БЕЛОРУССКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО. ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Допущено
Министерством образования Республики Беларусь
в качестве учебного пособия для студентов
учреждений высшего образования по специальности
«Международное право»

МИНСК
БГУ
2019

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.930я73
М43

А в т о р ы :
**Е. В. Бабкина, Ю. Н. Кудрявец, Е. Б. Леанович,
Н. С. Анцух, А. И. Анищенко, Н. Ю. Газдюк,
М. А. Денисенко, А. Ю. Корочкин,
Н. Г. Маскаева, Д. О. Фирсова, Л. В. Царева**

Под общей редакцией Е. В. Б а б к и н о й

Р е ц е н з е н т ы :
кандидат юридических наук *Т. Н. Михалёва*;
кандидат юридических наук *М. И. Игнатик*

Международное частное право. Общая часть : учеб. пособие /
М43 Е. В. Бабкина [и др.] ; под общ. ред. Е. В. Бабкиной. — Минск : БГУ, 2019. — 359 с.
ISBN 978-985-566-745-3.

В учебном пособии с позиций современного состояния науки изложены основные понятия Общей части международного частного права: история развития отрасли права, источники, учение о коллизионных нормах, механизмы применения коллизионных норм, субъекты. Каждая глава сопровождается списком рекомендуемой литературы и вопросами для самоконтроля. В тексте имеется глоссарий.

Предназначено студентам учреждений высшего образования, обучающимся по специальности «Международное право».

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.930я73

ISBN 978-985-566-745-3

© БГУ, 2019

ПРЕДИСЛОВИЕ

Расширение сотрудничества государств в различных сферах, рост мировой экономики, миграция населения требуют надлежащего правового регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом с учетом специфики трансграничного характера правоотношения, т. е. современного развития международного частного права.

Тон в стремительно происходящих изменениях в международном частном праве в последнее время задает «наднациональное право» — акты органов интеграционных объединений с наднациональными полномочиями. Европеизация международного частного права, толчок которой дал Амстердамский договор, влечет унификацию посредством актов прямого действия коллизионно-правового регулирования договорных обязательств (Регламент № 593/2008 от 17.06.2008 г.), внедоговорных отношений (Регламент № 864/2007 от 11.07.2007 г.), расторжения брака и раздельного проживания супругов (Регламент № 1259/2010 от 20.12.2010 г.), алиментных обязательств (Регламент № 4/2009 от 18.12.2008 г.), наследования (Регламент № 650/2012 от 04.07.2012 г.), режима собственности супругов (Регламент № 2016/1103 от 24.06.2016 г.) и имущественных последствий зарегистрированных партнерств (Регламент № 2016/1104 от 24.06.2016 г.), трансграничного банкротства (Регламент № 2015/848 от 20.05.2015 г.), признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений (Регламент № 1215/2012 от 12.12.2012 г.) и других вопросов. Подходы европейского законодателя существенно влияют на развитие международного частного права в глобальном масштабе.

Меняется структура и содержание коллизионной нормы. В целях реализации принципа правовой определенности современные коллизионные нормы четко очерчивают сферу применения статутов правоотношений. Определение сферы действия статута правоотношения способствует единообразию судебной практики, повышает предсказуемость выносимых судебных решений.

Процесс определения применимого права подвержен следующим тенденциям:

1) расширение применения принципа автономии воли сторон (возможность выбора применимого права сторонами внедоговорных обязательств, договоров, предметом которых является недвижимость, и договоров доверительного управления имуществом, брачно-семейных отношений, а также косвенное применение автономии воли к форме сделки как возможность применения к форме обязательственного статута);

2) усиление «гибкости» права: расширение сферы применения принципа тесной связи (для учета фактических обстоятельств дела, преодоления «слепоты» коллизионной нормы и повышения активной роли судьи в процессе), а также права, наиболее благоприятного для «слабой» стороны правоотношения (потребитель, работник, опекаемый, усыновляемый, потерпевший), но с соблюдением разумного баланса интересов сторон;

3) дифференциация объема коллизионных норм: специальное правовое регулирование специфических договоров (потребительские договоры, договоры франчайзинга и дистрибьюторства, трудовые договоры, договоры в сфере брачно-семейных отношений), отдельных аспектов обязательственных отношений (переход прав кредитора к другому лицу, обязательства вследствие недобросовестной конкуренции, причинение вреда окружающей среде, недобросовестные переговоры) и др.;

4) включение в источник комплексной автономной кодификации норм международного гражданского процесса (как минимум о юрисдикции и признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, а также праве, применимом к арбитражному соглашению, и специфике

применения коллизионных норм и иностранного права международным коммерческим арбитражем).

Настоящее издание представляет собой первое в отечественной юриспруденции коллективное учебное пособие по Общей части международного частного права, в которой изучаются традиционные вопросы, такие как: понятие, методы и система источников международного частного права, субъекты. Значительная часть пособия посвящена анализу ключевых институтов: коллизионных норм, публичного порядка, сверхимперативных норм и их применения, установления содержания иностранного права, взаимности и реторсии.

