стоимости этого имущества и других убытков, причиняемых его изъятием». Следовательно, при точном соблюдении положений ст. 14 ГК *в состав убытков, включаемых в компенсацию при национализации, должна входить и упущенная выгода.*

Анализируя причины, по которым национализация выделена законодателем в особый вид принудительных возмездных изъятий имущества частных лиц, к которому, к тому же, предъявляются повышенные требования с точки зрения как формально-юридической процедуры, так и субстантивных аспектов, необходимо отметить следующее.

В доктрине международного права под национализацией понимаются значительные или широкомасштабные изъятия частной собственности, затрагивающие все без исключения или отдельные отрасли/секторы экономики [29, р. 5]. Естественно, данное определение не является аксиомой, но позволяет выделить основной *критерий, посредством которого национализация может быть ограничена от смежных правовых институтов – масштаб.*

Представляется, что национализация как форма принудительного изъятия частной собственности направлена на обеспечение *стратегических* интересов государства, имеющих *долгосрочный и масштабный* характер. На наш взгляд, проведение национализации может потребоваться только в том случае, если имеется прямая и очевидная причинно-следственная связь между целями ее проведения и вопросами национальной безопасности в экономической сфере (например, если национализация выступает элементом структурного реформирования экономики).

Особенностью национализации в сравнении с иными видами изъятий в общественных интересах является также то, что имущество изымается *исключительно в собственность государства*, происходит его *огосударствление* [23, 22.1]. Разумеется, передача национализированного имущества в собственность иному частному лицу возможна путем последующей *приватизации*. Тем не менее такой подход на практике неминуемо столкнулся бы со значительным количеством процедурных и иных сложностей. Это, на наш взгляд, также подчеркивает характер национализации как меры в определенной степени исключительной, не пригодной для *оперативного* регулирования социально-экономических отношений со стороны государства. В этой связи полагаем возможным утверждать, что применение национализации в соответствии с упомянутыми нормами Конституции и ГК на практике крайне маловероятно.

Здесь необходимо отметить, что положения о гарантиях при национализации и реквизиции в отношении иностранных инвестиций также со-

держатся в ст. 11 Инвестиционного кодекса [8]. Этой статьей установлено, что применение указанных видов изъятий в общественных интересах возможно только со своевременным и полным компенсированием стоимости изымаемых инвестиций и убытков, причиненных изъятием, в порядке и на условиях, определяемых законами. Как видим, данная норма частично расширяет права иностранного инвестора при реквизиции, предусматривая возмещение его убытков и устанавливая требования к компенсации – «своевременная и полная». Но в целом данная статья носит рамочный характер и для обеспечения ее практической применимости нуждается в детализации.

Таким образом, в законодательстве Республики Беларусь присутствуют базовые нормы, создающие правовую основу для осуществления государством возмездного принудительного изъятия имущества частных лиц, в том числе иностранных, в форме национализации и реквизиции. Указанные виды изъятий *корреспондируют с международно-правовым стандартом изъятия в общественных интересах* и обладают специфическими признаками, позволяющими выделить их в отдельные правовые институты: для национализации – масштаб, огосударствление, решение принимается в форме закона; для реквизиции – чрезвычайный характер, обратимость, осуществляется по решению государственного органа, т. е. на основании административного акта. При этом, однако, для целей практической реализации указанных институтов, как минимум, требуется принятие закона о порядке и условиях их применения.

Статьей 240 ГК устанавливается, что в случаях, когда изъятие земельного участка для государственных нужд невозможно без прекращения права собственности на капитальные строения (здания, сооружения) или другое недвижимое имущество, находящееся на данном участке, это имущество может быть изъято у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов.

Указанная статья также содержит норму, согласно которой требование об изъятии недвижимого имущества не подлежит удовлетворению, если соответствующий государственный орган или орган местного управления и самоуправления, обратившийся с этим требованием в суд, не докажет, что использование земельного участка в целях, для которых он изымается, невозможно без прекращения права собственности на данное недвижимое имущество (ч. 2 п. 1).

Представляется, что данное требование отражает *одно из важнейших условий*, при которых изъятие в общественных интересах признается правомерным с точки зрения международного права, – *невозможность достижения конкретного результата*, находящегося в русле государственных или общественных интересов, *любым иным путем*, который не предполагал бы изъятие имущества частного лица. Иными словами, изъятие иму-

щества частного лица выступает здесь в качестве «неизбежного зла», необходимого для реализации той или иной цели государственного регулирования. Выплата компенсации, в свою очередь, призвана нивелировать неблагоприятные последствия, наступающие для собственника имущества.

Итак, цель, оправдывающая изъятие недвижимого имущества в контексте ст. 240 ГК, – удовлетворение государственных нужд. Законодательное определение понятия «государственные нужды» содержится в ст. 1 Кодекса Республики Беларусь о земле [11]: *государственные нужды* – потребности, связанные с обеспечением национальной безопасности, охраны окружающей среды и историко-культурного наследия, размещения и обслуживания объектов социальной, производственной, транспортной, инженерной и оборонной инфраструктуры, разработки месторождений полезных ископаемых, реализации международных договоров Республики Беларусь, инвестиционных договоров между инвесторами и Республикой Беларусь, зарегистрированных в Государственном реестре инвестиционных договоров с Республикой Беларусь, концессионных договоров, государственной схемы комплексной территориальной организации Республики Беларусь, схем комплексной территориальной организации областей, градостроительных проектов, генеральных планов городов и иных населенных пунктов, градостроительных проектов детального планирования, схем землеустройства районов, утвержденных в соответствии с законодательством, а также с размещением объектов недвижимого имущества, строительство которых предусмотрено решениями Президента Республики Беларусь, Совета Министров Республики Беларусь либо программами, утвержденными Президентом Республики Беларусь или Советом Министров Республики Беларусь.

Представляется, что указанное определение в целом укладывается в рамки, установленные ст. 23 Конституции, согласно которой ограничение прав и свобод личности допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц.

Частным случаем изъятия, предусмотренного ст. 240 ГК, является принудительное отчуждение принадлежащих частным лицам на праве собственности жилых домов или квартир в многоквартирных или блокированных жилых домах (долей в праве общей собственности на жилые помещения) в связи с изъятием земельных участков для государственных нужд. Порядок таких изъятий детализирован, в частности, в ст. 88, 158 Жилищного кодекса Республики Беларусь (далее – ЖК) [7], а также нормах Указа Президента Республики Беларусь от 2 февраля 2009 г. № 58 «О некоторых мерах по защите имущественных прав при изъятии земельных участков для государственных нужд» (включая Положение о порядке реализации имущественных прав граждан и организаций при изъятии у них

земельных участков) (далее – Указ № 58) [18]. Немаловажно, что решение об изъятии, принимаемое местным исполнительным комитетом, может быть обжаловано в судебном порядке, что с точки зрения международного права является одной из ключевых составляющих элемента «надлежащая правовая процедура» в контексте стандарта правомерного изъятия в общественных интересах.

Вопросы возмещения собственнику изымаемого имущества также достаточно детально урегулированы в ЖК и Указе № 58. Например, собственник может выбрать по собственному усмотрению *один из вариантов возмещения*:

1) получение в собственность квартиры типовых потребительских качеств, а также в случае, если рыночная стоимость предоставляемой квартиры меньше рыночной стоимости подлежащих сносу жилого дома или квартиры, строений, сооружений и насаждений при них (доли в праве общей собственности на соответствующее недвижимое имущество), – денежной компенсации в размере данной разницы;

2) за сносимые жилой дом или квартиру, строения, сооружения и насаждения при них (за прекращение права собственности на долю в общей собственности) в размере их рыночной стоимости, но не менее размера затрат, необходимых для строительства равноценных жилого дома или квартиры, строений, сооружений;

3) строительство и (или) получение в собственность жилого дома, строений, сооружений и насаждений при нем (долей в праве общей собственности на соответствующее недвижимое имущество), равноценных по благоустройству и общей площади сносимым;

4) перенос и восстановление сносимых жилого дома, строений, сооружений и насаждений при нем.

При этом землепользователю предоставляется другой земельный участок взамен изымаемого.

Статья 275-1 ГК, посвященная *изъятию жилого помещения у собственника*, содержит отыскочную норму к актам законодательства. Пунктом 3 ст. 88 ЖК устанавливается, что такое изъятие может иметь место *при возникновении двух категорий обстоятельств*:

1) если занимаемое жилое помещение *вследствие чрезвычайных ситуаций* природного и техногенного характера, боевых действий и актов терроризма перестало соответствовать установленным для проживания санитарным и техническим требованиям;

2) если жилое помещение подлежит сносу *в связи с изъятием земельного участка для государственных нужд*.

В случае наступления обстоятельств, выделенных нами во вторую категорию, в действие вступают нормы ЖК и Указа № 58, рассмотренные выше. Что касается первой категории, то она, как представляется, находит-

ся в тесной связи с институтом реквизиции, поскольку изъятие имущества является следствием наступления обстоятельств чрезвычайного характера. Отличие в данном случае состоит в том, что если при реквизиции имущество изымается, в первую очередь, для использования в целях преодоления чрезвычайных ситуаций, то меры по выселению из жилого помещения, не соответствующего установленным минимальным стандартам, связаны как раз с *невозможностью дальнейшего использования имущества* и направлены, прежде всего, на *обеспечение безопасности выселяемых лиц*. По этой причине, на наш взгляд, в контексте изъятия в общественных интересах могут рассматриваться только меры, отнесенные нами выше ко второй категории.

Таким образом, регулирование основных вопросов возмездного принудительного изъятия недвижимого имущества у собственника в связи с изъятием земельных участков для государственных нужд в законодательстве Республики Беларусь на современном этапе *содержит в себе основные элементы международно-правового стандарта изъятия в общественных интересах*. Тем не менее, на уровне детализации, позволяющей обеспечить практическое применение норм ст. 240 ГК, разработан только порядок изъятия жилых помещений. Вопросы изъятия зданий и сооружений, находящихся в частной собственности и не входящих в жилищный фонд, в связи с изъятием земельных участков для государственных нужд на текущем этапе в национальном законодательстве *детально не разработаны и нуждаются в урегулировании*.

Полагаем важным также отметить, что в действующем законодательстве присутствуют нормы, фактически предусматривающие возможность изъятия имущества частных лиц *по основаниям, не упомянутым в ст. 236 ГК*. Речь идет о нормах Указа Президента Республики Беларусь от 23 февраля 2012 г. № 100 «О мерах по совершенствованию учета и сокращению количества пустующих и ветхих домов в сельской местности» (далее – Указ № 100) и Указа Президента Республики Беларусь от 7 февраля 2006 г. № 87 «О некоторых мерах по сокращению не завершенных строительством незаконсервированных жилых домов, дач» (далее – Указ № 87) [17; 19].

Нормы Указа № 100 направлены на сокращение числа пустующих и ветхих домов в сельской местности, в конечном счете – на благоустройство соответствующих территорий, путем перераспределения имущественных прав на недвижимое имущество от неэффективных собственников (владельцев, пользователей) в пользу административно-территориальных единиц или третьих лиц, определяемых посредством публичных торгов.

В соответствии с абз. 5 п. 3 Указа № 100 действия собственника пустующего жилого дома, расположенного в сельской местности, квалифицируются как *отказ от права собственности* на него при одновременном наличии двух условий:

- 1) лица, имеющие право пользования домом, фактически не проживаю-
ют в нем в течение трех лет (менее одного месяца в календарном году);
- 2) собственник не направляет уведомление местным властям о наме-
рении использовать такой дом для проживания.

Как представляется, логика законодателя в данном случае проста – если собственник не проявляет никакой заинтересованности в принадлежащем ему имуществе даже под угрозой его принудительного отчуждения, то такое имущество может быть признано *безхозяйным*, т. е. не имеющим собственника, *в судебном порядке*. Суд также определяет дальнейшую судь-
бу имущества (передача в коммунальную собственность или в собствен-
ность третьему лицу, снос) и, соответственно, земельного участка, на ко-
тором это имущество располагается. При этом вопрос о выплате
какой-либо компенсации бывшему собственнику не рассматривается.

Схожий алгоритм предусматривается Указом № 100 и в отношении ветхих домов, под которыми понимаются расположенные в сельской мест-
ности жилые дома, которые:

1) не соответствуют санитарным и техническим требованиям или не-
пригодны для проживания;

2) содержатся бесхозяйственно, меры по их восстановлению для ис-
пользования по назначению не предпринимаются.

Основное отличие от процедуры, установленной для пустующих домов,
состоит в том, что в случае с ветхими домами производится их изъятие
путем:

1) выкупа административно-территориальной единицей с выплатой
собственнику возмещения стоимости имущества за вычетом расходов по
оценке, или

2) передачи соответствующему исполнительному комитету для про-
дажи с публичных торгов с выплатой собственнику вырученной по итогам
проведения торгов суммы за вычетом организационных расходов.

Нормы Указа № 87, в свою очередь, направлены на обеспечение целевого и эффективного использования земельных участков, предоставляемых гражданам в собственность, пожизненное наследуемое владение или арен-
ду для строительства и последующей эксплуатации жилых домов или дач.
При несоблюдении установленного законодательством срока строительства,
незавершенные строительством строения и участки, на которых они рас-
положены, подлежат изъятию на основании решения суда. При этом изъ-
ятие строений производится также на возмездной основе путем выкупа
административно-территориальной единицей или передачи соответствую-
щему местному исполнительному и распорядительному органу для про-
дажи с публичных торгов.

Подходы, на которых основаны положения Указа № 100 и Указа № 87,
на наш взгляд, подпадают под норму ч. 5 ст. 44 Конституции, допускающую

принудительное изъятие имущества по решению суда. Следовательно, указанные меры не рассматриваются нами как изъятие в общественных интересах.

Кроме того, представляется, что при необходимости соотнесения их с соответствующим международно-правовым стандартом упомянутые изъятия должны рассматриваться как *некомпенсируемые меры государственного регулирования*, поскольку основной целью для принятия таких мер является предотвращение негативных явлений в развитии сельской местности, связанных с ненадлежащим (бесхозяйственным) поведением собственников жилых домов («вымирание» деревень и т. д.). Вместе с тем детальное рассмотрение данного вопроса выходит за рамки данной статьи.

В дополнение к изложенному важно отметить, что в абсолютном большинстве соглашений о защите инвестиций, заключенных нашей страной, под инвестициями понимаются, в том числе, вещные права, принадлежащие инвестору. Кроме того, в ряде соглашений (например, с Азербайджаном, Венесуэлой, Данией) предусматривается выплата компенсации иностранному инвестору в случае изъятия в общественном интересе имущества юридического лица принимающего государства, созданного при участии такого инвестора [24; 25; 26]. При этом необходимо иметь в виду, что термин имущество в контексте данных международных обязательств понимается максимально широко, в том числе, включает в себя вещные права.

В этой связи представляется, что имеющиеся в национальном законодательстве нормы об *изъятии земельных участков у землепользователей*, *изъятии у недропользователя участка недр и прекращении права водопользования и лесопользования* могут также рассматриваться в контексте международно-правового регулирования изъятий в общественных интересах.

Статьями 62-64 Кодекса Республики Беларусь о земле (далее – КоЗ) в качестве одного из оснований прекращения прав постоянного и временного пользования, а также аренды (субаренды) предусматривается изъятие земельного участка для государственных нужд. Статьей 69 КоЗ предусматривается право землепользователя на обжалование решения об изъятии в судебном порядке.

Статьей 69 КоЗ закрепляется право на возмещение убытков, причиняемых изъятием или временными занятием земельных участков, сносом расположенных на них объектов недвижимого имущества, а также ограничением (обременением) прав на земельные участки, в том числе установлением земельного сервитута. Порядок возмещения убытков установлен в ст. 75 КоЗ. Примечательно, что возмещение убытков производится:

- 1) лицами, которым:
 - предоставляются изымаемые земельные участки либо
 - разрешается без изъятия земельных участков строительство подземных линейных сооружений (газопроводов, нефтепроводов, линий электро-

передачи, связи и других сооружений), осуществляемое в срок до полутора лет без вырубки древесно-кустарниковой растительности, а также

2) лицами, деятельность которых влечет за собой ограничения (обременения) прав на земельные участки, в том числе установление земельных сервитутов.

В соответствии со ст. 34 Водного кодекса Республики Беларусь возникновение государственной необходимости изъятия водных объектов из обособленного водопользования является одним из оснований для прекращения права водопользования [4]. В ст. 98 Водного кодекса закреплена общая норма о возмещении убытков, причиненных прекращением или изменением условий водопользования за счет причинивших эти убытки, а также о возможности разрешения спора о возмещении убытков в судебном порядке.

Сходные нормы содержатся в ст.ст. 36, 38 Кодекса Республики Беларусь о недрах, ст.ст. 50, 51, 102 Лесного кодекса Республики Беларусь [12; 14].

Анализ указанных норм позволяет утверждать, что институт прекращения землепользования в связи с изъятием земельного участка для государственных нужд, а также прекращения водопользования в связи с изъятием водных объектов в связи с возникновением государственной необходимости имеют в своем составе основные элементы международно-правового стандарта изъятия в общественных интересах.

Подводя итог, отметим, что, на наш взгляд, существующих в законодательстве форм возмездных принудительных изъятий, соотносимых с международно-правовым стандартом изъятия в общественных интересах, недостаточно для реализации государством всей полноты своих суверенных полномочий по регулированию социально-экономических отношений.

Международное право признает правомерность изъятия в общественных интересах при наличии базовых условий, упомянутых нами в данной статье. При этом цели и обстоятельства такого изъятия не ограничиваются соображениями национальной безопасности, экономическими реформами, наступлением чрезвычайных ситуаций и какими-либо другими фактами. Однако в законодательстве Республики Беларусь получили закрепление формы изъятий в общественных интересах, применение которых связано с масштабными социально-экономическими преобразованиями (национализация) или наступлением чрезвычайных обстоятельств (реквизиция). Кроме того, в законодательстве присутствуют отдельные институты принудительного изъятия (например, земельных участков для государственных нужд), применение которых не связано с наступлением каких-либо исключительных обстоятельств, а обусловлено решением текущих задач государственного управления.

Существующие в национальном законодательстве нормы, на наш взгляд, не способны урегулировать все разнообразие практических ситуаций, в

которых может потребоваться вмешательство государства в отношения собственности. При этом, на фоне принятия Республикой Беларусь созвучных международных обязательств в рамках международных договоров, регулирующих вопросы защиты иностранных инвестиций, термин *экспроприация* не нашел до настоящего времени своего закрепления в актах законодательства Республики Беларусь. Вместе с тем данный институт мог бы стать важным и весьма гибким инструментом, позволяющим государству путем точечного вмешательства в отношения собственности решать текущие «тактические» задачи, связанные с осуществлением государством суверенных функций по осуществлению экономического регулирования.

В качестве примера приведем ситуацию, которую В. А. Витушко описывает как реквизиция «ввиду социальной целесообразности» [3, с. 337]. Прекращение хозяйственной деятельности частного лица, основным источником доходов которого является выполнение государственных заказов и публичных договоров, и которое, к тому же, занимает доминирующее положение на рынке в соответствующей сфере или местности, по мнению В. А. Витушко, может трактоваться как обстоятельство, которое носит чрезвычайный характер, в контексте ст. 243 ГК. Такое мнение обосновывается тем, что свободное распоряжение собственником производственными или торговыми площадями, средствами производства и оборудованием прервет на неопределенный срок выполнение соответствующих договоров и заказов. Далее автором делается вывод о возможности применения в данном случае реквизиции.

Данное утверждение, на наш взгляд, представляется спорным. Формулировка ст. 243 ГК, по нашему мнению, не содержит закрытого перечня чрезвычайных обстоятельств не потому, что допускает расширительное толкование и распространение действия данного института на решение задач государственного регулирования экономических процессов. Такой подход продиктован тем, что все многообразие обстоятельств, носящих чрезвычайный характер, перечислить невозможно. Называются только основные категории: стихийные бедствия, аварии, эпидемии, эпизоотии, которые иначе могут именоваться обстоятельствами непреодолимой силы, т. е. обстоятельства, которые никаким планированием и иными мерами предотвратить невозможно. Указанные В. А. Витушко обстоятельства, на наш взгляд, таковыми не являются.

По нашему мнению, доминирующее положение субъекта хозяйствования на рынке в данном случае могло бы явиться основанием для увязывания ситуации с вопросами национальной безопасности в экономической сфере и, следовательно, обусловить возможность применения национализации. Однако, учитывая требования ст. 245 ГК, в таком случае потребовалось бы принятие закона, что, к примеру, в межсессионный период потребовало бы созыва Парламента на внеочередную сессию. Безусловно, с

учетом тяжести возможных последствий в отдельных случаях такая мера была бы оправдана. Но как быть в тех ситуациях, когда вмешательство государства необходимо, но ситуация не столь катастрофична?

По нашему мнению, имеющийся пробел мог бы быть эффективно устранен путем введения в национальное законодательство *экспроприации как института, регулирующего вопросы возмездного принудительного изъятия имущества и имущественных прав частных лиц и не имеющего квалифицирующих признаков национализации и реквизиции*.

При этом речь может идти не только об изъятии имущества частного собственника в пользу государства, как при национализации. Круг решаемых посредством института экспроприации задач может также включать в себя принудительную передачу прав от одного частного собственника в пользу другого, деятельность которого расценивается как более эффективная с точки зрения интересов общества [31, р. 41].

В то же время в случае экспроприации должны неукоснительно соблюдаться гарантии, предоставленные собственнику Конституцией Республики Беларусь, а также международными договорами. В таком контексте экспроприация может выступать в качестве *общего института*, в рамках которого реализуются государственно-властные полномочия по регулированию отношений собственности, в то время как *национализация и реквизиция* должны рассматриваться как *специальные институты, смежные с экспроприацией* и имеющие *особые характерные черты*.

Положения, регулирующие вопросы экспроприации, должны устанавливать базовые (рамочные) условия для государственного вмешательства в отношения собственности, которое:

- преследует цели, строго ограниченные рамками, установленными ст.ст. 23 и 44 Конституции Республики Беларусь, т. е. осуществляется по мотивам общественной необходимости, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц;
- является вынужденной мерой государственного регулирования, альтернативных путей достижения этой цели не имеется;
- осуществляется в форме принудительного изъятия имущества и имущественных прав либо мер государственного регулирования, эквивалентных такому изъятию по последствиям;
- не является санкцией за совершенное правонарушение;
- не относится к некомпенсируемым мерам государственного регулирования.

С процедурной точки зрения представляется целесообразным *регулирование вопросов экспроприации* на двух уровнях:

- 1) закрепление на уровне закона Республики Беларусь порядка и условий экспроприации, отражающих стандарт, который выработан в отношении

соответствующих гарантий в международном праве и опосредованно воспринят нашей страной в виде обязательств по заключенным ею международным договорам;

2) *приятие решения об экспроприации конкретного имущества Президентом Республики Беларусь или, по его поручению, Правительством Республики Беларусь.*

Таким образом, по нашему мнению, будут расширены практические возможности правового регулирования вопросов принудительных возмездных изъятий государством частной собственности в общественных интересах в пределах рамок, установленных Конституцией Республики Беларусь и международными договорами, заключенными нашей страной.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. *Бакиновская О. А., Амельчена Ю. А.* Гарантии защиты инвестиций в нормах международных договоров, соглашений, в которых участвует Республика Беларусь // КонсультантПлюс : Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
2. Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1991. – № 30. – Ст. 880.
3. *Витушко В. А.* Гражданское право. – 2007. – Ч. 1.
4. Водный кодекс Республики Беларусь : Кодекс Республики Беларусь от 15 июля 1998 г. // Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь. – 1998. – № 33. – Ст. 473.
5. Гражданский кодекс Республики Беларусь : Кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. // Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь. – 1999. – № 7–9. – Ст. 101.
6. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы // Секретариат Энергетической Хартии [Электронный ресурс]. – URL : <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/RU.pdf>.
7. Жилищный кодекс Республики Беларусь : Кодекс Республики Беларусь от 28 августа 2012 г. // Нац. правовой интернет-портал Респ. Беларусь. – 2012. – 2/1980.
8. Инвестиционный кодекс Республики Беларусь : Кодекс Республики Беларусь от 22 июня 2001 года // Нац. реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2001. – № 62. – 2/780.
9. *Каравай А. В.* Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь. Раздел II. Право собственности и другие вещные права. Глава 15. Прекращение права собственности : (ст. 236–245) // КонсультантПлюс : Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
10. *Коваленко Е. И.* Защита иностранных инвестиций в Республике Беларусь по нормам международных договоров : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Минск, 2008. – 100 л.

11. Кодекс Республики Беларусь о земле : Кодекс Республики Беларусь от 23 июля 2008 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008 г. – № 187. – 2/1522.
12. Кодекс Республики Беларусь о недрах : Кодекс Республики Беларусь от 14 июля 2008 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008. – № 184. – 2/1503.
13. Конституция Республики Беларусь от 15 марта 1994 г. № 2875-XII // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 1999. – № 1.– 1/0.
14. Лесной кодекс Республики Беларусь : Кодекс Республики Беларусь от 14 июля 2000 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2000. – № 70, 2/195.
15. Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами: Резолюция 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1962 г. // Резолюции 17-й сессии (1962 год). Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций [Электронный ресурс]. – URL : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/195/59/IMG/NR019559.pdf?OpenElement>>.
16. Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь : Закон Республики Беларусь от 14 ноября 1991 г. № 1242-XII // Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь, 1991. – № 35. – Ст. 625.
17. О мерах по совершенствованию учета и сокращению количества пустующих и ветхих домов в сельской местности : Указ Президента Республики Беларусь от 23 февраля 2012 г. № 100 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2012. – № 25. – 1/13345.
18. О некоторых мерах по защите имущественных прав при изъятии земельных участков для государственных нужд : Указ Президента Республики Беларусь от 2 февраля 2009 г. № 58 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2009. – № 32. – 1/10444.
19. О некоторых мерах по сокращению не завершенных строительством незаконсервированных жилых домов, дач : Указ Президента Республики Беларусь от 7 февраля 2006 г. № 87 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 24. – 1/7258.
20. О нормативных правовых актах Республики Беларусь : Закон Республики Беларусь от 10 января 2000 г. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – № 7. – 2/136.
21. О проекте Закона Республики Беларусь «О национализации»: постановление Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь от 10 ноября 1999 г. № 1123-П/VIII // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 1999. – № 91. – 4/468.
22. Протокол 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, 20 мар. 1952 г. // Европейская конвенция о защите прав человека: право и практика [Электронный ресурс]. – URL : <<http://www.echr.ru/documents/doc/2440801/2440801.htm>>.
23. Сидорчук В. К. Хозяйственное право : пособие // КонсультантПлюс : Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
24. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Азербайджанской Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций : Со-

глашение от 3 июня 2010 г. // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – 2010.

25. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Боливарианской Республики Венесуэла о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций : Соглашение от 8 декабря 2007 г. // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – 2007.

26. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Королевства Дания о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций : Соглашение от 31 марта 2004 г. // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – 2004.

27. Хартия экономических прав и обязанностей государств : Резолюция 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1974 г. // Организация Объединенных Наций [Электронный. ресурс]. – URL : <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/rights_and_duties.shtml>.

28. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // International Centre for Settlement of Investment Disputes [Electronic resource]. – URL : <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

29. Expropriation: a sequel // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. UNCTAD/DIAE/IA/2011/7. United Nations [Electronic resource]. – New York ; Geneva, 2012. – URL : <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>.

30. *Grant J. P., Barker C. J. Parry & Grant encyclopaedic dictionary of international law* // Oxford University Press, Incorporated. – 3rd ed. – 2009. – 691 p.

31. James and Others v. The United Kingdom // European Court of Human Rights [Electronic resource]. – URL : <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57507>>.

Статья поступила в редакцию 17.06.2013 г.

РАЗВИТИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ОТНОШЕНИИ СИРОТСКИХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

Е. Б. Леанович

Статья посвящена новым событиям в развитии авторского права ЕС. Автор сравнивает положения Директивы 2012/28/EU Европейского парламента и Совета от 25 октября 2012 г. о некоторых разрешенных случаях использования сиротских произведений и соответствующие правила белорусского авторского права. Сделан вывод, что с юридико-технической точки зрения Директива 2012/28 является очень хорошим примером развития правового регулирования в области интеллектуальной собственности и может быть использована в качестве ориентира в процессе совершенствования как национального, так и международного права – в Республике Беларусь и Евразийском экономическом союзе.

The article is devoted to the new events in the EU copyright law. The author compares provisions of the Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council

of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works with the corresponding rules of the Belarusian copyright law. It is concluded that from the technical and legal point of view Directive 2012/28 is a very good example of the development of legal regulation in the field of intellectual property and could be used can be used as a guide in the process of improving both national and international law – in the Republic of Belarus the Eurasian Economic Union.

Ключевые слова: патент, патентная кооперация, региональный патент, европейский патент, евразийский патент, патент Сообщества, патент ЕС, европейский патент с унитарным эффектом, патентные споры.

Keywords: patent, patent cooperation, regional patent, European patent, Eurasian patent, Community patent, EU patent, European patent with unitary effect, patent disputes.

В конце 2012 г. в развитии авторского права Европейского союза (ЕС) произошел значительный прорыв. Довольно долгое время, с 2006 г., законодательство ЕС не пополнялось новыми актами, направленными на пересмотр и значительное развитие основ авторско-правовой охраны. В последние годы происходил пересмотр и дополнение положений действующих директив. В частности, это относится к появлению кодифицированной версии директивы о правовой охране компьютерных программ – Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) [1], а также к дополнению правил директивы о сроках авторско-правовой охраны – Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights [2].

Новеллы в авторское право ЕС привнесла новая директива, принятая в конце 2012 г. – Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works (далее – Директива 2012/28) [3]. Она касается проблемы охраны и механизмов, обеспечивающих использование так называемых *сиротских произведений* (orphan works). В ст. 2.1 Директивы 2012/28 данные произведения определены как произведения⁵³, в отношении которых не идентифицированы правообладатели либо местонахождение идентифицированных правообладателей не выявлено, несмотря на проведение надлежащего поиска.

Причины появления Директивы 2012/28 лежат в необходимости разрешить определенное противоречие, сложившееся в современном авторском праве. Оно состоит в том, что произведения, даже если их автор неизвестен, подлежат авторско-правовой охране. Использование этих произведений, так же, как и произведений, авторы которых известны, требует разрешения

⁵³ В Директиве 2012/28 речь идет также об объектах смежных прав – фонограммах. Поскольку данная статья посвящена вопросам авторско-правовой охраны, в ней упомянуты только сиротские произведения.

правообладателя, что довольно затруднительно. В результате неизвестности автора или правообладателя произведения выпадают из оборота или используются незаконно. Директива 2012/28 направлена в первую очередь на то, чтобы обеспечить правомерный доступ общества к произведениям, авторы и правообладатели которых не установлены, а также ввести в действие эффективные механизмы, позволяющие использовать такие произведения в законном порядке.

Отмеченное противоречие авторско-правовой охраны довольно хорошо известно и в национальном, и в международном праве. В Законе Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» от 17 мая 2011 г. № 262-З (далее – ЗАП) признается право автора использовать или разрешать использовать произведение под своим подлинным именем, вымышленным именем (псевдонимом) или без обозначения имени (анонимно) – ст. 15.1 [4].

Вопросы правомерного использования произведения, автор которого неизвестен, отнесены к издателю, имя или наименование которого обозначены на произведении. При отсутствии доказательств об ином это лицо считается представителем автора и в этом качестве имеет право защищать права автора и обеспечивать их осуществление. Такие правила установлены в ст. 15 (3) Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (далее – Бернская конвенция) [5] и в ст. 8.3 ЗАП.

Таким образом, отсутствие информации об авторе не является основанием для свободного использования произведения и требует от пользователей совершения определенных действий по получению разрешений, пока соответствующее произведение не перейдет в разряд общественного достояния. Сроки охраны произведений, авторы которых неизвестны по объективным причинам, короче общих сроков авторско-правовой охраны, но все равно довольно продолжительны. В ст. 7(3) Бернской конвенции установлен унифицированный стандарт – для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, срок охраны истекает спустя пятьдесят лет после того, как произведение было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения. Ему соответствуют правила ст. 20.3 ЗАП, в которых дифференцированы моменты начала течения срока охраны:

- первое правомерное обнародование произведения;
- создание произведения при отсутствии правомерного обнародования.

Бернская конвенция и ЗАП, имплементировавший ее положения, исходят из ситуации, характерной до появления и широкого распространения цифровых технологий, когда в основном литературные произведения издавались без указания имени автора и, соответственно, путем обращения к издателю можно было решать вопросы правомерного использования.

В условиях широкого развития цифровых технологий и интернета фигура издателя не имеет решающего значения в представлении публике до-

ступа к произведению. В общем объеме случаев, когда получение разрешения на использование произведений, авторы которых неизвестны, может быть осуществлено на легальной основе, обращение к издателю составляет минимальный процент, просто потому, что такая фигура отсутствует.

Директива 2012/28 исходит именно из потребностей информационного общества в доступе к интеллектуальным достижениям, содержащимся в произведениях, авторы которых неизвестны. В преамбуле данного акта подчеркивается, что различные подходы в наделении специальным статусом таких произведений создают препятствия в функционировании внутреннего рынка ЕС и могут вылиться в ограничения на свободное перемещение товаров и услуг, воплощающих культурный контент. Общий подход к признанию статуса сиротского произведения необходим для использования таких произведений.

Попадают в информационное поле авторы и/или правообладатели неизвестны: умерли, не заинтересованы, предполагают свободное использование, обанкротились.

Узкая направленность Директивы 2012/28, выражаяющаяся в стремлении удовлетворить потребности общества в доступе к интеллектуальным достижениям в эпоху цифровых технологий, определяет самостоятельную правовую категорию – «сиротские произведения», которая не должна отождествляться со всеми произведениями, авторы которых неизвестны. Не случайно в ст. 2.5 Директивы 2012/28 особо подчеркивается, что ее положения не затрагивают правил, касающихся анонимных и псевдоанонимных произведений.

Специальная категория «сиротские произведения» выводится с целью упорядочения правомерного доступа к произведениям в процессе масштабной оцифровки документов и информационных материалов.

Основополагающим принципом современного авторского права является предоставление охраны произведению без предъявления требования о выполнении какого-либо рода формальностей – ст. 5(2) Бернской конвенции, ст. 8.1 ЗАП. В этом коренное отличие охраны объектов авторского права и промышленной собственности. На наш взгляд, оно должно остаться в неизменном виде, и все попытки связать возникновение авторско-правовой охраны или обусловить возможность коммерческого использования произведения некими формальными процедурами (например, регистрацией и/или депонированием произведения) являются совершенно неприемлемыми [6]. Вместе с тем объективная необходимость использования формальных процедур в отношениях, регулируемых авторским правом, не менее значима, чем в правоотношениях промышленной собственности. Этим обусловлены институты коллективного управления, добровольной регистрации компьютерных программ и других объектов авторского права.

Директива 2012/28 решает следующие задачи:

- легитимизация введения в оборот произведений, авторы или правообладатели которых отсутствуют (умерли, обанкротились), неизвестны, не заинтересованы в судьбе произведения;
- унификация и признание процедур по признанию статуса сиротских произведений в различных странах – членах ЕС;
- обеспечение инфраструктуры трансграничного доступа к культурному контенту на территории ЕС;
- недопущение появления сиротских произведений в будущем;
- создание механизмов контроля за соблюдением авторских прав.

В ст. 1 Директивы 2012/28 четко ограничена сфера ее применения по субъектам и по объектам. В о - п е р в ы х , уполномочены заниматься оцифровкой и последующим распространением сиротских произведений только определенные организации и учреждения, созданные в странах – членах ЕС, а именно:

- общедоступные библиотеки;
- образовательные учреждения;
- музеи;
- архивы;
- учреждения, обеспечивающие сохранение кино- и видеоматериалов;
- организации общественного вещания (далее – уполномоченные организации).

В о - в т о р ы х , сиротскими произведениями могут быть лишь некоторые виды произведений. В их перечень включены:

- произведения, опубликованные в виде книг, журналов, газет, или другие литературные произведения, содержащиеся в коллекциях общедоступных библиотек, образовательных учреждений, музеев, архивов и учреждений, обеспечивающих сохранение кино- и видеоматериалов;
- кинематографические или аудиовизуальные произведения, содержащиеся в коллекциях общедоступных библиотек, образовательных учреждений, музеев, архивов и учреждений, обеспечивающих сохранение кино- и видеоматериалов;
- кинематографические или аудиовизуальные произведения, созданные организациями общественного вещания до 31 декабря 2001 г. и содержащиеся в их архивах.

Таким образом, из сферы применения Директивы 2012/28 выпадает довольно широкий перечень произведений. В ст. 10 Директивы 2012/28 обозначена задача постепенно сократить его. В частности, специально выделены фотографические произведения и другие изображения, которые пока не могут претендовать на получение статуса сиротских произведений в порядке, предусмотренном Директивой 2012/28. Ближайший пересмотр правил Директивы 2012/28 назначен на 29 октября 2015 г.

Для целей применения Директивы 2012/28 необходимо, чтобы данные произведения пользовались авторско-правовой охраной в странах – членах ЕС, поэтому в правилах ст. 1 Директивы 2012/28 оговорено, что она распространяется на произведения, которые впервые опубликованы, сообщены, предоставлены для общего доступа в стране-члене.

Самым важным условием предоставления «сиротского» статуса произведению является выполнение надлежащего поиска (*diligent search*). Он должен быть выполнен до начала использования произведения. Правила, установленные в ст. 3 Директивы 2012/28 и приложении, которое составляет неотъемлемую часть данной директивы (далее – Приложение), подробно регламентируют процесс надлежащего поиска. Он должен осуществляться добросовестно в отношении каждого произведения путем использования источников информации, соответствующих виду произведения. В Приложении содержится перечень этих источников. Он включает библиотечные каталоги, базы данных и реестры, в том числе материалы и данные обществ по коллективному управлению, ассоциаций авторов и издателей. Ориентиром для поиска могут служить уникальные номера, присваиваемые экземплярам произведений национальными агентствами в соответствии с системой международных стандартов: ISBN и ISSN (International Standard Book Number, International Standard Serial Number – книжные и периодические издания литературных произведений), ISAN (International Standard Audiovisual Number – аудиовизуальные произведения), ISWC (International Standard Music Work Code – музыкальные произведения).

В соответствии со ст. 3.2 Директивы 2012/28 страны-члены сами должны определить источники надлежащего поиска. Вместе с тем в положениях Директивы 2012/28 предусматривается, что ключевую роль в его осуществлении призваны сыграть мультиисточниковые базы, созданные как международные проекты. Одной из них является ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works), которая создана специально, чтобы решать проблемы, связанные с сиротскими произведениями [7].

База ARROW выступает составной частью процесса формирования интегрированного культурного пространства Европы и тесно связана с проектом Europeana, который предполагает создание обширной оцифрованной коллекции книг, картин, фильмов, музейных экспонатов, архивных документов [8]. Europeana выступает как международный проект сотрудничества по оцифровке и обмену материалами. В настоящее время Europeana обеспечивает доступ к 15 млн таких материалов от 1500 контент провайдеров. Это всемирно известные шедевры – «Мона Лиза» Леонардо да Винчи, сочинения Моцарта и другие произведения, находящиеся в общественном достоянии, а также произведения, в отношении которых срок авторско-правовой охраны еще не истек. ARROW создана с тем, чтобы облегчить поиск авторско-правовой информации об оцифрованных произведениях.

В данной системе собрана информация о наличии/отсутствии автора/правообладателя, возможности коммерческого использования произведения. Таким образом, ARROW позволяет получить полную информацию о статусе оцифрованных материалов с точки зрения авторского права.

Поскольку авторско-правовая охрана исходит из принципа территориальной ограниченности, в Директиве 2012/28 уточняется, право какой страны-члена должно быть в первую очередь принято во внимание при определении правового статуса произведения. По ст. 3.3 Директивы 2012/28 надлежащий поиск должен быть осуществлен в стране – члене ЕС (соответственно с ориентиром на авторское право этой страны), где впервые были осуществлены акты публикации или вещания. Исключение предусмотрено для кинематографических и аудиовизуальных произведений. Для них поиск должен быть осуществлен по месту нахождения или жительства продюсера.

Если произведение не было доведено до всеобщего сведения путем публикации или вещания, то поиск осуществляется с ориентиром на страну-член, в которой учреждены уполномоченные организации, обеспечившие публичный доступ к произведению.

Директива 2012/28 постоянно ссылается на юрисдикцию стран-членов. Вместе с тем при решении вопросов правового статуса произведения может быть учтено право и других стран. Согласно ст. 3.4 Директивы 2012/28, при наличии доказательств, свидетельствующих, что информация о правообладателях может быть найдена в этих странах, соответствующие источники могут быть использованы. Данная формулировка не оставляет сомнений, что информация о правовом статусе произведения, полученная из стран, не входящих в ЕС, будет носить второстепенный характер и может быть не принята во внимание. Это важно с учетом возможных коллизий, касающихся доказательств авторства, объектов, изъятых из авторско-правовой охраны, а с учетом развития приемов коллизионного регулирования в области авторского права – и случаев свободного использования.

Директива 2012/28 обязывает страны-члены упорядочить национальные системы сбора и обработки информации о правовом статусе произведений. Имплементационные правила ст. 9 Директивы 2012/28 позволяют свободу стран – членов ЕС в определении необходимых положений национального права. Вместе с тем обращает на себя внимание довольно жесткая привязка действий стран-членов и уполномоченных организаций по формализации работы с информацией о правовом статусе произведений. Страны – члены ЕС доводят до сведения Комиссии ЕС положения национального права, обеспечивающие выполнение требований Директивы 2012/28, а также обеспечивают направление информации о правовом статусе произведений, предоставляемой уполномоченными организациями, в единую общедоступную базу, администрируемую Ведомством по гармонизации на внутреннем рынке (далее – ВГВР).

ВГВР – ведомство ЕС, созданное для функционирования единых систем охраны объектов промышленной собственности (товарных знаков Сообщества, промышленных образцов Сообщества). Согласно недавно принятым правилам (см. Regulation 386/2012 of the European Parliament and of the Council of 19 April 2012 on entrusting the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) with tasks related to the enforcement of intellectual property rights, including the assembling of public and private-sector representatives as a European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights), его компетенция была расширена и включает все вопросы интеллектуальной собственности [9]. Таким образом, выполнение Директивы 2012/28 поставлено по контроль институциональных механизмов ЕС.

В ст. 4 Директивы 2012/28 установлена трансграничность статуса сиротского произведения на всей территории ЕС. Присвоение данного статуса в рамках юрисдикции одной страны – члена ЕС имеет значение и правовые последствия для всех других стран – членов ЕС. В данном аспекте наблюдается постепенный отход от территориальности авторско-правовой охраны в странах – членах ЕС по аналогии с отказом от принципа территориальности прав промышленной собственности в результате создания единых систем охраны товарных знаков (товарный знак Сообщества), промышленных образцов (промышленный образец Сообщества), изобретений (европейский патент с унитарным эффектом) и пр.

Единый статус сиротского произведения означает, что в отношении него во всех странах – членах ЕС могут быть предприняты действия по свободному использованию.

Авторы и правообладатели сиротских произведений могут в любой момент заявить о своих правах и добиться снятия со своих произведений соответствующего статуса (ст. 5 Директивы 2012/28). Однако пока этого не сделано, по правилам ст. 6 Директивы 2012/28 уполномоченные организации вправе совершать действия в отступление прав воспроизведения и доведения до всеобщего сведения произведения.

Директива 2012/28 четко обозначила некоммерческий характер такого свободного использования. Уполномоченные организации должны действовать в общественных интересах. В ст. 6.2 Директивы 2012/28 особо подчеркивается, что они могут преследовать цели сохранения, восстановления произведений, распространения знаний, содействие образовательному процессу и т. п. Получение доходов не исключается, но по формулировке данной нормы они должны идти на покрытие расходов по оцифровке и обеспечению доступа к сиротским произведениям. Кроме того, определенный люфт для выгодности, рентабельности и денежного вознаграждения в связи с введением в оборот сиротских произведений оставляют правила ст. 6.4 Директивы 2012/28, согласно которым уполномоченные организации

вправе полагаться на принцип свободы договора при осуществлении своей деятельности, в том числе и при осуществлении соглашений публично-частного партнерства. Вообще оцифровку необходимо отделить от использования произведений, поскольку это процесс трудоемкий и дорогостоящий. Поэтому не исключено, что конечные пользователи – представители общества – в итоге могут столкнуться с необходимостью заплатить за доступ к сиротским произведениям.

Одним из проблемных аспектов реализации Директивы 2012/28 может стать проблема выплаты вознаграждения авторам и правообладателям, которые решили воспользоваться правом на прекращение статуса сиротского произведения. В соответствии со ст. 6.6.5, страны-члены должны обеспечить механизмы получения этими лицами справедливой компенсации за использование, которое было осуществлено уполномоченными организациями. В о - первых, возникает чисто экономический вопрос: из каких источников должны быть аккумулированы эти средства, если по общему правилу использование сиротских произведений осуществляется за рамками коммерческого оборота? В о - вторых, правила в отношении размера, условий и порядка выплаты компенсации в Директиве 2012/28 не подвергнуты достаточно подробной регламентации – в основном они оставлены на усмотрение стран – членов ЕС. Так, сказано, что размер компенсации определяется в соответствии с правом ЕС (таким образом сделана отсылка к директивам, гармонизировавшим авторское право в странах – членах ЕС) и правом страны-члена, в которой учреждена организация, использующая сиротское произведение.

Вместе с тем Директива 2012/28 представляется очень удачным, гибким и взвешенным нормативным правовым актом. Она является прогрессивным шагом в развитии авторского права в эпоху цифровых технологий. Она в первую очередь отвечает нуждам общества и в этом качестве представляет собой первый нормативный правовой акт, нацеленный на решение проблем незаконного использования произведений в результате развития цифровых технологий и интернета не путем повышения уровня охраны, ужесточения наказания и расширения средств защиты, предоставленных правообладателю, а за счет налаживания легитимного порядка использования произведений. Директива 2012/28 базируется на ответственном поведении правообладателя, который должен проявлять заинтересованность в правовой охране своего произведения. На наш взгляд, государство, общества по коллективному управлению и третьи лица могут действовать вместо правообладателя только в крайних случаях, когда нарушение авторских прав существенным образом нарушает интересы общества, например когда распространение пиратских товаров связано с осуществлением организованной преступной деятельности.

С юридико-технической точки зрения Директивы 2012/28 также представляется очень удачным примером развития правового регулирования.

В ней заложены необходимые правовые и организационные механизмы, обеспечивающие эффективную правоприменительную деятельность. В ней решены проблемы соотношения права ЕС и права стран-членов, компетенции институций ЕС и даже намечены приемы решения коллизионных вопросов, что в системе международной охраны интеллектуальная собственность представляет наиболее сложную разрешимую ситуацию.

Директиву 2012/28 целесообразно использовать в качестве примера развития как национального, так и международного права. Аналогичные правовые и организационные механизмы вполне могут быть введены в Республике Беларусь. Для этого необходимо ввести в ЗАП понятие «сиротское произведение» или уточнить регламентацию правовой охраны произведений, авторы или правообладатели которых не известны. Организационную основу возможных нововведений могут составить Национальная библиотека Беларуси и Национальный центр интеллектуальной собственности. В рамках действующего Евразийского экономического сообщества (ЕвразЭС) или в последующем в Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) при условии его создания по примеру ЕС могут быть осуществлены шаги по постепенному отходу от территориальности в действии национально-правовых систем охраны интеллектуальной собственности. В ЕвразЭС для достижения этой цели потребуется заключение соглашения между государствами-членами, в ЕАЭС – принятия его органами актов наднационального характера.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) (Text with EEA relevance) // Official Journal. – 2009. – L 111. – P. 16–22.
2. Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights // Official Journal. – 2011. – L 265. – P. 1–5.
3. Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works // Official Journal. – 2012. – L 299. – P. 5–12.
4. Об авторском праве и смежных правах : Закон Республики Беларусь, 17 мая 2011 г., № 262-З : одобрен Советом Республики 28 апреля 2011 г. : принят Палатой представителей 27 апреля 2011 г. // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
5. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений [Электронный ресурс] / ВОИС. Договоры по охране интеллектуальной собственности. – URL : <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/berne.html>.
6. Московской конвенции по авторскому праву [Электронный ресурс] / Ассоциация интернет-издателей. – URL : http://www.webpublishers.ru/?page_id=166.

7. Presenting the ARROW system [Electronic resource] / ARROW. – URL : <http://www.arrow-net.eu/presenting-arrow-system>.

8. Europeana [Electronic resource]. – URL : <http://www.europeana.eu/portal>.

9. Regulation 386/2012 of the European Parliament and of the Council of 19 April 2012 on entrusting the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) with tasks related to the enforcement of intellectual property rights, including the assembling of public and private-sector representatives as a European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights // Official Journal. – 2012. – L 129. – P. 1–6.

Статья поступила в редакцию 31.05.2013 г.

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

Н. Г. Маскаева

В настоящей статье анализируются определения недобросовестной конкуренции, закрепленные в международных договорах, оценивается соответствие им определения, содержащегося в Законе Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции». В целях устранения недостатков определений недобросовестной конкуренции, предусмотренного в Соглашении о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 г. и указанном Законе, предлагается внести в них, а также в Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь и Инструкцию о рассмотрении заявлений (обращений) о нарушении антимонопольного законодательства в части осуществления недобросовестной конкуренции необходимые изменения и дополнения, а также разработать порядок рассмотрения Евразийской экономической комиссией (ЕЭК) дел о недобросовестной конкуренции и постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь о применении хозяйственными судами законодательства о недобросовестной конкуренции, закрепив в них определенные разъяснения для ЕЭК и данных судов.

The article provides for the analysis of the unfair competition definitions set forth in some international treaties as well as the estimation of the compliance with them of the relevant definition set forth in the Law of the Republic of Belarus from December, 10, 1992 «On Counteraction to Monopolistic Activities and Promotion of Competition». For the purpose of addressing the shortcomings of the unfair competition definitions provided for in the Agreement on common principles and rules of competition from December 9, 2010 and in the mentioned Law some necessary amendments to them as well as to the Code of economic procedure of the Republic of Belarus and to the Instruction on consideration of allegations of violation of antimonopoly legislation in terms of unfair competition are proposed. It is also suggested to develop the procedure of the consideration of the Eurasian Economic Commission (EEC) of unfair competition cases and the Resolution of the Plenum of the Supreme Economic Court of the Republic of Belarus on application by the economic courts of unfair competition legislation, specifying in them some clarifications for the EEC and for these courts.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, акт конкуренции, Евразийская экономическая комиссия, недобросовестная конкуренция, обычаи делового оборота, региональный международный договор, универсальный международный договор.

Keywords: antimonopoly law, act of competition, Eurasian Economic Commission, unfair competition, trade customs, regional international treaty, universal international treaty.

Недобросовестные по своей сущности методы экономического соперничества были известны еще рабовладельческому и феодальному обществу. Однако только с развитием промышленного производства и капиталистического оборота данные методы получили широкое распространение (на рубеже XIX–XX вв.) [1, с. 33], что привело государства к пониманию необходимости принятия совместных мер по их пресечению. Вместе с тем для выработки таких мер требовалось отграничить дозволенную деловую практику от запрещенной. Это стало возможным благодаря закреплению в международных договорах термина «недобросовестная конкуренция» и его определений, а также перечня действий, которые должны автоматически признаваться в государствах-членах недобросовестной конкуренцией.

Целью настоящей статьи является анализ данных определений и выработка на его основе предложений, направленных на совершенствование международно- и национально-правового регулирования в рассматриваемой сфере, а также на облегчение их применения на практике.

В работах зарубежных и отечественных авторов, включая В. И. Еременко [2], Д. А. Невмержицкого [3], С. С. Лосева [4], С. А. Паращук [5], И. В. Попову [6], А. Дайера (A. Dyer) [7], Г. Боденхауза [8], Ф. Хеннинга-Бодевига (F. Henning-Bodewig) [9], посвященных изучению недобросовестной конкуренции как правовой категории, рассматривается лишь ее определение, закрепленное в Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. (далее – Парижская конвенция [10]). Соответствующие определения, содержащиеся в иных международных договорах, не анализируются вообще (определение, предусмотренное в Соглашении о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 г. [11] (далее – Соглашение о конкуренции), либо их анализу (в случае его наличия) не уделяется достаточного внимания (определение, предусмотренное в Договоре о проведении согласованной антимонопольной политики от 25 января 2000 г. [12] (далее – Договор об антимонопольной политике). При этом предложений по приведению белорусского определения недобросовестной конкуренции в соответствие с ними не высказывается, что также повышает актуальность настоящего исследования.

Для написания данной статьи использовались логический, сравнительно-правовой и формально-юридический методы.

Первые попытки унификации определения «недобросовестная конкуренция» в международных договорах предпринимались практически одно-

временно с началом развития зарубежного законодательства в данной сфере.

Так, в 1925 г. на Гаагской конференции по пересмотру Парижской конвенции ее ст. 10-bis была дополнена п. 2, согласно которому актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах [9, р. 18].

На наш взгляд, это определение было включено в Парижскую конвенцию для эффективной реализации п. 1 указанной статьи данного международного договора, в соответствии с которым одни государства-участники обязаны обеспечить *гражданам других государств-участников* эффективную защиту от недобросовестной конкуренции. Исходя из упомянутого определения государства – участники Парижской конвенции должны признавать недобросовестной конкуренцией в отношении граждан других государств-участников *как минимум* то поведение, которое содержит в совокупности его конститутивные признаки:

1) является актом конкуренции (*act of competition, acte de concurrence, acto de competencia*).

2) противоречит честным обычаям в промышленных и торговых делах (*honest practices in industrial or commercial matters, usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, los usos honestos en materia industrial o comercial*).

В Парижской конвенции нет ни определения термина «акт конкуренции», ни термина «честные обычай в промышленных и торговых делах». Это означает, что страны – участники Парижской конвенции могут придать указанным терминам то значение, которое они посчитают необходимым.

Кроме того, Парижская конвенция позволяет государствам – участникам устанавливать *альтернативные критерии* (например, противоречие законодательству, либо требованиям добросовестности и разумности и т. д.), которым должно удовлетворять соответствующее действие (бездействие) для его квалификации в качестве недобросовестной конкуренции. Однако с учетом «минимального» характера рассмотренного определения недобросовестной конкуренции, если их правоприменительные органы установят, что совершенное в отношении гражданина (граждан) государств – участников Парижской конвенции действие (бездействие) противоречит «честным обычаям в промышленных и торговых делах», они должны, независимо от соотносимости данного действия с предусмотренными законодательством соответствующих государств альтернативными критериями, признавать его недобросовестной конкуренцией.

Также Парижская конвенция не требует от государств-участников *законодательного закрепления* определения недобросовестной конкуренции.

В настоящее время Парижская конвенция является единственным *универсальным международным договором*, в котором предусмотрено понятие недобросовестной конкуренции.

К региональным международным договорам, содержащим данное понятие, относятся Договор об антимонопольной политике и Соглашение о конкуренции. Договор об антимонопольной политике вступил в силу для Республики Беларусь 5 июня 2000 г., Соглашение о конкуренции – 1 января 2012 г.

Согласно п. 1 ст. 3 Договора об антимонопольной политике, действия, которые являются проявлением недобросовестной конкуренции, рассматриваются как недопустимые и квалифицируются в соответствии с антимонопольным законодательством государств-участников. В соответствии с абз. 7 ст. 1 Договора «недобросовестная конкуренция – любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия (бездействие) хозяйствующих субъектов, которые противоречат национальному антимонопольному законодательству, обычаям делового оборота и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам либо нанести ущерб их деловой репутации».

Пунктом 1 ст. 13 Соглашения о конкуренции предусмотрено, что недобросовестная конкуренция не допускается. Под недобросовестной конкуренцией данное Соглашение (п. 15) ст. 2 понимает любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия (бездействие) хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) или нескольких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), которые противоречат законодательству Сторон, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить ущерб другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) – конкурентам, либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Аналогично Парижской конвенции Договор об антимонопольной политике и Соглашение о конкуренции не требуют приведения содержащихся в законодательствах государств-участников определений недобросовестной конкуренции с закрепленными в данных международных договорах определениями, а лишь налагают на эти государства обязанность признавать в качестве недобросовестной конкуренции и в связи с этим не допускать и пресекать *как минимум те действия (бездействие), которые отвечают предусмотренным или признакам*. При этом ряд этих признаков совпадает (направленность на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности; противоречие обычаям делового оборота), ряд – различается.

В о-первых, исходя из Договора об антимонопольной политике действие/бездействия может быть признано недобросовестной конкуренцией, если оно противоречит антимонопольному законодательству Сторон, исходя из Соглашения о конкуренции – законодательству Сторон в любой сфере.

В о-вторых, Соглашение о конкуренции налагает на государства-участники обязанность признания недобросовестной конкуренцией действия/бездействие, противоречащего требованиям добропорядочности,

разумности и справедливости, а Договор об антимонопольной политике такой обязанности не предусматривает.

В - третьих, из определения недобросовестной конкуренции, закрепленного в Соглашении о конкуренции, следует, что для признания действия (бездействия) недобросовестной конкуренцией обязательно наличие *конкурентной связи* между хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) или несколькими хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), совершающим (совершающими) соответствующее действие (бездействие), и другим хозяйствующим субъектом (субъектами), который затронут (может быть им затронут). Договор об антимонопольной политике данного требования не содержит.

Следует также обратить внимание на то, что рассматриваемые определения недобросовестной конкуренции различаются не только по своему содержанию, но и *по предназначению*. Так, определение недобросовестной конкуренции, предусмотренное в Договоре об антимонопольной политике, предназначено для применения только *национальными органами Сторон*, а предусмотренное в Соглашении о единых принципах и правилах конкуренции – для применения *также наднациональным органом* (Евразийской экономической комиссией, далее – ЕЭК) в случае, если недобросовестная конкуренция будет оказывать или способна оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух или более Сторон Соглашения.

Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 г. № 29 утверждены Критерии отнесения рынка к трансграничному (далее – Критерии) [13]. Согласно п. 2 Критериев рынок является трансграничным, если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более Сторон. Пункт 3 Критериев установил дополнительное к вышеуказанному условию для пресечения ЕЭК недобросовестной конкуренции: необходимость того, чтобы хозяйствующий субъект, действия которого нарушают запрет осуществления недобросовестной конкуренции, и хозяйствующий субъект (хозяйствующие субъекты) – конкурент (конкуренты), которому (которым) причинен или может быть причинен ущерб либо нанесен или может быть нанесен вред деловой репутации в результате совершения таких действий, были зарегистрированы на территории разных Сторон.

Вместе с тем, несмотря на наличие международно-правовых оснований для рассмотрения ЕЭК дел о недобросовестной конкуренции, данное право у нее отсутствует; оно возникнет после передачи ЕЭК в соответствии со ст. 31 Соглашения о конкуренции полномочий Сторон по контролю за соблюдением единых правил конкуренции.

На наш взгляд, после такой передачи ЕЭК может столкнуться с определенными затруднениями. Дело в том, что в Соглашении о конкуренции

не раскрывается, что понимается под требованиями «добропорядочности», «разумности», «справедливости», а также «обычаями делового оборота».

В толковых словарях русского языка слово «разумный» означает, в том числе «толковый, рассудительный, благоразумный, основанный на разуме, оправдываемый здравым смыслом»; [14, с. 1083] «доступный пониманию, вразумительный» [15]; «добропорядочный» – отличающийся порядочностью, положительными качествами [14, с. 264]; «справедливый» – беспристрастно следующий правде, истине в своих поступках и мнениях; основанный на беспристрастном соблюдении истины; истинный, правильный, основательный, не вымышленный [16, с. 881]; соответствующий моральным и правовым нормам [14, с. 1252].

Исходя из изложенного полагаем возможным согласиться с доктором Э. Марквартом в том, что обращение к категории «разумность» в целях установления наличия недобросовестной конкуренции неприемлемо, поскольку может привести к тому, что к данной конкуренции можно было бы отнести, к примеру, действия субъекта, инвестирующего огромные средства в рекламную деятельность, когда для большинства совершенно очевидно, что эти меры в силу определенных обстоятельств (к примеру, слабая покупательная способность, насыщенность рынка и т. п.) не могут привести к какому бы то ни было существенному улучшению положения этого субъекта на рынке [1, с. 58], т. е. являются неразумными.

Также бесспорно то, что такие категории, как «добропорядочность» и «справедливость», являются отражением социологических, экономических и морально-этических принципов определенного общества, которые могут отличаться друг от друга даже в рамках одного государства [17, с. 25]. ЕЭК же будет рассматривать дела о недобросовестной конкуренции, которые тем или иным образом связаны с территорией *нескольких государств*, что еще больше усложнит интерпретацию указанных категорий.

Полагаем, что в Соглашении о конкуренции следует закрепить понятие «обычай делового оборота». В настоящее время в юридической доктрине данный термин понимается единообразно – «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе». Данное определение аналогично содержащемуся в п. 1 ст. 5 ч. 1 Модельного Гражданского кодекса для государств – участников Содружества Независимых Государств 1994 г. [18].

Отметим, что большинство общеизвестных обычаев делового оборота сложилось в договорной сфере и регулирует договорные отношения сторон. Так, например, такими авторитетными международными организациями, как Международный институт по унификации международного частного права (УНИДРУА) и Международная торговая палата, принятые соответ-

ственno Принципы международных коммерческих договоров (последняя редакция – 2010 г.) [19] и Международные правила толкования торговых терминов (ИНКОТЕРМС) (последняя редакция – 2010 г.) [20].

Вместе с тем акты недобросовестной конкуренции не являются нарушениями договорных обязательств, и потому в целях установления наличия такой конкуренции обращение к указанным обычаям делового оборота полагаем невозможным.

По нашему мнению, применению ЕЭК в рамках рассмотрения дел о недобросовестной конкуренции подлежат обычай делового оборота, устанавливающие правила поведения участников рынка в определенных сферах. В качестве документов, в которых могут быть зафиксированы подобные обычай делового оборота, могут расцениваться, например, кодексы сложившейся практики, в частности Российский Кодекс практики рекламы и маркетинговых коммуникаций, подписанный 12 марта 2012 г. представителями более чем 20 организаций [21].

Однако считаем, что даже правила, содержащиеся в таких документах, ЕЭК будет вправе признать обычаями делового оборота лишь в том случае, если они будут содержать отличительные признаки данных обычаем (указанны в вышеприведенном определении обычая делового оборота).

Некоторые юристы-правоведы (например, Б. Г. Бадмаев [22, с. 80], Л. Е. Гукасян [23, с. 11]) считают, что в том случае, когда действие (бездействие) относится к одной из законодательно предусмотренных форм недобросовестной конкуренции, оно не должно оцениваться на соответствие требованиям морально-этического характера, что представляется обоснованным. Кроме того, полагаем, что в отношении такого действия не должен проводиться анализ его соответствия обычаям делового оборота. Вместе с тем в Соглашении о конкуренции соответствующие категории перечислены через запятую, что нуждается в корректировке.

В Республике Беларусь определение термина «недобросовестная конкуренция» содержится в абз. 8 ст. 1 Закона Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» [24] (далее – антимонопольный Закон). Согласно данному абзацу, «недобросовестная конкуренция – любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат настоящему Закону, требованиям добросовестности и разумности и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам – либо нанести ущерб их деловой репутации».

Как видно, на основании данного определения в Республике Беларусь нельзя признать недобросовестной конкуренцией:

- бездействие;
- действие хозяйствующего субъекта, противоречащее обычаям делового оборота либо требованиям добропорядочности и справедливости.

Это не соответствует абз. 7 ст. 1 Договора об антимонопольной политике и п. 1 ст. 3 Соглашения о конкуренции. В данной связи полагаем необходимым внести в указанное определение соответствующие дополнения. При этом предлагается закрепить в антимонопольном Законе определение термина «обычай делового оборота» в вышеприведенной редакции.

Поскольку в ч. 2 ст. 26 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ХПК) [25] используется не термин «обычай делового оборота», а термин «обычай», который имеет такое же определение, предлагается заменить его термином «обычай делового оборота».

Обращаем внимание на то, что на основании ч. 2 ст. 26 ХПК без внесения в нее соответствующих изменений хозяйственные суды при рассмотрении дел о недобросовестной конкуренции смогли бы применять только те обычаи делового оборота, которые соблюдаются сторонами в договорных отношениях и которые широко известны в международной торговле. Однако оценка действия (бездействия) на соответствие подобным обычаям в целях установления наличия недобросовестной конкуренции противоречит правовой природе недобросовестной конкуренции. Кроме того, в рассмотренных международных договорах Республики Беларусь не уточняется, что в данных целях должны применяться лишь обычаи международной торговли (т. е. это могут быть и «местные» обычаи, сложившиеся в рамках одного государства), а также что стороны должны быть осведомлены об их существовании. В данной связи ч. 2 ст. 26 ХПК нуждается в доработке.

Помимо изложенного, отметим, что определению недобросовестной конкуренции, содержащемуся в антимонопольном Законе, присущи те же недостатки, которыми обладает соответствующее определение, закрепленное в Соглашении о конкуренции. По нашему мнению, данные недостатки требуют устранения.

С учетом изложенного предлагается:

1) исключить из определений недобросовестной конкуренции, содержащихся в Соглашении о конкуренции и антимонопольном Законе, слово «разумности»;

2) дополнить указанное Соглашение и антимонопольный Закон термином «обычай делового оборота» и его определением (см. выше);

3) дополнить закрепленное в абз. 8 ст. 1 антимонопольного Закона определение недобросовестной конкуренции после слова «действия» словом «(бездействие)»;

4) в п. 1 ст. 13 Соглашения о конкуренции слова «законодательству Сторон, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости» заменить словами «законодательству Сторон, либо обычаям делового оборота, либо требованиям добропорядочности и справедливости»; в абз. 8 ст. 1 антимонопольного Закона слова «противоречат настоящему Закону, требованиям добросовестности и разум-

ности» заменить словами «противоречат настоящему Закону, либо обычаям делового оборота, либо требованиям добропорядочности и справедливости»;

5) для облегчения применения ЕЭК, хозяйственными судами Республики Беларусь (далее – хозяйственные суды) и антимонопольными органами Республики Беларусь соответствующих определений недобросовестной конкуренции разработать порядок рассмотрения ЕЭК дел о недобросовестной конкуренции (может быть утвержден, например, решением Высшего Евразийского экономического совета) и постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь о применении хозяйственными судами законодательства о недобросовестной конкуренции. В данных документах, а также в Инструкции о рассмотрении заявлений (обращений) о нарушении антимонопольного законодательства в части осуществления недобросовестной конкуренции, утвержденной постановлением Министерства экономики Республики Беларусь от 17 апреля 2006 г. № 61, предлагается отразить:

- необходимость учета представлений о требованиях добропорядочности и справедливости обычного среднестатистического человека;

- указание применять обычай делового оборота, устанавливающие правила поведения хозяйствующих субъектов в определенных сферах, а не регулирующие их договорные отношения;

6) в названии ст. 26 ХПК слова «обычаев, используемых в международной торговле» заменить словами «обычаев делового оборота», а предложение первое ч. 2 данной статьи изложить в следующей редакции: «Хозяйственные суды в соответствии с законодательством применяют обычай делового оборота (сложившиеся и широко применяемые в какой-либо области предпринимательской деятельности правила поведения, не предусмотренные законодательством, независимо от того, зафиксированы ли они в каком-либо документе), о которых стороны знали или должны были знать и которые в международной торговле широко известны и постоянно соблюдаются сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли, *а также иные обычаи делового оборота в случаях, предусмотренных законодательными актами*».

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Маркварт Э. Сравнительный анализ регулирования недобросовестной конкуренции в ФРГ, Европейском союзе и Российской Федерации : дис. канд. юрид. наук: 12.00.04. – М., 1998.

2. Еременко В. И. Особенности пресечения недобросовестной конкуренции в Российской Федерации // КонсультантПлюс : Россия. Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.

3. Невмержицкий Д. А. Недобросовестная конкуренция как объект гражданско-правового регулирования : дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 – Минск, 1998.
4. Лосев С. С. Недобросовестная конкуренция // КонсультантПлюс : Россия. Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М., 2013.
5. Паращук С. А. Недобросовестная конкуренция: содержание и правовые средства пресечения : дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 – М., 1995.
6. Попова И. В. Пресечение недобросовестной конкуренции: перспективы применения в Республике Беларусь // Право Беларуси. – 2003. – № 23. – С. 61–67.
7. Dyer A. Unfair competition in private international law // Recueil des cours de Academie de Droit International, 1988. – Т. 211. – Dordrecht, 1990. – Р. 377–446.
8. Бодеңхауз Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: комментарии. – М. : Прогресс, 1977.
9. Henning-Bodewig F. Unfair Competition Law. European Union and Member States – Hague : Kluwer Law International, 2006.
10. Парижская конвенция об охране промышленной собственности от 20 мар. 1883 г. // Эталон 6.5 [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
11. Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции от 9 дек. 2010 г. // Эталон 6.5 [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
12. Договор о проведении согласованной антимонопольной политики от 25 янв. 2000 г. // Эталон 6.5 [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.
13. Об утверждении Критериев отнесения рынка к трансграничному : Решение Высш. Евразийского экон. совета, 19 дек. 2012 г. № 29 // Евразийская экономическая комиссия [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://tsouz.ru/eek/RVSEEK/3z/Documents/29.pdf>.
14. Большой толковый словарь русского языка / гл. ред. С. А. Кузнецов. – СПб. : Норинт, 2000.
15. Общий толковый словарь русского языка [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://tolkslovar.ru/r2098.html>.
16. Толковый словарь русского языка : ок. 30 000 слов / под ред. Д. Н. Ушакова. – М. : Астрель : ACT : Хранитель, 2007.
17. Защита от недобросовестной конкуренции. Анализ современной ситуации в мире / Публикация ВОИС № 725 (R). – Женева, 1995.
18. Модельный Гражданский кодекс для государств – участников Содружества Независимых Государств (часть первая) : принят пост. Межпарламент. ассамблеи государств – участников Содружества Независимых Государств 29 окт. 1994 г. // Межпарламентская ассамблея государств – участников Содружества Независимых Государств [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : +гражданский&search_docs=найти&category=&type_of_document=&document_type=&cis_documents_adopted=&document_entered_by=&date_fld=&date_fld_finish=.
19. Unidroit Principles of International Commercial Contracts // International Institute for the Unification of Private Law [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

20. International Commercial Terms // International Chamber of Commerce [Electronic resource]. – 2013. – URL : <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/>.

21. Российский кодекс практики рекламы и маркетинговых коммуникаций // Ассоциация коммуникационных агентств России [Электронный ресурс]. – 2013. – URL : <http://www.akarussia.ru/download/trk.pdf>.

22. Бадмаев Б. Г. Правовое регулирование противодействия недобросовестной конкуренции // Право и государство: теория и практика. – 2008. – № 6 (42). – С. 78–82.

23. Гукасян Л. Е. Защита от недобросовестной конкуренции на товарных рынках России. Законодательство, практика применения, комментарии / Ин-т микроэкономики – М. : Новый век, 2001. – 148 с.

24. О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции : Закон Респ. Беларусь, 10 дек. 1992 г., № 2034-XII : в ред. Закона Респ. Беларусь от 10.01.2000 г. // Эталон 6.5 [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

25. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь : принят Парламентом представителей 11 нояб. 1998 г. : одобр. Советом Респ. 26 нояб. 1998 г. : текст Кодекса по состоянию на 30 дек. 2011 г. // Эталон 6.5 [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информации Респ. Беларусь. – Минск, 2013.

Статья поступила в редакцию 15.07.2013 г.

РАЗВИТИЕ ХОЗЯЙСТВЕННОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В УКРАИНЕ

В. Н. Махинчук

В статье исследуются основные этапы формирования системы хозяйственных судов в Украине. Производится сравнение принципов хозяйственного и гражданского процесса. Делается вывод о наличии предпосылок для дальнейшего сближения хозяйственного и гражданского судопроизводства.

The article under consideration examines the main stages of formation of the system of commercial courts in Ukraine. The author compares the principles of economic and civil proceedings. It is concluded on the presence of prerequisites for the further convergence of economic and civil proceedings.

Ключевые слова: хозяйственный процесс, гражданский процесс, предпринимательские споры.

Keywords: economic procedure, civil litigation, business disputes.

Переход от административно-плановой экономики к свободе предпринимательской деятельности поставил перед законодателями всех постсоветских стран задачу создания не только законодательства о предпринимательстве, но и закрепления специальных процедур разрешения споров, которые неотвратимо возникают из предпринимательских отношений.

В странах с развитой рыночной экономикой существуют различные модели процессуального законодательства, которыми устанавливается порядок разрешения предпринимательских споров: может приниматься специальный процессуальный кодекс либо же нормы, учитывающие основные требования к процессу разрешения таких споров, размещаются в гражданском процессуальном законе.

Необходимость в закреплении особенного порядка разрешения государственными судами коммерческих споров проистекает из особенностей предпринимательских правоотношений. Предпринимательский оборот характеризуется потребностью беспрепятственного обмена товарами и услугами в соответствии с нормами коммерческих договоров и действующего законодательства. Соответственно разногласия, возникающие между предпринимателями, требуют оперативного устранения, а споры – оперативного разрешения. Именно этим объясняется необходимость формирования специальных судов для разрешения предпринимательских споров и установления специального порядка направления ими правосудия.

Теоретические и практические проблемы судопроизводства в предпринимательских спорах были и остаются предметом исследований широкого круга ученых: цивилистов, представителей науки хозяйственного права, специалистов процессуально-правовых наук. Среди них важное значение имеют исследования таких украинских и зарубежных ученых-юристов, как Т. Е. Абова, Е. А. Беляневич, В. М. Горшенев, М. А. Гервич, П. П. Заворотько, В. В. Комаров, О. В. Кудрявцева, Д. Д. Луспеник, Д. Н. Притика, Д. М. Сибилев, Е. А. Суханов, В. И. Тертишников, Г. В. Фазикош, Н. А. Чечина, Д. М. Чечот, М. И. Штефан, В. Н. Щеглов, К. С. Юдельсон и др. Однако все еще остаются нерешенными существенные теоретические проблемы судопроизводства в делах, возникающих из предпринимательских отношений. Поэтому заданием этого исследования является выявление исторических предпосылок создания хозяйственных судов в Украине и выявление основных тенденций современного ее развития.

Относительно истоков современной системы государственных судов, на которые возлагается разрешение предпринимательских споров, Т. Е. Абова замечает, что наличие в России (а Украина имеет подобное историческое наследие – В. М.) двух судов по разбирательству гражданских (в широком смысле) дел – результат ее исторического развития. На протяжении более чем 70 лет суды, ныне именуемые судами общей юрисдикции, как правило, не рассматривали споры, связанные с хозяйственной деятельностью юридических лиц. Для разбирательства дел между юридическими лицами в СССР действовала специальная система органов – государственные арбитражи во главе с Государственным арбитражем СССР. Эти органы, хотя и не были судами, но рассматривали дела и принимали решения по установленным для них процедурным правилам, аналогичным судебным. В годы

перестройки отпала необходимость в государственных арбитражах, но не в разбирательстве экономических споров. Поэтому было решено создать новые государственные суды по разрешению экономических споров. Ими стали: Арбитражный суд СССР, арбитражные суды в республиках и регионах [1, с. 66].

В разделе VIII «Правосудие» Конституции Украины закреплены конституционные основы построения судебной системы и осуществления судопроизводства. В соответствии со ст. 124 Конституции Украины судопроизводство в Украине совершается Конституционным Судом Украины и судами общей юрисдикции. Система судов общей юрисдикции в Украине строится по принципам территориальности и специализации. Однако непосредственно нормы Конституции Украины не предусматривают непосредственно создание специализированных государственных судов для рассмотрения предпринимательских споров.

6 ноября 1991 г. был принят Арбитражный процессуальный кодекс Украины, который предусматривал, что право на обращение в арбитражный суд имеют предприятия, учреждения, организации, в том числе колхозы, индивидуальные, совместные предприятия, международные объединения организаций Украины и иных государств, а также иные юридические лица, независимо от форм собственности имущества и организационных форм. На арбитражные суды возлагалось разрешение споров, которые возникали при заключении, изменении, разрыве и выполнении хозяйственных договоров и из иных оснований, а также споры о признании недействительными актов ненормального характера на основаниях, предусмотренных в законодательстве, кроме:

- споров, которые возникают при согласовании стандартов и технических условий;
- споров об установлении цен на продукцию (товары), а также тарифов на услуги (исполнение работ), если эти цены и тарифы в соответствии с законодательством не могут быть установлены по соглашению сторон;
- иных споров, решение которых в соответствии с законами Украины, межгосударственными договорами и соглашениями отнесено к ведению других органов.

Законом Украинской ССР «Об арбитражном суде» от 04.06.1991 г. № 1142-12 определялось, что арбитражный суд является независимым органом по разрешению всех хозяйственных споров, которые возникают между юридическими лицами, государственными и иными органами. По прошествии десяти лет в Украине была проведена в некоторой мере «косметическая» реформа судебной системы. Законом Украины «О внесении изменений в Закон Украины «Об арбитражном суде»» от 21.06.2001 г. № 2538-14 название этого Закона было изменено на следующее: «О хозяйственных судах». Вместе с тем Законом Украины «О внесении изменений

в Арбитражный процессуальный кодекс Украины» от 21.06.2001 г. № 2539-III название АПК Украины было изменено на «Хозяйственный процессуальный кодекс Украины», а сам Кодекс фактически был принят в новой редакции. Чуть позже Закон Украины «О хозяйственных судах» был отменен со вступлением в силу Закона Украины «О судоустройстве Украины» от 07.02.2002 г., которым предусматривалось деление судебной системы на суды общей юрисдикции и Конституционный Суд Украины.

Реформирование судебной системы Украины в 2001 г. и приведение национальной системы судоустройства в соответствие с принятой в 1996 г. Конституцией ознаменовалось созданием хозяйственных судов как специализированных судов в рамках судов общей юрисдикции. Хозяйственные суды в Украине созданы на базе существовавших ранее арбитражных судов, специализировавшихся на рассмотрении споров между субъектами хозяйственной деятельности – предприятиями, учреждениями, организациями и гражданами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Соответственно процессуальным законом, на основе которого осуществляется рассмотрение дел хозяйственными судами, является Хозяйственный процессуальный кодекс Украины [2, с. 694].

Современная система хозяйственных судов в Украине строится на основании положений Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» от 07.07.2010 г. № 2453-VI, статьей 18 которого определено, что суды общей юрисдикции специализируются в рассмотрении гражданских, уголовных, хозяйственных, административных дел, а также дел об административных правонарушениях. В отличие от Российской Федерации, где арбитражные суды не относятся к судам общей юрисдикции, а судами общей юрисдикции названы суды по рассмотрению гражданских и уголовных дел, в Украине все суды, кроме Конституционного, являются судами общей юрисдикции, а суды, на которые возложено рассмотрение гражданских и уголовных дел, называются общими судами. Интересно отметить, что Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей не оперирует понятием «суд общей юрисдикции», но устанавливает, что судебную систему Республики Беларусь составляют: Конституционный Суд; общие суды, осуществляющие правосудие посредством гражданского, уголовного и административного судопроизводства; хозяйственные суды, осуществляющие правосудие посредством хозяйственного и административного судопроизводства.

Очевидно, объективным основанием для обособления процедур решения тех или иных споров в отдельный вид правосудия, являются особенности материальных правовых отношений, из которых вытекают такие споры. Однако это не всегда учитывается сторонниками обособления судопроизводства по предпринимательским спорам. Так, Т. Е. Абова называет объективными предпосылками и основанием дифференциации правового регулирования деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных

судов в Российской Федерации положения Конституции РФ, ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации» об арбитражных судах в качестве самостоятельной ветви судебной власти, наличие предусмотренного непосредственно Конституцией РФ самостоятельного арбитражного процессуального законодательства, обоснованно не совпадающего по многим основным и не основным институтам с гражданским процессуальным законодательством. Более того, Т. Е. Абова указывает, что дело даже не в этом, а в том, что обе отрасли процессуального права различаются (и существенно) по предмету. Экономический спор между участниками предпринимательской деятельности предопределяет процессуальный порядок его разрешения. Именно поэтому все, что имеет прямое отношение к предмету деятельности арбитражных судов, в настоящее время включено в подведомственность арбитражных судов [1, с. 60–61]. И уж вовсе нормативистским выглядит утверждение Т. Е. Абовой о том, что принятие единого гражданского процессуального кодекса для двух ветвей судебной системы невозможно уже из-за того, что подобного акта нет в Конституции РФ, и чтобы воплотить эту идею, требуется внести изменения в Конституцию [1, с. 63].

Такой примат нормы над общественными отношениями вряд ли способствует разработке релевантного предпринимательского законодательства и законодательства о разрешении предпринимательских споров. Предусмотренную нормами Конституции и законов о судоустройстве специализацию судов для решения предпринимательских споров объективным основанием можно назвать довольно условно. Так же и законодательное выделение предпринимательских споров в предмет особой юрисдикции не является основанием для дифференциации, но ее следствием. Основания тут могут быть более глубокими и состоять в особенностях предпринимательских отношений относительно классических гражданских отношений. Прежде всего, это ускоренный товарный оборот, который обусловливает необходимость оперативного решения конфликтных ситуаций и устранения неопределенности в правоотношениях. Для предпринимателей имущественный оборот составляет содержание их деятельности и является средством достижения цели предпринимательской деятельности – получения прибыли. В обороте может пребывать значительная часть имущества предпринимателя и, соответственно, длительное приостановление такого оборота может угрожать не только нормальному функционированию субъекта предпринимательской деятельности, но и его существованию как такового. Поэтому одним из оснований дифференциации судебного процесса разрешения предпринимательских споров является необходимость в его оперативности.

Ускорение рассмотрения дел по существу может достигаться только одним способом – упрощением процессуальной формы. Процессуальная форма представляет собой совокупность. Упрощение процессуальной фор-

мы в самом общем виде можно описать как снятие ряда обязанностей с суда, отказ от определенных процессуальных действий, что делает процесс оперативным и менее дорогим.

Для понимания обоснованности хозяйственной специализацией судов необходимо провести сравнение принципов хозяйственного и гражданского правосудия.

В отличие от предыдущей редакции, Хозяйственный процессуальный кодекс Украины 21.06.2001 г. содержит принципы хозяйственного судопроизводства: равенство всех участников перед законом и судом, состязательность, гласность рассмотрения дела.

Присущи хозяйственному судопроизводству также принципы, которые прямо не закреплены нормами ХПК Украины как таковые, но имеют важное значение для его понимания. Так, близким к принципу состязательности является принцип распределения обязанностей по доказыванию. В соответствии со ст. 33 ХПК Украины каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений.

Важным отличием хозяйственного судопроизводства от гражданского до 2001 г. было обязательное применение мер досудебного урегулирования спора. Однако уже с 12.06.2001 г. требования относительно досудебного урегулирования спора были смягчены. Предусматривалось обязательное его применение лишь в случаях, прямо предусмотренных Кодексом либо договором. Это значительно сокращало значение императивного метода в хозяйственном процессе и усиливало диспозитивные начала в нем, что сближало его с гражданским процессом. Позже Законом Украины от 23.06.2005 г. № 2705-IV была упразднена обязательная процедура досудебного урегулирования, а также такое основание возвращения искового заявления, как непредоставление доказательств применения мер досудебного урегулирования.

Принципы гражданского судопроизводства закреплены непосредственно в ст. 5, 6, 10, 11 ГПК Украины. Среди них отправление правосудия на принципах уважения чести и достоинства, равенства перед законом и судом; гласности и открытости судебного рассмотрения, состязательности сторон, диспозитивности гражданского судопроизводства. В соответствии со ст. 60 ГПК Украины каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений, кроме прямо предусмотренных случаев. Гражданское судопроизводство все в большей мере развивается в направлении сокращения сроков рассмотрения дел, внедрения упрощенных производств.

Таким образом, принципы гражданского и хозяйственного судопроизводства являются крайне схожими, что справедливо ставит вопрос об обоснованности выделения в отдельную отрасль хозяйственного процессуаль-

ного права. Кроме того, исковое производство в хозяйственном и гражданском процессах имеет между собой значительно больше общих черт, чем, например, исковое и отдельное производство в гражданском процессе либо исковое производство и производство о банкротстве в хозяйственном процессе.

В связи с этим вполне обоснованным видится сближение гражданско-го и хозяйственного процесса с перспективой дальнейшего их объединения в единое цивилистическое судопроизводство с учетом особенностей рассмотрения предпринимательских споров. Наиболее четко эти перспективы будут очерчены в случае исключения из предмета хозяйственного права сугубо частноправовых предпринимательских отношений.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Абова Т. Е. Арбитражное процессуальное право в системе права России // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. ст. – Краснодар ; СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 55–66.

2. Сибилев Д. М. Инстанционная система хозяйственного судопроизводства. Общий обзор // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика : сб. науч. ст. – Краснодар ; СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 694–701.

Статья поступила в редакцию 30.07.2013 г.

О ЦЕЛЕВЫХ УСТАНОВКАХ В КОНТЕКСТЕ ФОРМИРОВАНИЯ ИНТЕГРАЦИОННОГО ПРАВА (на примере Европейского союза и Евразийского сообщества)

Т. Н. Михалева

В статье анализируется развитие правовой базы евразийских региональных организаций в условиях усиления интеграционных процессов. Через призму сопоставления постсоветского нормотворческого опыта межгосударственных образований с моделью Европейского союза автор выявляет концептуальные основы и предпосылки генезиса евразийского интеграционного права и автономной правовой системы. В основу предложенного в данной статье анализа положен один из критериев оценки формирования правовой системы, а именно ее целевые установки.

The article provides an analysis of the development of Eurasian regional organizations' law considering intensification of integration. Through comparison of post-Soviet intergovernmental entities' normative experience to EU model the author elicits a conceptual background for genesis of Eurasian integration law and autonomous legal system. The analysis is based upon one of the criteria of formation of a legal system, namely its objective settings.

Ключевые слова: евразийские региональные организации, Евразийское экономическое сообщество, Европейский союз, европейское право, Единое экономическое пространство, правовая система, принципы, Таможенный союз, целевые установки, цели, ценности.

Keywords: Eurasian regional organizations, Eurasian Economic Community, European Union, European law, Common Economic Area, legal system, principles, customs union, objective settings, objects, acquis

Интеграция на постсоветском пространстве набирает все большие темпы, углубляется, структурируется, расширяется круг ее субъектов и объектов. Эти тенденции закономерно пришли на смену дезинтеграционным процессам. На постсоветском пространстве за 20-летний период образовано порядка десятка международных объединений различной правовой природы, целевой направленности, субъектного состава и компетенции (Содружество Независимых Государств, Союзное государство, Евразийское экономическое сообщество (далее – ЕвразЭС), Таможенный союз, Шанхайская Организация Сотрудничества, Организация Центрально-Азиатского сотрудничества – с 2006 г. слилась с ЕвразЭС, Организация Договора о коллективной безопасности, Организация за демократию и экономическое развитие (ГУАМ, ГУУАМ с 1999 по 2005 г.), Организация черноморского экономического сотрудничества). Ряд инициатив по сотрудничеству протекает вне институциональной оформленности и в рамках двусторонних режимов.

Наиболее эффективным инструментом региональной интеграции, по крайней мере в экономическом и правовом контексте, в настоящее время является ЕвразЭС. Это международная организация, обладающая всеми признаками таковой. Являясь производным субъектом международного права, ЕвразЭС обладает тем объемом правоспособности, которым ее наделили государства-учредители, что и нашло отражение в учредительном акте – Договоре об учреждении Евразийского экономического сообщества 2000 года (с изменениями от 25.01.2006 г. и 06.10.2007 г.).

Правовые источники, действующие в рамках этих объединений, насчитывают более десятка тысяч актов, однако представляют ли они собой систему, более того, есть ли основания полагать, что формируется особая правовая система – вопросы, которые требуют тщательного юридического анализа. Для большей презентативности и достоверности выводов полагаем уместным проводить анализ заявленных вопросов в компаративном контексте, используя опыт Европейского союза. В о-первых, эта модель региональной экономической интеграции наиболее близка к создаваемой евразийской модели по сравнению с другими региональными экономическими объединениями в мире, в о-вторых, ЕС – крупнейший торговый партнер для всех участников евразийской интеграции. Проводя сравнение, однако, необходимо учитывать различные предпосылки интеграции в ев-

ропейском и евразийском регионах, различный субъектный состав и поступательность интеграции, различную правовую культуру и т. п. В статье соответственно поставленной задаче использованы исторический, сравнительно-правовой, формально-юридический методы.

Понятия «европейское право» и «право ЕС» не тождественны. Европейское право включает также правовые нормы и стандарты Совета Европы и ОБСЕ. В отношении европейского права в целом, в широком смысле, уместнее говорить о международно-правовом регулировании субрегионального характера. В свою очередь право ЕС носит выраженный наднациональный характер, а правовая система ЕС – автономна и самостоятельна. Автономность права ЕС неоднократно подчеркивалась в решениях Суда ЕС, обеспечивающего его единообразное применение и официальное толкование [1, с. 10]. Правовая система ЕС вполне отвечает признакам формирования таковой: имеет свои целевые установки, особую систему источников права, формирующих как таковое «объективное», «позитивное» право ЕС, круг субъектов и регулируемых отношений, порядок установления, применения и обеспечения реализации его норм. Кроме того, имеет свои внутренне сформированные отрасли права в зависимости от предмета и метода правового регулирования.

В контексте такого сравнения можно (однако, весьма условно) сопоставить сотрудничество в рамках СЕ и ОБСЕ с процессами взаимодействия на постсоветском пространстве в рамках СНГ и ОДКБ. Действительно, наиболее эффективным направлением сотрудничества в рамках СНГ стало гуманитарное, несмотря на полифункциональность данной структуры. Если за региональный масштаб принимать весь постсоветский регион, то однозначно можно констатировать наличие обширной правовой базы, которая характеризуется как классическая правовая база, создаваемая в рамках международной организации. В ней имеются источники договорного (обязательного) характера и рекомендательного характера (не проходящие процедуру разработки, принятия и дальнейшего претворения в жизнь в качестве международных договоров, а, как правило, являющиеся актами органов международной организации), а также особые правовые акты, формирующие внутреннее право международной организации. Таким образом, если вести речь о евразийском праве в широком смысле, по аналогии с европейским, то, включая в него правовые нормы, создаваемые в рамках всех интеграционных образований постсоветского пространства, можно констатировать наличие особой региональной общности международно-правовых норм.

Можно ли сегодня говорить о формировании евразийского права и самостоятельной региональной интеграционной правовой системы в рамках наиболее продвинутой организационно-правовой формы сотрудничества на постсоветском пространстве, а именно ЕвразЭС и функционирующих в его составе Таможенного союза и Единого экономического пространства?

Проанализируем данное явление (некое особое правовое пространство в указанном регионе) по первому из вышеупомянутых критериев формирования правовой системы, а именно выявляя целевые установки.

Цели международного договора играют большую роль в определении эффективности его функционирования. Так, в п. 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. закреплено, что толкование договоров осуществляется «в свете объекта и целей договора» [2, с. 353]. И. И. Лукашук подчеркивает, что «в наш динамичный век... международные отношения развиваются настолько интенсивно, что “буква договора” и первоначальные намерения сторон могут отстать от них, что приведет к утрате договором своего значения. Поэтому растущую роль приобретают намерения сторон, воплощенные в целях договора... в наше время на первый план выдвинулось телеологическое, функциональное толкование, т. е. понимание договора в свете его целей, обеспечивающее решение поставленных перед ним задач» [3, с. 582]. Цели договора, учреждающего международную организацию, тем более важны, так как зачастую именно они помогают определить объем компетенции организации (так называемая подразумеваемая компетенция). Так, Договором о функционировании Европейского союза определено, что «если в рамках направлений политики, определенных в договорах, возникает потребность в действиях со стороны союза с целью достижения одной из целей, предусмотренных Договорами, и если последние не предоставили для этого необходимых полномочий, Совет на основании единогласно принятого решения, по предложению Комиссии и после одобрения Европейским парламентом принимает необходимые предложения...» (ст. 352) [4].

Цели, заложенные при создании ЕвразЭС, указаны в Договоре об учреждении Евразийского экономического сообщества от 10.10.2000 г. (далее – Договор 2000 г.). Однако прямое на них указание выглядит более чем скромно: «ЕвразЭС создается для эффективного продвижения процесса формирования Договаривающимися Сторонами Таможенного союза и Единого экономического пространства» [5]. Следом предусмотрена ссылка к Договору об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях 1996 г. и Договору о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве 1999 г., в том числе целям и задачам, в них предусмотренным. Таким образом, в целях ЕвразЭС непосредственно заявлены только экономические вопросы.

Цели, к которым отсылает Договор 2000 г., в частности цели, указанные в Договоре об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях 1996 г., заключенном между Республикой Казахстан, Республикой Беларусь и Российской Федерации, больше соответствуют режиму тесной интеграции и довольно полно, масштабно представляют направления совместного движения. Среди них указаны последовательное улучшение

условий жизни, защита прав и свобод личности, достижение социального прогресса; обеспечение устойчивого демократического развития государств; формирование единого экономического пространства, предусматривающего эффективное функционирование общего рынка товаров, услуг, капиталов и рабочей силы, развитие единых транспортных, энергетических, информационных систем; разработка минимальных стандартов социальной защиты граждан; создание равных возможностей получения образования и доступа к достижениям науки и культуры; гармонизация законодательства; согласование внешнеполитического курса, обеспечение достойного места на международной арене; совместная охрана внешних границ сторон, борьба с преступностью и терроризмом [6]. Как ни парадоксально, но именно этот, один из наиболее давних документов, обеспечивал наибольшую фундаментальность целей и одновременно их близость интересам и пониманию простых граждан.

В дальнейшем, при формировании правовой базы Таможенного союза и Единого экономического пространства, к сожалению, и, возможно, в угоду понятным причинам – желанию достичь конкретных результатов, а не подписывать рамочные документы с «размытыми» границами и недостижимыми ориентирами – цели указываются все более pragmatically и конкретно. Так, в Договоре о создании единой таможенной территории и формировании Таможенного союза 2007 г. цели обозначены очень кратко в преамбуле и сосредоточиваются на следующем: обеспечение свободного перемещения товаров во взаимной торговле и благоприятных условий торговли Таможенного союза с третьими странами» и развитие «экономической интеграции Сторон» [7]. Это вполне обосновано: объект договора не позволяет вести речь о комплексности заявляемых целей. Равным образом этот вывод касается всех договоров, принимаемых в рамках ЕвразЭС.

Вместе с тем практические результаты, которые достигнуты сторонами за достаточно короткий срок, ориентиры, которые ставит высшее руководство государств, свидетельствуют о востребованности правовой регламентации программы долгосрочного развития интеграционного образования, четкого закрепления в основном учредительном документе целей, принципов, объекта договора. Весь этот «абстрактный», на первый взгляд, комплекс норм, призван обеспечить не только внутреннюю согласованность всех актов, но также системный и комплексный подход к решению ряда практических задач интеграции.

Так, анализируя принципы деятельности Евразийской экономической комиссии, закрепленные в ст. 2 Договора о Евразийской экономической комиссии от 18 ноября 2011 г. (далее – Договор о ЕЭК), приходим к выводу, что в основу деятельности данного органа положены только учет национальных интересов, взаимной выгоды и равноправия сторон (т. е. государств), экономическая обоснованность принимаемых решений, от-

крытость, гласность и объективность. Нигде в данном договоре и связанных с ним договорах, к которым отсылает преамбула, не сказано о правах, интересах физических и юридических лиц [8]. Для сравнения, среди целей ЕС на первом месте (п.1 ст. 3 Договора о Европейском союзе) находится обеспечение благосостояния его народов, Европейский союз обеспечивает своим гражданам пространство свободы, безопасности и справедливости (п. 2 ст. 3), а затем уже перечисляются конкретные экономические задачи ЕС. И именно для достижения главной цели ЕС создается и функционирует, например, Европейская комиссия (п. 1 ст. 17 Договора о Европейском союзе), задачи и полномочия которой также подробно расписаны, но в последующих положениях договора [9]. На наш взгляд, в Договоре о ЕЭК необходима норма, прямо нацеливающая ЕЭК на такую деятельность, которая должным образом обеспечивала бы предоставленные правом ЕвразЭС права и законные интересы хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Заметим, что до настоящего времени основная масса дел, принятых к производству Судом ЕвразЭС, основана на заявлении хозяйствующих субъектов об оспаривании актов Комиссии Таможенного союза (упразднена, в настоящее время ЕЭК является ее правопреемником). Такое понимание действительных целей деятельности ЕЭК – следование интересам граждан и хозяйствующих субъектов – опосредованно выражается и в создании специального структурного подразделения ЕЭК по адвокатированию предпринимательства.

Отголоски упоминания о целях интеграции можно найти в Декларации о Евразийской экономической интеграции от 18 ноября 2011 года [10]. Среди прочего отмечены: повышение благосостояния и качества жизни граждан, устойчивое социально-экономическое развитие, всесторонняя модернизация и усиление национальной конкурентоспособности в рамках глобальной экономики. Полагаем, что ориентиры, изложенные в данном рекомендательном по своей природе, но программном по сути акте, должны найти нормативное закрепление в тексте кодифицированного акта, учреждающего Евразийский экономический союз, работа над которым должна быть завершена в 2014 г.

Помимо такой категории, как цели, которые общепринято рассматриваются в международном праве в качестве неотъемлемой константы любого международного договора, в особенности учреждающего региональное интеграционное объединение, следует отметить роль так называемого ценностного компонента, который уникален для правовой общности. Зачастую ценности (или достижения, как это обозначено в праве ЕС (*acquis communautaires*), или идеология, как часто можно встретить в публикациях и в правовой доктрине) выступают мерилом приемлемости развития всей правовой системы интеграционного объединения в том или ином на-

правлении. Так, ст. 7 Договора о Европейском союзе предусмотрен механизм контроля за соблюдением ценностей государствами-участниками: сложная, однако действенная процедура установления угрозы нарушения либо серьезного нарушения государством-членом ценностей, указанных в ст. 2 Договора (человеческое достоинство, недискриминация, свобода, демократия и т. п.). В случае нарушения таких ценностей может быть принято решение о приостановлении отдельных прав, вытекающих из договора, вплоть до приостановления права голоса представителей правительств государств-членов (ч. 3 ст. 7 Договора о Европейском союзе) [9].

По мнению С. Ю. Кашкина, высказанному в контексте исследования европейской интеграции, та или иная отрасль права может обходиться без собственной идеологии, а вот для развивающейся самостоятельной правовой системы наднациональной организации она жизненно необходима [11]. Данный тезис можно в полном объеме распространить на процессы, протекающие в евразийском регионе.

Ценностный компонент правовых актов может не быть явно выраженным в нормативных формулировках, а «читаться между строк». От этого его значимость с точки зрения конститутивного звена, связывающего все элементы правовой системы в единое целое, не уменьшается. Ценности обязательно должны быть отражением общего состояния субъектов интеграции, т. е. общими, понятными и доступными всем. В технико-юридическом формате ценности могут быть расположены как в преамбуле, так и в центральной части договора. Однако последний вариант с точки зрения бесспорности их нормативности предпочтительнее.

Следует констатировать, что такой важный компонент, как ценности, пока не знаком праву ЕвразЭС. В преамбулах договоров речь идет, как правило, либо о наследии прошлого и исторических связях (*narratio*), либо все о тех же конкретных целях и задачах (*agenda*), либо об общих (универсальных для всего мирового сообщества) принципах и ценностях. Упоминание о ценностных категориях следует пока искать в декларациях, выступлениях руководителей государства, доктринально извлекать правовую эссенцию и легитимизировать в формально-юридических конструкциях. Хочется пожелать, чтобы в процессе становления ценностей евразийской правовой системы такая важная составляющая, как социально-гуманистический аспект экономической интеграции, не только не «выпала», но и укрепилась.

Для того чтобы провести юридическую оценку процесса формирования евразийского права как самостоятельной системы права и евразийской правовой системы как автономной, необходимо также дать субъектно-объектную характеристику, проанализировать источниковую базу. При этом речь должна идти не о наличии источников как таковых (это очевидный факт), а об их системе, с присущей, как и любой системе, иерархией, внутренней и внешней, а также об особом порядке их принятия и реализации,

принудительных механизмах исполнения, единой системе правовых принципов. Это предмет дальнейших научных исследований. Проведенный же в настоящей статье компаративный и формально-юридический анализ правовой базы ЕвразЭС позволяет сделать вывод о том, что целевые установки (цели, задачи, ценности) евразийских интеграционных образований сформированы неполноценно: неоднородны, не обладают признаками системности и комплексности и нуждаются в значительной доработке и четком закреплении в учредительных документах.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Голуб К. Ю. Решения Суда европейских сообществ как источник права ЕС : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. – М., 2009. – 23 с.
2. Венская конвенция о праве международных договоров : [закл. в г. Вене 23.05.1969 г.] // Действующее международное право : учеб. пособие : в 3 т. / Москов. независимый ин-т междунар. права ; сост.: Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. – М., 1996–1997. – Т. 1. – 1996. – С. 343–372.
3. Лукашук И. И. Современное право международных договоров : в 2 т. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – Т. 1 : Заключение международных договоров.
4. Договор о функционировании Европейского союза // Право Европейского союза [Электронный ресурс]. – URL : <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.
5. Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества : закл. 10 окт. 2000 г., изм. от 25.01.2006 г., 06.10.2007 г. // Евразийское экономическое сообщество [Электронный ресурс]. – URL : <http://www.evrazes.com/docs/view/3>.
6. Договор между Республикой Белоруссия, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой и Российской Федерацией об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях : закл. 29.03.1996 г. // Законодательство стран СНГ [Электронный ресурс]. – URL : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3990.
7. Договор о создании единой таможенной территории и формировании Таможенного союза : закл. 6 окт. 2007 г. / Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь [Электронный ресурс]. – URL : <http://pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=F00700002>.
8. Договор о Евразийской экономической комиссии : закл. 18 нояб. 2011 г. // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь [Электронный ресурс]. – URL : <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=F01100212>.
9. Договор о Европейском союзе // Право Европейского союза [Электронный ресурс]. – URL : <http://eulaw.ru/treaties/teu>.
10. Декларация о Евразийской экономической интеграции от 18 ноября 2011 г. / Президент России [Электронный ресурс]. – URL : http://xn--d1abbgf6aiiy.xn--p1ai/ref_notes/1091.
11. Кащин С. Ю. Идеология и ценности права Европейского союза в свете Лиссабонского договора // Российское право в Интернете [Электронный ресурс]. – 2009. – № 2. – URL : <http://www.rpi.msal.ru/prints/200902kashkin.html>.

Статья поступила в редакцию 21.07.2013 г.

КРИТЕРИИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРИНЦИПА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Н. В. Оксютчик

В статье автор исследует вопрос о критериях определения принципа международного частного права. Констатируя недостаточную доктринальную проработку указанного вопроса, автор осуществляет выработку четких критериев определения принципа международного частного права, рассматривая ее в качестве принципиально нового подхода к исследованию принципов международного частного права как правовой категории.

In the present article the author explores the criteria of definition of the principle of international private law. Ascertaining an insufficient theoretical elaboration of the specified question, the author formulates accurate criteria of definition of the principle of the international private law, considering it as an essentially new approach to the research of the principles of the international private law as a legal category.

Ключевые слова: международное частное право, принципы, истинность, универсальность, непротиворечивость, относительная устойчивость, практическая применимость.

Keywords: international private law, principles, verity, universality, consistency, relative stability, practical applicability.

Современный этап развития международного частного права со всей возможной очевидностью свидетельствует о том, что этот полисистемный комплекс норм вышел на качественно новый уровень развития как в масштабах правового регулирования, так и в характеристиках нормативного состава, постепенно приближаясь к уровню универсальной системы норм. Именно в связи с наметившейся тенденцией глобализации международного частного права особую теоретическую актуальность и практическую значимость приобретает вопрос о тех принципиальных положениях, основываясь на которых указанная система правовых норм сможет успешно продолжить свое поступательное развитие. Очевидно, что в данном случае речь не может идти о некой «выработке принципов международного частного права», ибо принцип представляет собой изначально присущую праву категорию, и само историческое развитие международного частного права убедительно доказывает, что процесс формирования этого комплекса норм происходил на основе объективно существующих и внутренне непротиворечивых положений. В этой связи можно говорить о необходимости выявления и доктринальной фиксации объективно существующих принципов международного частного права.

Несмотря на всю свою важность и фундаментальность, указанная проблема продолжает оставаться одной из наименее разработанных в доктрине. Причина этого коренится в том, что вычленение из существующей правовой реальности и последующая доктринальная фиксация принципов

международного частного права является одной из наиболее сложных общетеоретических задач современной науки международного частного права. Ввиду отсутствия четкого нормативного закрепления перечня принципов международного частного права возникает соблазн весьма вольной трактовки указанной категории и, как следствие, включения в перечень принципов международного частного права положений, по сути своей таковыми не являющихся [9, с. 13–15]. В этой связи непременным условием успешной доктринальной фиксации принципов международного частного права является ее осуществление в комплексе с решением ряда общетеоретических задач, одной из которых является выработка критериев определения принципа международного частного права.

Вообще, вопрос о выработке критериев определения принципа права в целом как общеправовой категории крайне редко затрагивался в доктрине. И это несмотря на существование значительного количества самых разных исследований принципов права такими известными советскими, российскими, белорусскими и зарубежными авторами, как С. С. Алексеев, Э. Аннерс, В. К. Бабаев, М. И. Байтин, Э. Бредли, Дж. Гинзбургс, Р. Давид, Р. Дворкин, В. В. Ершов, В. Н. Карташов, Р. Кей, О. П. Мариков, Н. И. Матузов, В. С. Нерсесянц, Е. В. Скурко, Ю. К. Толстой, Р. О. Халфина, Т. К. Хартли, Л. С. Явич и др. Даже в основательных монографических работах критерии определения принципа права либо упоминаются частично и несколько «вскользь» [11], либо вообще «растворены» в различных разделах исследования [3, 4, 18]. Современные общетеоретические и отраслевые диссертационные исследования также обходят указанный вопрос стороной [1, 16].

Сложившаяся ситуация объясняется прежде всего используемым подавляющим большинством исследователей подходом к изучению принципов права как некой бесспорной данности, вычленение которых не составляет никакого труда. В результате в настоящий момент, несмотря на огромное количество исследований принципов права и кажущуюся на первый взгляд всесторонней общетеоретическую проработку указанной категории, мы вынуждены констатировать отсутствие единобразного понимания как сущности принципа права, так и его правовой природы. В этой связи в настоящей статье мы предлагаем иной подход к исследованию принципа права: *вычленению принципов международного частного права из правовой реальности должна предшествовать теоретически обоснованная выработка критериев определения такого принципа.*

Необходимость выработки критериев определения принципа международного частного права продиктована тем, что «четкое определение подобных критериев – это, с одной стороны, ключ к формированию обоснованного перечня принципов и, с другой стороны, – инструмент для анализа подхода того или иного автора к принципам с целью выявления как сильных, так и слабых сторон этого подхода» [9, с. 15]. В этой связи

представляется, что любое исследование принципов международного частного права без решения вопроса о критериях определения этих принципов будет методологически и содержательно неполным и, как следствие, приводить к весьма спорным выводам.

Учитывая вышеизложенное, в настоящей статье мы предпримем попытку выработки четкого перечня критериев определения принципа международного частного права, раскроем их содержание и механизм использования в процессе доктринального вычленения из правовой реальности существующих принципов международного частного права.

С нашей точки зрения, критерии определения принципа международного частного права являются, с одной стороны, мерилом относимости любого правового положения (идеи) к принципам международного частного права, и, с другой стороны, представляют собой те необходимые сущностные характеристики, которые присущи любому положению (идее), являющемуся принципом международного частного права. Другими словами, указанные критерии выполняют две основные функции:

- 1) эмпирическая оценка возможности отнесения некоего положения (идеи) к числу принципов международного частного права;
- 2) раскрытие внутреннего содержания и порядка функционирования принципов международного частного права.

Выполнение первой из обозначенных функций заключается в том, что в процессе формирования перечня принципов международного частного права, исследователь выявляет в неком положении наличие характеристик, соответствующих определенному критерию, либо констатирует их отсутствие. При этом претендовать на включение в состав принципов международного частного права могут лишь положения, содержащие необходимые характеристики. Установив таким образом соответствие некоего положения определенному критерию, мы переходим к анализу этого положения с использованием следующего критерия, последовательно устанавливая соответствие положения каждому из них. В результате указанного исследовательского процесса включению в перечень принципов международного частного права подлежат исключительно те положения, которые в полной мере соответствуют всем установленным критериям. Несоответствие по крайней мере одному из критериев автоматически исключает то или иное положение из числа претендентов на включение в состав принципов международного частного права.

Важно отметить, что критерий определения принципа международного частного права продолжает выполнять указанную функцию и после закрепления положения в качестве принципа международного частного права. Это проявляется в следующем. В случае если в процессе исторического развития принципа международного частного права он по тем или иным причинам перестанет соответствовать одному либо нескольким установ-

ленным критериям, указанный принцип не будет более рассматриваться в качестве такового и будет исключен из соответствующего перечня. Таким образом происходит саморегуляция системы принципов международного частного права в части естественной очистки от изживших себя положений. Тем самым достигается соответствие системы принципов международного частного права существующей правовой реальности.

Выполнение второй из обозначенных функций критерия проявляется в том, что, используя тот или иной критерий в процессе анализа принципа международного частного права, мы можем наглядно представить основные сущностные характеристики этого положения и проиллюстрировать механизм его действия. Последнее особенно важно в случае, если тот или иной принцип нормативно не определен либо его воздействие на сферу частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, не столь очевидно.

Выполнение указанной функции приближает критерий к категории «признак» [16, с. 15], однако это не должно вводить в заблуждение о тождественности этих категорий. В этой связи весьма показателен подход российского исследователя В. В. Ершова, который, описывая юридическую природу принципа как общеправовой категории, отмечает, что «принципы отличаются от норм права ... предельной абстрактностью, высшей степенью обобщенности, фундаментальностью, максимальным освобождением от конкретики и частностей, устойчивостью, стабильностью, универсальностью, объективным характером и независимостью от произвольного усмотрения законодателя» [4, с. 75]. Использование автором сугубо описательного метода при анализе принципа права приводит к смешению критериев определения принципа с его признаками, что значительно обедняет целостную картину этого правового феномена. Происходит это потому, что функциональная нагрузка критерия значительно выше, чем у признака, который по сути лишь статично фиксирует присущие тому или иному положению характерные черты. Критерий же позволяет исследователю анализировать принципы права (вообще и международного частного права в частности) в динамике их функционирования и развития, что совершенно необходимо для полного и всестороннего изучения этой внутренне устойчивой и саморегулирующейся системы, подверженной периодическим качественным изменениям.

Установив сущность критерия определения принципа международного частного права, а также выполняемые им функции, можно приступать к их формулированию. Как нами уже было отмечено ранее, критерии определения принципа права практически не вырабатывались ни в общетеоретических, ни в отраслевых исследованиях. Наиболее часто перечень критериев определения принципа права ограничивался лишь универсальностью [11, с. 76–83], а потому перед нами стоит задача самостоятельного научно обоснованного формулирования критериев определения принципа международного частного права.

Для формулировки критериев определения принципа международного частного права представляется обоснованным базироваться на его определении как правовой категории. Исходя из того, что под принципами международного частного права следует понимать «объективно существующие основополагающие, руководящие идеи, осуществляющие функции внутреннего согласования и эффективного функционирования всей системы международного частного права, а также непосредственного регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, при наличии в ней пробелов и противоречий» [9, с. 15], мы можем сформулировать следующий перечень критериев определения принципа международного частного права:

- 1) истинность;
- 2) универсальность;
- 3) непротиворечивость;
- 4) относительная устойчивость;
- 5) практическая применимость.

Необходимо отметить, что приведенный перечень не является иерархическим, каждый из указанных критериев обладает равной значимостью, и лишь совокупность этих критериев в полной мере выполняет выше обозначенные нами функции.

Первым из сформулированных нами критериев является *истинность*, под которой понимается *объективное существование принципа международного частного права в существующей правовой реальности в качестве авторитетного положения, применимого для регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом*. Иными словами, указанный критерий обоснованно ставит вопрос о самом существовании некоего правового положения в сфере правового регулирования международного частного права и уровне его значимости и признанности правотворческой и правоприменительной практикой.

Как справедливо отмечала российский исследователь общей теории права О. И. Цыбулевская, «принципы права – не результат субъективного усмотрения законодателей или ученых, а органически присущие праву качества» [13, с. 149], поэтому, говоря об объективном существовании принципа международного частного права, необходимо прежде всего обращать внимание на то, имеются ли достаточные основания утверждать, что принцип действительно сформировался как правовая реальность и не является продуктом усмотрения законодателя либо умозаключений исследователя. Формирование перечня принципов международного частного права, осуществляющее путем простого декларирования, без всестороннего и глубокого анализа правовой действительности, неизбежно порождает такие «юридические химеры», как существование в международном частном праве принципа «мирного урегулирования возникающих споров» [14, с. 10]. В этой

связи анализ того или иного положения через призму критерия истинности позволит, с одной стороны, осуществить в процессе исследования первоначальный отсев положений, случайно оказавшихся среди претендентов на включение в состав принципов международного частного права, и, с другой стороны, избежать соблазна перейти от выявления реально существующих принципов к формулированию их произвольного перечня.

Критерий истинности затрагивает еще один важный аспект процесса выявления принципов международного частного права, связанный с их внешним выражением. Как справедливо отмечают исследователи вопроса о принципах в общей теории права, «принципы, будучи тесно связаны с категориями “закономерность” и “сущность”, могут не находить словесного выражения в правовых нормах, однако определять направленность и характер правотворческой и правоприменительной деятельности, да и развитие правовой системы в целом» [10, с. 41]. Именно поэтому равнодопустимы ситуации, когда объективно существующий принцип международного частного права закрепляется в конкретной норме либо не имеет такой фиксации, но может быть логически выведен из всей совокупности норм международного частного права. Таким образом, при применении критерия истинности в процессе исследовательской деятельности происходит доказательственное обоснование существования конкретного принципа международного частного права как правовой реальности вне зависимости от формы его внешнего выражения.

Однако одного доказательства реальности существования некоего правового положения для его соответствия критерию истинности недостаточно. Положение, претендующее на признание в качестве принципа международного частного права, должно иметь достаточную степень авторитетности, так как «именно авторитет (а не наличие санкции и принуждения к исполнению как основных свойств, характеризующих юридическую силу нормы) обуславливает применение принципов права на практике» [11, с. 39]. Трактовка авторитетности в отношении принципа международного частного права, бесспорно, будет носить серьезный оттенок субъективности. Однако отсутствие необходимости построения иерархии принципов, продиктованное тем, что все без исключения принципы международного частного права равны по своей значимости и в совокупности представляют собой логически взаимосвязанную и функционально обусловленную систему, существенно облегчает задачу исследователя, требуя от последнего привести лишь доказательства реального обращения к тому или иному принципу в ходе законотворческой деятельности или правоприменительной практики. Здесь применимы самые различные способы: от статистического анализа закрепления того или иного положения в нормативных правовых актах до поиска упоминания в конкретных прецедентах [7, с. 24]. В результате мы должны убедиться в том, что авторитет определенного положения

достаточен, чтобы рассматривать его в качестве принципа международного частного права, только в этом случае можно говорить о полном соответствии этого положения критерию истинности.

Вторым из сформулированных нами критерии определения принципов международного частного права является *универсальность*, которая многими исследователями общей теории права обоснованно рассматривается в качестве неотъемлемого и обязательного свойства принципа права в целом как правовой категории [4, с. 75; 18, с. 11]. В качестве свойства принципа права универсальность проявляется в его общезначимости, «сквозном» действии, а также в прямом либо косвенном влиянии на всю систему правовых норм.

Учитывая упомянутые общетеоретические посылки, представляется, что под универсальностью как критерием определения принципа международного частного права понимается *способность принципа, в силу присущей ему определенной степени абстрактности, прямо либо косвенно регулировать всю совокупность частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, либо опосредованно влиять на ее регулирование*.

Указанный критерий является во многом основополагающим для определения принципа международного частного права ввиду того, что, являясь сущностной характеристикой последнего, обеспечивает возможность распространения действия конкретного принципа на весь предмет правового регулирования международного частного права как особой системы норм. Как справедливо отмечала российский исследователь Т. Н. Нешатаева, «любая норма позитивного права должна соответствовать общепризнанному принципу» [7, с. 21]. В этой связи именно универсальность принципа своим «пронизывающим» воздействием фундирует и связывает в единую стройную систему нормы международного частного права независимо от их генезиса, оставляя за рамками этой системы положения, противоречащие принципу, что, в свою очередь, приводят к санации нормативного массива от «случайных» элементов, противоречащих принципиальным положениям. Упомянутое воздействие приводит также к тому, что принцип международного частного права в процессе его выявления и дефиниции с неизбежностью теоретически выкристаллизовывается и становится до известной степени абстрактным, либо только в таком его качестве «достижима действительная универсальность..., содержащая всю полноту конкретного» [11, с. 79]. Именно абстрактность как одно из проявлений универсальности позволяет принципу прямо либо опосредованно влиять на всю систему международного частного права и тем самым выполнять функцию своеобразной «несущей конструкции» указанной системы.

С другой стороны, именно универсальность как критерий определения принципа международного частного права позволяет в процессе теоретически обоснованного вычленения и фиксации существующих принципов

избежать включения в их состав положений, которые таковыми не являются, не допустить смешения принципов как категории высшего порядка с иными элементами системы международного частного права.

Для иллюстрации действенности универсальности как критерия определения принципа международного частного права можно привести пример подхода белорусского исследователя О. Н. Толочко, которая в своей статье формирует перечень принципов международного частного права, включая в него в качестве специальных принципов наиболее распространенные коллизионные привязки [15, с. 25–28]. Указанный подход уже аргументированно признавался нами весьма спорным [9, с. 14–15], а потому лишь отметим, что, даже проанализировав сформулированный перечень так называемых «специальных принципов международного частного права» только через призму критерия универсальности, названный автор с неизбежностью убедился бы в некорректности своего подхода в связи с тем, что даже при очень широком распространении какой-либо коллизионной привязки мы не можем говорить о ее возможном применении (пусть даже косвенном и опосредованном) для регулирования всей совокупности частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Третьим критерием определения принципа международного частного права является *непротиворечивость*, под которой понимается *внутренняя согласованность принципа в качестве самодостаточного положения в сочетании с его соответствием требованиям, предъявляемым к нему как части целостной системы принципов международного частного права*. Иными словами, принцип международного частного права, оставаясь цельным правовым положением, способным самостоятельно осуществлять весь комплекс регулирующего воздействия на сферу частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, в то же время должен действовать как часть сложной и взаимообусловленной системы принципов международного частного права, не вступая в противоречие с другими принципами как равноправными элементами этой системы.

В этой связи, анализируя некое положение, претендующее на включение в состав принципов международного частного права, с точки зрения критерия непротиворечивости мы должны прежде всего убедиться в том, что указанное положение способно выполнять все свои регулирующие функции в составе единой системы принципов международного частного права таким образом, что его воздействие осуществляется в унисон со всеми остальными принципами, многократно усиливая степень их общего воздействия на сферу частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Успешное функционирование любой системы возможно исключительно в том случае, когда все элементы этой системы действуют параллельно и равнонаправленно. Система принципов международного частного права в этой связи не является исключением. Достаточно наличия

лишь одного принципа, идущего в разрез с любым другим, – и вся система оказывается блокированной и не способной выполнять свои функции. К примеру, белорусский автор М. Л. Чудаева называет в числе основных принципов международного частного права «приоритет общечеловеческих интересов и ценностей» и «автономию воли сторон» [17, с. 11]. В случае если оба эти положения действительно одновременно являются принципами международного частного права, то две стороны, определяющие в договоре право, применимое к регулированию их взаимоотношений в рамках этого договора, должны обязательно убедиться в том, что указанный выбор соответствует «общечеловеческим интересам и ценностям». Очевидно, что это совершенно нереальный вариант развития событий.

Необходимо отметить, что критерий непротиворечивости носит выраженный прикладной характер и необходим прежде всего исследователю, осуществляющему выявление и фиксацию принципов международного частного права, так как сама система принципов, представляющая собой единый саморегулирующийся механизм, не допускает произвольного включения в свой состав противоречивых положений. Однако упомянутый критерий выполняет и фундаментальную функцию. Являясь сущностной характеристикой принципа международного частного права, критерий непротиворечивости постепенно исключает из системы принципов международного частного права положения, которые в процессе исторического развития по тем или иным причинам утратили свою былую значимость или вообще оказались жестко противопоставлены существующей правовой реальности. Подобная «санация» происходит не единовременно, а постепенно, однако неизбежность этого процесса представляет собой яркое доказательство действия критерия непротиворечивости.

В качестве четвертого критерия определения принципа международного частного права нами была сформулирована *относительная устойчивость*, под которой понимается *способность принципа международного частного права с течением времени сохранять свои важнейшие характеристики в сочетании с возможностью внешней и внутренней корректировки в зависимости от объективных изменений всей сферы частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом*.

Устойчивость в качестве неотъемлемого атрибута принципа права как общеправовой категории упоминалась многими исследователями и даже иногда оставалась одной из немногих точек соприкосновения непримиримых научных соперников [3, с. 45–57]. В частности, российский исследователь В. Н. Карташов писал: «... принципы права обладают значительной устойчивостью и стабильностью... на их основе формируются те или иные системы, отрасли или институты права» [12, с. 224]. В этой связи очевидно, что принципы международного частного права, лежащие в основе указанной системы норм, не могут быть подвержены произвольным измене-

ниям, они в течение достаточно продолжительного промежутка времени должны успешно функционировать в принципиально неизменном виде, фундируя тем самым всю систему правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Устойчивость принципов – это необходимая гарантия планомерного, поступательного развития международного частного права как особой системы норм.

Вместе с тем международное частное право как универсальный регулятор всей совокупности частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, представляет собой современную динамичную систему норм, чутко откликающуюся на малейшие изменения самых различных сфер жизни современного общества (от семьи до информационных технологий). В этой связи абсолютно устойчивая система принципиальных положений, не приемлющих малейших изменений, несет риск полной стагнации международного частного права, его оторванности от реального регулирования общественных отношений. «Для того чтобы быть реально действующими нормативно-правовыми предписаниями, а не благими пожеланиями и лозунгами, принципы права должны достаточно полно, правильно и всесторонне отражать существующую действительность и основные закономерности развития общества» [12, с. 224–225], именно поэтому в качестве критерия определения принципа международного частного права мы говорим об *относительной устойчивости*, что, на наш взгляд, более справедливо. Принцип международного частного права не может существовать как некая раз и навсегда принятая данность; оставаясь неизменным по сути декларируемых положений, он с течением времени может переживать самые различные трансформации: от корректировки наименования до изменения практики применения. Об этом, в частности, говорит Т. Н. Нешатаева в отношении сформулированного ею «принципа взаимного сотрудничества государств» в международном частном праве, отмечая, что «принцип взаимного сотрудничества прошел долгий путь развития от “мягкой” формы – международной вежливости (*comity*) до обязанности государств сотрудничать друг с другом во благо своих граждан» [7, с. 23]. Не соглашаясь с автором в части обоснованности существования сформулированного принципа, мы, тем не менее, признаем, что обозначенный механизм является примером функционирования критерия относительной устойчивости.

Другим примером может служить история становления и развития в международном частном праве принципа автономии воли сторон [8]. Пройдя значительный путь от «коллизионного начала действующего права» [6, с. 178] до общепризнанного принципа международного частного права [2, с. 23; 5, с. 35–36] и, соответственно, значительно расширив сферу своего непосредственного применения, автономия воли сторон, тем не менее, сохранила свои основные сущностные характеристики, что, в свою очередь,

оказало значительное воздействие на регулирование всей сферы частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Учитывая вышеизложенное, представляется очевидным, что любое положение, полностью не соответствующее критерию относительной устойчивости, не может существовать в качестве принципа международного частного права: не обладая устойчивостью, оно не сможет выполнять функцию «несущей конструкции» указанной системы правовых норм, а способность своевременно видоизменяться в зависимости от изменений общественных отношений с неизбежностью приведет к тому, что подобное положение будет исключено из состава принципов в процессе саморегуляции системы международного частного права.

Последним критерием определения принципа международного частного права является *практическая применимость*, под которой следует понимать *выполнение принципом международного частного права функций непосредственного либо косвенного регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом*. Иными словами, положение может рассматриваться в качестве принципа международного частного права только в том случае, если оно действительно (прямо либо косвенно) регулирует соответствующие правоотношения.

Анализ современной правовой реальности позволяет утверждать, что в настоящий момент принципы международного частного права осуществляют регулирование частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, одним из трех способов:

- 1) закрепление принципа в нормативных правовых актах в качестве отдельной нормы или совокупности взаимосвязанных норм (института), позволяющее осуществлять непосредственное регулирование соответствующих правоотношений;
- 2) воздействие авторитета принципа на законодателя, проявляющееся в выработке норм, полностью соответствующих этому принципу;
- 3) аналогия права.

Как видим, первый и третий способы представляют собой непосредственное регулирование правоотношений, а второй – косвенное. Разберем-ся в них детальнее.

Говоря о первом способе, необходимо признать, что он является наиболее действенным из всех упомянутых в силу того, что прямое закрепление в нормативном правовом акте предполагает неукоснительное соблюдение той или иной нормы, делает ее применение неизбежным. Однако указанный способ имеет весьма существенный недостаток, который в значительной степени нивелирует обозначенные достоинства. Закрепление принципа международного частного права в нормативном правовом акте в качестве обычной нормы права (без указания на его статус) существенно снижает его роль, растворяя в массе других нормативных предписаний. В этом случае правопримениителю невероятно сложно определить, где прин-

цип международного частного права, а где обычная норма, тем самым практика применения принципа оказывается в тупике.

Второй из обозначенных способов регулирования предполагает осуществление процесса нормотворчества с учетом соблюдения требований принципа международного частного права. В данном случае очевиден риск субъективного подхода законодателя: в силу воздействия собственного сформированного правосознания он будет неспособен полностью объективно определить и сформулировать перечень принципов, которыми ему нужно руководствоваться в процессе нормотворческой деятельности. В этой связи невозможно гарантировать надлежащее регулирующее воздействие принципов международного частного права.

Та же проблема может возникнуть и при применении аналогии права, ведь не свободен от субъективных оценок и судья, который «в принятии решения, ввиду, скажем, недостатка или неясности прямо относящихся к данному случаю позитивных норм, может использовать принцип права, переводя его в норму, связывающую стороны» [11, с. 61].

Вообще, в качестве наиболее предпочтительного варианта регулирующего воздействия принципов международного частного права следует рассматривать научно обоснованное вычленение принципов из существующей правовой реальности с их последующей фиксацией в нормативных правовых актах в качестве *именно принципов международного частного права* и придания им в этой связи соответствующей степени императивности. Указанная фиксация сняла бы все обозначенные недостатки и противоречия в упомянутых способах регулирования, полностью сохранив принципиальную возможность их существования. К сожалению, в настоящий момент она остается практически нереализованной, однако мы выражаем надежду на то, что настоящая статья в некоторой степени поспособствует ее реализации в будущем.

Тем не менее все из обозначенных способов регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, с помощью принципов международного частного права, существуют, и задача исследователя состоит в том, чтобы отыскать в правовой реальности подтверждение регулирующего воздействия того или иного принципа. В противном случае не может быть речи о существовании некоего положения в качестве принципа международного частного права: система принципов не приемлет правовых атавизмов.

Таким образом, в качестве принципа международного частного права может рассматриваться лишь положение, в совокупности соответствующее критериям истинности, универсальности, непротиворечивости, относительной устойчивости и практической применимости. Утрата принципом международного частного права в процессе исторического развития соответствия по крайней мере одному из указанных критериев приводит к исключению этого положения из числа принципов.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. *Барышникова Ю. Р.* Принципы частного права: теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Казанский государственный ун-т им. В. И. Ульянова-Ленина. – Казань, 2006.
2. *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : учебник. – М. : Эксмо, 2005. – 752 с.
3. *Дворкин Р.* О правах всерьез : пер. с англ. / ред. Л. Б. Макеева. – М. : РОССПЭН, 2004.
4. *Ериков В. В.* Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права : монография. – М. : РАП, 2010.
5. *Леанович Е. Б.* Международное частное право : учеб. пособие для учеб. заведений по юрид. специальностям. – Минск : ИВЦ Минфина, 2008.
6. *Лунц Л. А.* Международное частное право (Общая часть). – М. : Госюриздан, 1959.
7. *Нешатаева Т. Н.* Уроки судебной практики о правах человека: европейский и российский опыт. – М. : Изд. дом «Городец», 2007.
8. *Оксютич Н. В.* Автономия воли сторон как принцип международного частного права // Беларусь в современном мире = Беларусь у сучасным свеце : материалы X Междунар. науч. конф., посвящ. 90-летию образования Белорус. гос. ун-та, Минск, 28 октября 2011 г. / редкол. : В. Г. Шадурский [и др.]. – Минск : Изд. центр БГУ, 2011.
9. *Оксютич Н. В.* Понятие принципов международного частного права // Журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2012. – № 1. – С. 12–16.
10. Правовая система социализма : понятие, структура, социальные связи / Кудрявцев В. Н. [и др.]; под ред. А. М. Васильева. – М. : Юрид. лит., 1986. – Кн. 1.
11. *Скурко Е. В.* Принципы права : монография. – М. : Ось-89, 2008.
12. Теория государства и права : учебник / В. К. Бабаев [и др.]; под ред. В. К. Бабаева. – М. : Юристъ, 2005.
13. Теория государства и права : курс лекций / Н. И. Матузов [и др.]; под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М. : Юристъ, 1999. – 672 с.
14. *Тихина В. Г.* Международное частное право. – 5-е изд., перераб. и доп. – Минск : Право и экономика, 2003.
15. *Толочкин О. Н.* Принципы международного частного права // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2001. – № 2. – С. 24–28.
16. *Ходыкин Р. М.* Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Моск. гос. ин-т междунар. отношений (Университет) МИД России. – М., 2005.
17. *Чудаева М. Л.* Международное частное право : курс лекций. – Минск : Акад. упр. при Президенте Респ. Беларусь, 2007. – 150 с.
18. *Янич Л. С.* Право развитого социалистического общества (сущность и принципы). – М. : Юрид. лит., 1978. – 224 с.

Статья поступила в редакцию 13.05.2013 г.

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ДЛЯ ИНОСТРАНЦЕВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Ф. М. Реза

В статье рассматривается правовой режим осуществления предпринимательской деятельности иностранными гражданами в Республике Беларусь. Автром рассмотрено понятие правового режима иностранных граждан, дан анализ нормативного регулирования правового режима предпринимательской деятельности иностранных граждан; рассмотрены общие условия и отличительные черты предпринимательской и инвестиционной деятельности, а также гарантии защиты прав иностранных граждан при осуществлении инвестиционной и предпринимательской деятельности.

The article deals with the legal regime of the entrepreneurial activity of foreign citizens in the Republic of Belarus. The authors examined the concept of the legal status of foreign nationals, give an analysis of the regulatory regime of legal entrepreneurial activity of foreign citizens, discuss the general conditions and the distinctive traits of entrepreneurs and investors, as well as guarantees of protection of the rights of foreign citizens in the investment and business activity.

Ключевые слова: правовой режим, инвестор, предпринимательская деятельность, инвестиционная деятельность, реинвестирование, вид на жительство, режим наибольшего благоприятствования.

Keywords: the legal regime, the investor, business activities, investing activities, reinvestment, residence permit, most favored nation treatment.

ВВЕДЕНИЕ

Создание благоприятных условий для предпринимательской деятельности является одним из основных стратегических факторов устойчивого социально-экономического развития любого государства.

Улучшение условий осуществления предпринимательской деятельности повышает уровень жизни и благосостояние общества, способствует привлечению инвестиций, внедрению новых технологий, а также стабилизации и улучшению экономических показателей деятельности государства.

В последние годы в социально-экономическом развитии Республики Беларусь произошли очевидные позитивные изменения в области определения правил ведения бизнеса, направленные на улучшение делового климата и повышение инвестиционной привлекательности нашего государства.

Последовательно реализуются меры по либерализации условий осуществления хозяйственной деятельности, устранению излишнего вмешательства государственных органов в деятельность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, упразднению необоснованных административных барьеров для развития деловой инициативы.

Наиболее значительные движения по направлению либерализации предпринимательской деятельности начались после принятия Директивы Президента Республики Беларусь «О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь» от 31.12.2010 г. № 4 [7].

Положения данной директивы являются основой для большинства нормативных правовых актов, принимаемых в настоящий момент, направленных главным образом на упрощение порядка осуществления предпринимательской деятельности.

До последнего времени во многом низкая предпринимательская активность была обусловлена большим количеством административных барьеров, сложностью законодательства, бухгалтерского учета и порядка осуществления хозяйственной деятельности.

Однако принимаемые меры и сохранение курса на либерализацию позволяют повысить предпринимательскую инициативу и улучшить бизнес-климат нашего государства.

Происходящие изменения в равной степени затрагивают и порядок осуществления предпринимательской деятельности иностранными гражданами.

Более того, в текущих условиях именно увеличение доли участия иностранных граждан в предпринимательской деятельности в Республике Беларусь является приоритетным, поскольку позволяет привлечь иностранный капитал извне и тем самым устранить надобность привлечения дорогих кредитных ресурсов.

Данное обстоятельство обуславливает актуальность подробного рассмотрения правового режима предпринимательской деятельности для иностранцев в Республике Беларусь.

Целесообразность исследования данной темы обусловлена также тем, что в отечественной литературе отсутствуют отдельные теоретические работы по теме правового режима предпринимательской деятельности для иностранных граждан в Республике Беларусь. Как следствие, данная тема рассматривается в книгах, посвященных предпринимательскому и международному частному праву, в контексте ряда других правовых тем. Тема правового режима осуществления предпринимательской деятельности иностранными гражданами поднимается в работах отечественных авторов В. Н. Фисенко, В. Г. Тихини, С. С. Вабищевич, а также работах российских авторов М. М. Богуславского, С. Э. Жилинского, В. В. Гущина, Ю. А. Дмитриева, В. С. Белых, О. А. Беляевой, Н. М. Коршунова, Н. Д. Эриашвили, В. В. Лаптева, Г. К. Дмитриевой, И. В. Ершовой, И. В. Гетьман-Павловой, А. О. Иншаковой, Д. А. Шевчука.

Целью настоящей статьи является рассмотрение правового режима осуществления предпринимательской деятельности иностранными гражданами в Республике Беларусь.

В соответствии с целью автором выдвигаются следующие основные задачи данной статьи:

- рассмотреть понятие правового режима предпринимательской деятельности иностранных граждан;
- определить нормативное регулирование правового режима предпринимательской деятельности иностранных граждан;
- рассмотреть общие условия и отличительные черты предпринимательской и инвестиционной деятельности;
- рассмотреть гарантии защиты прав иностранных граждан при осуществлении инвестиционной и предпринимательской деятельности.

1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРАВОВОГО РЕЖИМА ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН

Право, выступая регулятором общественных отношений, в зависимости от преследуемых законодателем целей устанавливает определенные правовые режимы. Жесткость регламентируемых отношений определяется рядом факторов: степенью угрозы общественной безопасности; временными параметрами; международными обязательствами государства; масштабностью; предназначением объекта, подвергаемого специальной правовой регламентации, и др. [15, с. 187].

В контексте предпринимательской деятельности правовой режим определяет порядок ее осуществления различными категориями физических и юридических лиц, а также устанавливает механизмы государственного регулирования данной деятельности.

Для лучшего понимания природы специальных правовых режимов предпринимательской деятельности различных категорий физических и юридических лиц необходимо исходить из общей характеристики правового режима, выступающего в качестве первичного по отношению ко всем остальным.

При этом в теории права существует достаточно большой разброс в определении понятия правового режима.

Правовой режим рассматривается как совокупность способов, методов и типов правового регулирования, характеризующих особенности и характер правового воздействия и складывающихся внутри каждой отрасли права [8, с. 457], либо как совокупность приемов и способов, используемых при регламентации конкретных общественных отношений для достижения определенных целей [15, с. 188].

Н. И. Матузов и А. В. Малько рассматривают правовой режим как особый порядок правового регулирования, выражющийся в определенном сочетании юридических средств, создающих желаемое социальное состояние и конкретную степень благоприятности [9, с. 450].

С. С. Алексеев и С. И. Архипов определяют правовой режим как специфику юридического регулирования определенной сферы общественных отношений с помощью различных юридических средств и способов [10, с. 227].

Кроме того, С. С. Алексеев в более ранних работах по теории права рассматривает правовой режим как порядок регулирования, который выражен в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных связываний и создающих особую направленность регулирования [11, с. 243].

Правовой режим, как правило, выражается в совокупности правил, закрепленных в юридических нормах, регулирующих определенный вид общественной деятельности. Его также можно характеризовать как комплекс общественных отношений определенного вида деятельности, закрепленный юридическими нормами и обеспеченный совокупностью юридико-организационных средств [15, с. 189].

Применительно к иностранным инвестициям правовой режим можно определить как основной показатель отношения конкретного государства к возможности допущения иностранных инвестиций в экономику, который определяет порядок и сферу помещения иностранного капитала; порядок налогообложения; условия перевода за пределы страны-реципиента прибыли и иного капитала; гарантии прав и льготы иностранным инвесторам; ограничения, связанные с капиталовложениями в ряде отраслей экономики, а также порядок разрешения инвестиционных споров.

Анализ изложенных определений позволяет сформулировать наиболее общее определение правового режима.

Правовой режим представляет собой совокупность нормативно закрепленных методов и средств правового регулирования, направленных на установление определенного порядка и правил взаимодействия в той или иной области общественных отношений.

Правовой режим выражает степень жесткости юридического регулирования, наличие известных ограничений или льгот, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности.

Жесткость применяемых средств юридического воздействия для регулирования соответствующих общественных отношений определяется необходимостью обеспечения функционирования стабильности государства как основного условия стабильности функционирования всего общества и его институтов.

В зависимости от доминирующих в правовом режиме средств, он может быть либо стимулирующим, либо ограничивающим. Если первый создает благоприятные условия для удовлетворения конкретной группы интересов, а иногда и сверхблагоприятные (режим наибольшего благоприятствования), то второй нацелен на их комплексное сдерживание [9, с. 450].

В рамках каждого правового режима всегда участвуют все способы правового регулирования. Но в каждом режиме – и это во многом определяет его специфику – один из способов, как правило, выступает в качестве доминанты, определяющей весь его облик и как раз создающей специфическую направленность, настрой в регулировании. Это лежит в основе классификации первичных юридических режимов.

Правовой режим можно рассматривать как своего рода укрупненный блок в общем арсенале правового инструментария, соединяющий в единую конструкцию определенный комплекс правовых средств. И с этой точки зрения эффективное использование правовых средств при решении тех или иных специальных задач в значительной степени состоит в том, чтобы выбрать оптимальный для решения соответствующей задачи правовой режим, искусно отработать его сообразно специфике этой задачи и содержанию регулируемых отношений.

Как правило, в основе юридических режимов лежит тот или иной способ правового регулирования. Применительно к каждому юридическому режиму можно с достаточной четкостью определить, что лежит в его основе – запрет, дозволение или позитивное обязывание [11, с. 243].

Если подробнее рассмотреть в этой связи дозволения и запреты, то окажется, что фундамент соответствующих режимов составляют не просто дозволения и запреты, а общие дозволения и общие запреты, а еще точнее, базирующиеся на них типы правового регулирования. И, соответственно, самым общим образом правовые режимы наряду с выделением режимов обязывающего профиля могут подразделяться на общедозволительные и разрешительные.

Вместе с тем нужно иметь в виду, что каждый правовой режим есть именно режим; следует принимать во внимание основные смысловые оттенки этого слова, в том числе и то, что правовой режим выражает наличие известных ограничений или льгот, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности. Именно поэтому при рассмотрении правовых вопросов обычно говорят, например, о жестких или льготных правовых режимах.

В правовых режимах различных видов присутствуют две взаимосвязанные стороны: содержательная – определяет основания установления (или причины и цели), а также вытекающие из этого организационные, политические, идеологические, экономические и иные управлочные аспекты; юридическая – определяет правовые формы установленного режима (срок действия, территориальные границы, субъекты обеспечения и объекты правового воздействия, процедура введения в действие, характер правовых ограничений, виды юридической ответственности за их нарушение и т. д.).

Устанавливаемые правовые режимы имеют особенности, выражающиеся в определении: объектов специального правового воздействия; круга

субъектов реализации правоустановок, а также объема их полномочий; особых принципов, форм и методов их деятельности [12, с. 334].

Субъектами правового воздействия применительно к рассматриваемой теме будут являться иностранные граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность на территории Республики Беларусь.

Целями введения различных правовых режимов для иностранных граждан являются: обеспечение суверенитета и обороны государства; обеспечение общественного порядка и общественной безопасности; обеспечение охраны здоровья и жизни граждан; обеспечение устойчивости функционирования институтов гражданского общества [15, с. 190].

Установление того или иного правового режима для иностранных граждан, как правило, осуществляется на взаимной основе путем подписания международного договора.

Классификация правовых режимов законодательством и исследователями проводится по различным основаниям. Подходы определяются и высказываются самые разнообразные. Они отличаются друг от друга по многим основаниям, которые условно можно подразделить на следующие:

- сферы действия – подразделяются на международно-правовые и внутригосударственные правовые режимы;
 - отрасли права;
 - продолжительность действия;
 - основания установления;
 - объекты правового воздействия;
 - субъекты реализации устанавливаемых правовых предписаний [12, с. 336].

Действующие в Республике Беларусь правовые режимы многообразны и многоаспектны.

Применительно к иностранным гражданам выделяют следующие виды правовых режимов:

- режим национального пребывания – предоставление иностранным гражданам такого объема прав, свобод и обязанностей, которым пользуются граждане данного государства;
- преференциальный режим – особый льготный экономический режим, предоставляемый одним государством гражданам другого без распространения на третьи страны;
- режим наибольшего благоприятствования – предоставление гражданам каждой из договаривающихся стран такого режима, которым пользуются граждане третьего государства и который является наиболее благоприятным;
- режим реторсий – ответные, ограничивающие права и свободы иностранных граждан меры, принимаемые государством в ответ на дискриминационные меры другого государства;

- привилегированный режим – связан с режимом капитуляций, по которому восточноевропейские государства предоставляли гражданам некоторых европейских государств значительно большие права, чем своим собственным [16, с. 222].

Описанные правовые режимы могут устанавливаться как в рамках международных соглашений, так и актов национального законодательства.

Анализ изложенного материала позволяет сформулировать определение правового режима применительно к иностранным гражданам и лицам без гражданства, определив его как совокупность предоставленных указанным лицам прав и обязанностей, устанавливаемых национальным законодательством и международными договорами страны пребывания в определенной области гражданских отношений.

2. НОРМАТИВНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВОГО РЕЖИМА ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН

Основополагающим документом, определяющим правовой режим иностранных граждан в Республике Беларусь, является Конституция Республики Беларусь от 15 марта 1994 г. № 2875-ХII [1].

В соответствии со статьей 11 Конституции Республики Беларусь определено, что иностранные граждане и лица без гражданства на территории Беларуси пользуются правами и свободами и исполняют обязанности равные с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией, законами и международными договорами [1, ст. 11].

Статья 13 Конституции Республики Беларусь закрепляет гарантии государства на предоставление равных возможностей свободного использования способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности [1, ст. 13].

Основы правового режима предпринимательской деятельности иностранных граждан закреплены Гражданским кодексом Республики Беларусь.

В части 2 пункта 3 статьи 1 Гражданского кодекса Республики Беларусь оговорено, что 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, иными законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь [2, ст. 1].

Отдельные положения о правовом режиме предпринимательской деятельности иностранных граждан в Республике Беларусь содержатся в Законе Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» от 04.01.2010 г. № 105-З.

В части 1 статьи 11 указанного Закона иностранцам, постоянно проживающим в Республике Беларусь, предоставлено право заниматься тру-

довой и предпринимательской деятельностью наравне с гражданами Республики Беларусь с ограничением участия в выборах и референдумах, а также ограничением занятия определенных должностей, назначение на которые в соответствии с законодательством Республики Беларусь связано с принадлежностью к гражданству Республики Беларусь [4, ст. 11].

Иностранцы, временно пребывающие и временно проживающие в Республике Беларусь, в соответствии с ч. 3 статьи 11 названного Закона, не вправе осуществлять в Республике Беларусь предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, если иное не определено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь [4, ст. 11].

Например, в соответствии со статьей 2 Договора о равных правах граждан, заключенного между Республикой Беларусь и Российской Федерацией (подписан в г. Москве 25.12.1998 г., вступил в силу 22.07.1999 г.), гражданам Республики Беларусь и гражданам Российской Федерации гарантированы равные права на участие в хозяйственной деятельности на территориях Договаривающихся Сторон. Исходя из этого граждане Российской Федерации, временно пребывающие и временно проживающие на территории Республики Беларусь, вправе осуществлять предпринимательскую деятельность без образования юридического лица [5, ст. 2].

Следует отметить, что Российская Федерация является единственным государством, с которым у Республики Беларусь подписано подобное соглашение. На наш взгляд, данное обстоятельство несколько дискриминирует иностранных граждан других государств, не имеющих вида на жительство в Республике Беларусь.

В то же время в ближайшей перспективе следует ожидать расширение списка государств, чьи граждане будут обладать правами, равными правам граждан Республики Беларусь, в связи с формированием Таможенного союза.

Таким образом, в настоящий момент только имеющие вид на жительство иностранные граждане и лица без гражданства, а также граждане Российской Федерации, без вида на жительство, обладают равными правами с гражданами Республики Беларусь и вправе осуществлять предпринимательскую деятельность как путем образования юридического лица, так и без образования юридического лица.

Реализовать свое право на занятие предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в соответствии с п. 1 статьи 22 Гражданского кодекса Республики Беларусь иностранные граждане и лица без гражданства могут лишь с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя [2, ст. 22].

Иностранные граждане, временно пребывающие и временно проживающие в Республике Беларусь, за исключением граждан Российской Феде-

рации, могут осуществлять предпринимательскую деятельность только путем образования юридического лица.

Определение особенностей правового режима предпринимательской деятельности отдельных иностранных граждан является предметом урегулирования соглашений о содействии и взаимной защите инвестиций.

На сегодня Республика Беларусь является участницей более чем 50 двусторонних договоров (соглашений) о содействии в осуществлении (поощрении) и взаимной защите инвестиций. Республика Беларусь подписала такие договоры со следующими государствами: Соединенные Штаты Америки, Федеративная Республика Германия, Босния и Герцеговина, Турецкая Республика, Королевство Швеция, Королевство Нидерланды. Межправительственные соглашения заключены с Финляндской Республикой, Султанатом Оман, Королевством Дания, Бельгийско-Люксембургским экономическим союзом, Австрийской Республикой, Государством Израиль, Республикой Молдова, Кыргызской Республикой, Латвийской Республикой, Чешской Республикой, Румынией, Французской Республикой, Украиной, Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, Социалистической Республикой Вьетнам, Китайской Народной Республикой и др. [14].

Кроме того, правовой режим иностранных инвестиций в Республике Беларусь определяется Инвестиционным кодексом Республики Беларусь [3].

В соответствии со статьей 79 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь, определено, что правовой режим иностранных инвестиций на территории Республики Беларусь, условия деятельности иностранных инвесторов и создаваемых с их участием юридических лиц 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 [3, ст. 79].

В целях создания дополнительных гарантий защиты инвестиций, а также для увеличения объема их привлечения был принят Декрет Президента Республики Беларусь от 06.08.2009 г. № 10 «О создании дополнительных условий для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь», уточняющий порядок реализации инвестиционных проектов путем заключения инвестиционного договора.

Приведенные нормативные акты являются основными в определении правового режима предпринимательской деятельности иностранных граждан. В то же время существует достаточно большое количество иных нормативных документов, в том числе не имеющих прямого отношения к предпринимательской деятельности, которые косвенно затрагивают и ограничивают права иностранных граждан в области предпринимательской деятельности.

К примеру, беспроцентные займы иностранных граждан, как имеющих вид на жительство, так и не имеющих его, в соответствии со статьей 5 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь следует относить к источникам инвестиций [3, ст. 5].

В то же время контролирующие субъекты, руководствуясь Декретом Президента Республики Беларусь от 28.11.2003 г. № 24 «О получении и использовании иностранной безвозмездной помощи», с учетом положений Постановления Управления делами Президента Республики Беларусь от 17.09.2010 г. № 9 «О порядке регистрации, учета, получения и использования иностранной безвозмездной помощи» и собственного толкования, относят беспроцентные займы иностранных граждан и лиц без гражданства к иностранной безвозмездной помощи, что значительно ограничивает их использование целями, не связанными с систематическим извлечением прибыли.

Как можно заметить, положения о правовом режиме предпринимательской деятельности иностранных граждан содержатся в достаточно большом количестве отдельных нормативных актов, что, на наш взгляд, значительно ограничивает возможности иностранных граждан в осуществлении предпринимательской деятельности.

В этой связи с целью улучшения бизнес-климата Республики Беларусь, а также создания прозрачных условий и правил осуществления предпринимательской деятельности представляется целесообразной выработка единого кодифицированного акта, объединяющего в себе все правила и условия осуществления иностранными гражданами предпринимательской деятельности на территории Республики Беларусь.

3. ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ИНВЕСТИЦИОННОЙ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН

Прежде чем перейти к общим условиям осуществления предпринимательской и инвестиционной деятельности, на наш взгляд, целесообразно рассмотреть, каким образом соотносятся указанные понятия.

В теории данная тема является весьма дискуссионной. Одни авторы полагают, что инвестиционная деятельность является видом предпринимательской деятельности [18, 19], другие полагают, что это два самостоятельных вида деятельности [17].

В соответствии со статьей 1 Гражданского кодекса Республики Беларусь предпринимательская деятельность – это самостоятельная деятельность юридических и физических лиц, осуществляемая ими в гражданском обороте от своего имени, на свой риск и под свою имущественную ответственность и направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи вещей, произведенных, переработанных или

приобретенных указанными лицами для продажи, а также от выполнения работ или оказания услуг, если эти работы или услуги предназначаются для реализации другим лицам и не используются для собственного потребления [2, ст. 1].

В соответствии со статьей 2 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь под инвестиционной деятельностью понимаются действия инвестора по вложению инвестиций в производство продукции (работ, услуг) или их иному использованию для получения прибыли (дохода) и (или) достижения иного значимого результата [3, ст. 2].

Общие черты предпринимательской и инвестиционной деятельности выражаются в самостоятельности, систематичности, легитимности, имущественной ответственности, регистрации субъекта, ведущего деятельность, инициативности, риске.

В частности, риск инвестора и риск предпринимателя по сути одинаковы. Риск обычно рассматривается как неблагоприятное последствие, в частности как неполучение прибыли (дохода), на которую рассчитывал инвестор или предприниматель.

Имущественная ответственность инвестора как признак инвестиционной деятельности закреплена законодательно и должна быть конкретизирована при заключении договора или зафиксирована в учредительных документах. На инвестора может быть возложена как полная имущественная ответственность, так и ограниченная [13, с. 14].

Отличительная черта инвестиционной деятельности заключается в том, что средства инвестора вкладываются в объекты предпринимательской деятельности с целью извлечения прибыли от использования и эксплуатации этих объектов в будущем. Предпринимательская деятельность скорее направлена на краткосрочное достижение результата.

Отличительными особенностями инвестиционной деятельности являются следующие аспекты:

- для инвестиционной деятельности законодатель установил двуединую цель (прибыль и достижение иного значимого результата);
- законодатель предоставил инвестору возможность извлекать прибыль (доход) от использования средств в экономическом, хозяйственном обороте не от собственного имени, а от имени хозяйствующего субъекта;
- законодатель не требует от инвестора регистрации в качестве предпринимателя [13, с. 15].

Анализ общих и отличительных черт позволяет сделать вывод о том, что общего больше, чем отличий, следовательно, есть все основания рассматривать инвестиционную деятельность как разновидность предпринимательской, имеющую свои особенности.

Правда, нужно отметить, что инвестиционная деятельность теоретически может выходить за пределы предпринимательской только в одном слу-

чае – когда инвестиции вкладываются в другие виды деятельности, не являющиеся предпринимательством, и приносят доход не в виде прибыли.

Как инвестиционная, так и предпринимательская деятельность иностранных граждан может осуществляться путем:

- создания юридического лица;
- приобретения имущества или имущественных прав (доля в уставном фонде юридического лица, включая случаи увеличения уставного фонда юридического лица; недвижимости; ценных бумаг; прав на объекты интеллектуальной собственности; концессий; оборудования; других основных средств).

Инвестиционная деятельность может осуществляться путем заключения инвестиционного договора.

Общий порядок государственной регистрации и ликвидации субъектов хозяйствования, в том числе для иностранных граждан, установлен Декретом Президента Республики Беларусь «О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования» от 16.01.2009 г. № 1 [7].

Порядок осуществления государственной регистрации организаций в некоторых сферах предпринимательской деятельности регулируется отдельными нормативными правовыми актами (банковская сфера, сфера оказания страховых услуг, игорный бизнес и т. д.).

Создание юридического лица требует выполнения ряда юридических формальностей, в частности регистрации в Едином государственном реестре юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Юридические лица должны иметь свое наименование, уставный фонд (минимальный размер которого для определенных организационно-правовых форм определен законодательством), органы управления, юридический адрес и счета в банке.

Юридические лица, зарегистрированные в Республике Беларусь, являются субъектами белорусского законодательства, но соглашения, заключенные белорусскими организациями с иностранными компаниями, могут регулироваться правом, избранным сторонами.

Белорусское законодательство предусматривает следующие организационно-правовые формы субъектов предпринимательской деятельности:

- Индивидуальный предприниматель (аббревиатура ИП);
- Крестьянское (фермерское) хозяйство (аббревиатура КФХ);
- Унитарное предприятие (аббревиатура УП);
- Производственный кооператив (аббревиатура ПК);
- Полное товарищество (аббревиатура ПТ);
- Командитное товарищество (аббревиатура КТ);
- Общество с дополнительной ответственностью (аббревиатура ОДО);
- Общество с ограниченной ответственностью (аббревиатура ООО);

- Открытое акционерное общество (аббревиатура ОАО);
- Закрытое акционерное общество (аббревиатура ЗАО).

Другими вариантами ведения бизнеса выступает создание представительств и филиалов юридических лиц.

При этом законодательство Республики Беларусь ограничивает возможность создания филиала иностранной организации.

Как отмечалось ранее, предпринимательская деятельность путем регистрации в качестве индивидуального предпринимателя может осуществляться только иностранными гражданами и лицами без гражданства, постоянно проживающими на территории Республики Беларусь, т. е. имеющими вид на жительство.

Юридическое лицо в Республике Беларусь может быть создано:

- со статусом коммерческой организации с иностранными инвестициями;
- без статуса коммерческой организации с иностранными инвестициями.

Необходимо отметить, что такое различие касается статуса только как свода норм, определяющих особенности создания и деятельности юридического лица, а не его организационно-правовую форму.

Большинство юридических лиц в Республике Беларусь, в том числе организуемых иностранными гражданами, осуществляют свою деятельность в форме УП, ООО или ЗАО, как наиболее удобных формах для осуществления хозяйственной деятельности.

Источниками средств для предпринимательской и инвестиционной деятельности в соответствии со статьей 5 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь могут являться:

- собственные средства инвесторов, включая амортизационные фонды, прибыль, оставшуюся после уплаты налогов и других обязательных платежей, в том числе средства, полученные от продажи долей в уставном фонде юридического лица;
- заемные и привлеченные средства, включая кредиты банков и небанковских кредитно-финансовых организаций, займы учредителей (участников) и других юридических и физических лиц, облигационные займы [3, ст. 5].

Объектами инвестиционной деятельности в соответствии со статьей 5 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь являются:

- недвижимое имущество, в том числе предприятие как имущественный комплекс;
- ценные бумаги;
- интеллектуальная собственность [3, ст. 5].

Законодательными актами Республики Беларусь определяются объекты, находящиеся только в собственности Республики Беларусь, что не исключает инвестиционной деятельности в отношении этих объектов, к примеру, на основании концессионных договоров [3, гл. 12].

Законодательными актами Республики Беларусь устанавливается перечень объектов, в отношении которых запрещено осуществление инвестиционной деятельности всем инвесторам, за исключением Республики Беларусь.

4. ГАРАНТИИ ПРАВ ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКУЮ И ИНВЕСТИЦИОННУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Самостоятельное место в государственном регулировании инвестиционной и предпринимательской деятельности иностранных граждан занимают государственные гарантии прав субъектов инвестиционных правоотношений и защита инвестиций. Прежде всего, государство гарантирует стабильность прав субъектов путем включения в законодательство об инвестиционной деятельности так называемой дедушкиной оговорки в виде неприменения норм права, ухудшающих положение субъектов инвестиционных правоотношений в определенный период времени [13, с. 25].

Законодательство Республики Беларусь гарантирует защиту прав и законных интересов иностранных граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность в Республике Беларусь.

Инвестиционный кодекс Республики Беларусь гарантирует:

- право частной собственности и иные вещные права, а также имущественные права, приобретенные законным способом;
- равенство прав, предоставляемых инвесторам независимо от их формы собственности при осуществлении инвестиционной деятельности, а также равную, без всякой дискриминации защиту прав и законных интересов инвесторов;
- стабильность прав инвестора, установленных Инвестиционным кодексом, по осуществлению инвестиционной деятельности и ее прекращению [3, ст. 9].

Действия либо бездействие государственных органов или их должностных лиц, органов административно-территориальных единиц (должностных лиц) и акты государственных органов или органов административно-территориальных единиц Республики Беларусь, нарушающие права инвестора и (или) причиняющие ему убытки и иной вред, могут быть обжалованы инвестором в суде.

Вред, в том числе убытки, причиненные в результате вышеуказанных действий (бездействия) государственных органов (их должностных лиц), органов административно-территориальных единиц (их должностных лиц) либо в результате принятия актов государственными органами или органами административно-территориальных единиц Республики Беларусь, подлежит возмещению из средств соответствующей казны по решению суда [3, ст. 13].

Инвестор вправе самостоятельно распоряжаться прибылью (доходом), полученной в результате осуществления инвестиционной деятельности, в том числе осуществлять реинвестирование на территории Республики Беларусь в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь.

Под реинвестированием понимается вложение инвестором в объекты инвестиционной деятельности на территории Республики Беларусь прибыли (дохода), уже полученной им в результате такой деятельности.

Иностранныму инвестору гарантируется после уплаты им налогов и других обязательных платежей, установленных законодательными актами Республики Беларусь, беспрепятственный перевод за пределы Республики Беларусь прибыли (дохода), полученной на территории Республики Беларусь в результате осуществления инвестиционной деятельности, а также выручки от полной или частичной реализации инвестиционного имущества при прекращении инвестиционной деятельности [3, ст. 10].

Государство гарантирует защиту инвестиций в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь.

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 причиненных этим убытков [3, ст. 11].

Компенсация стоимости национализированного или реквизированного инвестиционного имущества должна быть равной рыночной стоимости этого имущества, определяемой в порядке, установленном Президентом Республики Беларусь или по его поручению Правительством Республики Беларусь. Кроме того, компенсация должна включать процент, исчисленный согласно официальному курсу белорусского рубля по отношению к соответствующей иностранной валюте за период с даты фактической национализации или реквизиции либо их публичного объявления до даты фактической выплаты компенсации. Указанный процент не должен быть ниже, чем соответствующий процент, установленный на Лондонском межбанковском рынке (LIBOR).

Компенсация стоимости национализированного или реквизированного инвестиционного имущества национальному инвестору выплачивается в официальной денежной единице Республики Беларусь, иностранному инвестору – в валюте, в которой первоначально были осуществлены инвестиции.

Размер компенсации стоимости национализированного или реквизированного инвестиционного имущества может быть обжалован инвестором в суд [3, ст. 12].

Основные способы защиты прав иностранных граждан закреплены статьей 11 Гражданского кодекса Республики Беларусь [2, ст. 11].

К сожалению, несмотря на то, что правовые основы инвестиционной деятельности были заложены еще в 1994 г., большинство государственных гарантий и мер поддержки частных инвестиций, действующих в настоящий момент, по-прежнему носит декларативный характер, поскольку, на наш взгляд, так и не были разработаны правовые механизмы их реализации.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

По результатам рассмотрения правового режима предпринимательской деятельности иностранцев в Республике Беларусь, с учетом анализа теоретических источников можно сделать вывод о том, что правовой режим иностранных граждан следует рассматривать как совокупность предоставленных указанным лицам прав и обязанностей, устанавливаемых национальным законодательством и международными договорами страны пребывания в определенной области гражданских отношений.

Применительно к предпринимательской деятельности иностранных граждан в Республике Беларусь из проведенного анализа белорусского законодательства вытекает, что положения о правовом режиме предпринимательской деятельности иностранных граждан содержатся в достаточно большом количестве отдельных нормативных актов, что, на наш взгляд, значительно ограничивает возможности иностранных граждан в осуществлении предпринимательской деятельности.

Помимо этого, следует устранить все имеющиеся пробелы и коллизии толкования нормативных актов. В частности, необходимо исключить описание противоречие актов, регулирующих область предоставления иностранной безвозмездной помощи и инвестиций, четко определив, какие беспроцентные займы следует относить к иностранной безвозмездной помощи.

Также можно сделать вывод о том, что законодательство Республики Беларусь содержит множество положений о гарантиях защиты прав и законных интересов иностранных граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность в Республике Беларусь.

При этом большинство государственных гарантий и мер поддержки частных инвестиций по-прежнему носят декларативный характер, поскольку, на наш взгляд, так и не были разработаны правовые механизмы их реализации.

Так, на данный момент все еще отсутствует действенная реализация положений о режиме наибольшего благоприятствования, декларируемого в рамках международных соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций.

Несмотря на установление защиты инвестиций путем ограничения безвозмездной национализации и реквизиции инвестиций, к вложениям инвесторов могут быть применены схожие по своему содержанию меры в виде конфискации вложений за совершение различного рода администра-

тивных правонарушений в сфере осуществления предпринимательской деятельности.

Повсеместно декларируемое освобождение инвесторов от внесения платы за право заключения договора аренды земельного участка, перечисляемой в республиканский или местный бюджет или фонд развития соответствующей свободной экономической зоны, применяется властями весьма избирательно, по своим собственным критериям, которые позволяют им в большинстве случаев злоупотреблять предоставленным правом.

В то же время следует отметить, что для всех иностранных граждан, за исключением граждан Российской Федерации, независимо от их личного статуса, гражданства законодательно установлены единые условия и порядок (режим) осуществления предпринимательской деятельности на территории Республики Беларусь, которые, однако, отличаются от условий и порядка осуществления предпринимательской деятельности белорусскими резидентами.

Большинство элементов правового режима осуществления предпринимательской деятельности иностранных граждан в Республике Беларусь существенно отличаются от аналогичных составляющих правового режима предпринимательской деятельности граждан Республики Беларусь.

В то же время в последнее время в законодательстве Республики Беларусь наметилась тенденция к либерализации режима осуществления предпринимательской деятельности иностранными гражданами, однако, по мнению автора, этих изменений правового режима еще недостаточно для создания благоприятных и прозрачных условий осуществления предпринимательской деятельности.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Конституция Республики Беларусь, 15 марта 1994 г., № 2875-XVII : с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24.11.1996, 17.10.2004 // КонсультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
2. Гражданский кодекс Республики Беларусь, 7 декабря 1998 г., № 218-З : в редакции Закона Республики Беларусь от 03.07.2011 г. № 295-З // КонсультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
3. Инвестиционный кодекс Республики Беларусь, 22 июня 2001 г., № 37-З : в редакции Закона Республики Беларусь от 09.11.2009 г. № 55-З // КонсультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.
4. О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь : Закон Республики Беларусь от 04.01.2010 г. № 105-З // Кон-

сультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

5. О ратификации договора между Республикой Беларусь и Российской Федерации о равных правах граждан : Закон Республики Беларусь от 17.02.1999 г. № 244-З // КонсультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

6. О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования : Декрет Президента Республики Беларусь от 16.01.2009 г. № 1 // КонсультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

7. О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь : Директива Президента Республики Беларусь, 31 декабря 2010 г. // КонсультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

8. Мухаев Р. Т. Теория государства и права : учеб. для вузов. – М. : ПРИОР, 2001. – 464 с.

9. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – 776 с.

10. Алексеев С. С., Архипов С. И. Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов и фах. – М. : Норма, 2005. – 496 с.

11. Алексеев С. С. Теория права. – М. : БЕК, 2006. – 317 с.

12. Мелехин А. В. Теория государства и права : учебник. – М. : КонсультантПлюс, 2009. – 640 с.

13. Предпринимательское (хозяйственное) право : учебник / О. М. Олейник [и др.]; под общ. ред. О. М. Олейника. – М. : Юристъ, 2002. – 666 с.

14. Самосюк О. В. Иностранные инвестиции. Правовой аспект // КонсультантПлюс : Беларусь. Проф-2012 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

15. Мелехин А. В. Теория государства и права : учеб. пособие. – М. : Москов. междунар. ин-т эконометрики, информатики, финансов и права, 2004. – 367 с.

16. Иванец Г. И., Калинский И. В., Червонюк В. И. Конституционное право России : энцикл. сл. / под общ. ред. В. И. Червонюка. – М. : Юрид. лит., 2002. – 432 с.

17. Коммерческое право : учебник / под ред. В. Ф. Попондупуло, В. Ф. Яковлевой. – СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1998. – Ч. 2. – С. 114–115.

18. Круглова Н. Ю. Хозяйственное право. – М. : Рус. деловая лит., 1998. – С. 420–429.

19. Еришова И. В., Иванова Т. М. Предпринимательское право : учеб. пособие. – М. : Юриспруденция, 2000. – С. 281–300.

Статья поступила в редакцию 30.03.2013 г.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

ГОЛУБ Василий Иванович – аспирант факультета международных отношений БГУ, заместитель начальника отдела международной технической помощи Минской центральной таможни.

ГРИГОРЬЕВ Алексей Александрович – старший научный сотрудник Научно-исследовательского института теории и практики государственного управления Академии управления при Президенте Республики Беларусь.

ДЕЙКАЛО Екатерина Александровна – доцент кафедры международного права БГУ, старший научный сотрудник отделения исследований в области международных отношений Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, кандидат юридических наук.

ДОВГАНЬ Елена Федоровна – доцент кафедры международного права БГУ, кандидат юридических наук, доцент.

КОННОВА Елена Владимировна – преподаватель кафедры международного права БГУ, младший научный сотрудник отделения исследований в области международных отношений Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь.

САМАРЫН Вадзім Ігаравіч – дацент кафедры крымінальнага пракісу і пракурорскага нагляду Беларускага дзяржаўнага ўніверсітэта, кандыдат юрыдычных навук, дацент.

СЯГРОВЕЦ Елена Вячеславовна – доцент кафедры международного права БГУ, кандидат юридических наук, доцент.

БАБКИНА Елена Васильевна – заведующий кафедрой международного частного и европейского права БГУ, помощник судьи Суда Евразийского экономического сообщества, ведущий научный сотрудник отделения исследований в области международных отношений Института правовых исследований Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент.

БАСАЛЫГА Ирина Сергеевна – студентка магистратуры кафедры международного частного и европейского права БГУ.

ГАЗДЮК Надежда Юрьевна – старший преподаватель кафедры международного частного и европейского права факультета международных отношений БГУ, юрист ОДО «Центр юридических услуг».

ДЕНІСЕНКО Марина Александровна – доцент кафедры международного частного и европейского права БГУ, кандидат юридических наук, доцент.

ЗЕНЬКОВ Алексей Васильевич – аспирант кафедры международного частного и европейского права БГУ.

ЛЕАНОВИЧ Елена Борисовна – доцент кафедры международного частного и европейского права БГУ, ведущий научный сотрудник отделения исследований в области международных отношений Института правовых исследований Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент.

МАСКАЕВА Наталья Геннадьевна – первый секретарь юридического управления главного договорно-правового управления Министерства иностранных дел Республики Беларусь, магистр юридических наук.

МАХИНЧУК Виталий Николаевич – старший научный сотрудник отдела юрисдикционных форм правовой защиты субъектов частного права Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства НАПрН Украины, кандидат юридических наук.

МИХАЛЕВА Татьяна Николаевна – доцент кафедры международного частного и европейского права БГУ, начальник отделения исследований в области международных отношений права Института правовых исследований Национального центра законодательства и правовых исследований Республики Беларусь, кандидат юридических наук.

ОКСЮТЧИК Николай Викторович – начальник юридического отдела ЗАО «Белзарубежстрой», аспирант кафедры международного частного и европейского права БГУ, магистр юридических наук.

РЕЗА Фаллах Джавинани Моххамед – соискатель кафедры международного частного и европейского права БГУ.

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	3
-------------------	---

Р а з д е л I. АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

В. И. Голуб	Организационно-правовые механизмы функционирования Евразийского экономического сообщества.....	5
А. А. Григорьев	К вопросу совершенствования права Республики Беларусь в условиях развития множественного гражданства.....	11
Е. А. Дейкало	Категория ответственности в международном и внутригосударственном праве: сравнительный анализ	26
Е. Ф. Довгань	Взаимодействие ОБСЕ с иными международными организациями в области поддержания международного мира и безопасности	37
Е. В. Коннова	О месте односторонних актов государств в системе источников международного права	52
В. И. Самарын	Судовая система Еўрапейскага саюза пасля Лісабону	62
Е. В. Сягровец	Роль пекинской конференции 1995 г. и ее итоговых документов в формировании механизма реализации гендерного равенства на международном и национальном уровнях	75

Р а з д е л II. АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Е. В. Бабкина	Коллизионное регулирование договорных отношений в новейших источниках международного частного права	89
И. С. Басалыга	Специфика правового регулирования института усыновления в европейских государствах (Италии, Латвии, Франции)	98
Н. Ю. Газдюк	Правоспособность банков как субъектов международного частного права (в контексте осуществления трансграничной банковской деятельности).....	117
М. А. Денисенко	Правовое положение трудящихся-иммигрантов в Республике Беларусь	154
А. В. Зеньков	Экспроприация в законодательстве Республики Беларусь....	186
Е. Б. Леанович	Развитие правового регулирования в отношении сиротских произведений в Европейском союзе.....	205
Н. Г. Мaskaева	Международно-правовые определения недобросовестной конкуренции	215

В. Н. Махинчук	Развитие хозяйственного судопроизводства в Украине	225
Т. Н. Михалева	О целевых установках в контексте формирования интеграционного права (на примере Европейского союза и Евразийского сообщества)	231
Н. В. Оксютчик	Критерии определения принципа международного частного права	239
Ф. М. Реза	Правовой режим предпринимательской деятельности для иностранцев в Республике Беларусь	252
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ		270

Научное издание

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
МЕЖДУНАРОДНОГО
ПУБЛИЧНОГО
И МЕЖДУНАРОДНОГО
ЧАСТНОГО ПРАВА**

СБОРНИК НАУЧНЫХ ТРУДОВ

Выпуск 5

В авторской редакции

Ответственный за выпуск
С. П. Гринкевич

Художник обложки *Т. Ю. Таран*
Технический редактор *Т. К. Раманович*

Компьютерная верстка *А. В. Зайцев*
Корректор *Е. И. Кожушко*

Подписано в печать 24.12.2013.

Формат 60×84/16.

Бумага офсетная. Ризография.

Усл. печ. л. 16,27. Уч.-изд. л. 19,1.

Тираж 100 экз. Заказ. 806

Белорусский
государственный университет.
ЛИ № 02330/0494425 от 08.04.2009.

Пр. Независимости, 4,
220030, Минск.

Республиканское
унитарное предприятие
«Издательский центр
Белорусского
государственного университета».
ЛП № 02330/0494178 от 03.04.2009.
Ул. Красноармейская, 6,
220030, Минск.

ПАМЯТКА АВТОРУ

Автор должен представить в редакцию (220030, г. Минск, ул. Ленинградская, д. 20, к. 405):

– статью объемом около 10 печатных страниц текста (формат страницы – А4, шрифт – 14 пт, поля – верхнее 2,7 см, левое и правое – 2,6 см, нижнее – 4 см, расстояние между строками – 1 интервал, абзац – 0,8 см) на бумажном и электронных носителях (e-mail: ier@bsu.by).

Каждую статью следует предварять аннотациями на русском и английском языках, ключевыми словами на русском и английском языках. При оформлении списка литературы, библиографических ссылок следует пользоваться ГОСТами Республики Беларусь (СТБ 7.05-2008). Статья должна содержать: гипотезу или проблему, обзор научных направлений по исследуемой теме, проверку гипотезы или решение проблемы, выводы; быть актуальной.

Автор представляет выписку из протокола заседания кафедры или совета научного подразделения с рекомендацией статьи к печати; авторскую карточку (полные Ф. И. О. на русском и английском языках, научная степень, звание, место работы, должность, контактные телефоны).

Рецензируются статьи кандидатами и/или докторами наук по соответствующей отрасли науки.