Е. В. Бабкина,
заведующий кафедрой международного частного и европейского права Белорусского государственного университета,
кандидат юридических наук, доцент

СПИСОК УСЛОВНЫХ ОБОЗНАЧЕНИЙ

ВОИС — Всемирная организация интеллектуальной собственности

ВТО — Всемирная торговая организация

ГК — Гражданский кодекс (указывается для тех стран, в которых соответствующий кодифицированный акт имеет такое название)

ГПК — Гражданский процессуальный кодекс

ЕАЭС — Евразийский экономический союз

ЕС — Европейский союз

ЕЭК — Евразийская экономическая комиссия

ИНКОТЕРМС — Правила толкования международных торговых терминов

КоБС — Кодекс о браке и семье (указывается для тех стран, в которых соответствующий кодифицированный акт имеет такое название)

КТМ — Кодекс торгового мореплавания (указывается для тех стран, в которых соответствующий кодифицированный акт имеет такое название)

МТП — Международная торговая палата

Принципы УНИДРУА — Принципы международных коммерческих договоров, разработанные УНИДРУА

СНГ — Содружество Независимых Государств

УНИДРУА — Международный институт унификации частного права

ЮНКТАД — Конференция ООН по торговле и развитию

ЮНСИТРАЛ — Комиссия ООН по праву международной торговли

ХПК — Хозяйственный процессуальный кодекс

РАЗДЕЛ I

ВВЕДЕНИЕ В ДИСЦИПЛИНУ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

ГЛАВА 1
ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

1.1. Предмет международного частного права

Международное частное право — это совокупность норм, регулирующих гражданско-правовые отношения с иностранным элементом, а также порядок разрешения споров, возникающих из этих отношений.

Предмет международного частного права сложно определить, поскольку приходится использовать такие абстрактные понятия и выражения, как «частное право», «гражданско-правовые отношения». Причина — в связи рассматриваемых отношений с несколькими государствами. Договорные и внедоговорные трансграничные отношения подпадают под регулирование правовых норм различных государств. Международное частное право зародилось и существует благодаря принципу экстерриториального действия законов, состоящему в том, что частноправовые нормы могут признаваться и порождать правовой эффект в иностранных государствах. Соотношение и взаимодействие правовых систем разных государств в каждой конкретной ситуации для каждого конкретного отношения, связанного с несколькими государствами, имеет свои особенности. С одной стороны, весьма обобщенно к предмету международного частного права можно отнести всю совокупность гражданско-правовых отношений. Вместе с тем не все законы гражданского права имеют экстерриториальный эффект. С другой стороны, нормы трудового, процессуального права преимущественно базируются на методе публично-правового регулирования и носят территориальный характер действия. Однако расширение отношений международного характера приводит к возникновению механизмов международного частного права, обеспечивающих взаимодействие национально-правовых систем и в этих областях.

Международному частному праву присуща своя терминология. «Коллизионная норма», «коллизионное регулирование», «иностранный эле-

мент» — специфические термины этой отрасли права, нуждающиеся в пояснении. Кроме того, по сложившейся исторической традиции в международном частном праве используются латинские термины. Таким образом, международное частное право — это дисциплина, имеющая особый язык, и это необходимо принимать во внимание, приступая к ее изучению.

1.1.1. Отношения, регулируемые международным частным правом

Международное частное право регулирует отношения, которые характеризуются двумя основными признаками:

1) связаны с несколькими государствами;

2) имеют частноправовой характер, т. е. складываются между физическими, юридическими лицами и другими субъектами права в гражданско-правовой сфере.

Рассматриваемые отношения «выходят» за рамки юрисдикции одного государства. По тому или иному признаку (например, разное гражданство сторон, исполнение обязательства за границей и т. п.) отношения, регулируемые международным частным правом, отличаются от национально-правовых. Отношения международного характера не могут быть эффективно разрешены путем обращения к национальному праву только одного государства. Международное частное право — это совокупность норм, которая возникла, чтобы предоставить адекватные средства справедливого разрешения отношений международного характера.

Отношения международного частного права касаются правового положения участников гражданского оборота, оснований возникновения и порядка осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности, предпринимательской деятельности, договорных и иных обязательств, наследования, других имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений.

Международное частное право регулирует гражданско-правовые отношения в широком смысле слова, т. е. частноправовые отношения с иностранным элементом. Коллизионный вопрос можно поставить применительно только к таким отношениям, поскольку их правовое регулирование имеет экстерриториальный характер.

Деление права на частное и публичное известно еще со времен Древнего Рима. Частное право децентрализованно регулирует отношения между индивидами и их объединениями. Оно призвано защищать интересы одних частных лиц в их взаимоотношениях с другими частными лицами. Частноправовые отношения характеризуются юридическим равенством их участников по отношению друг к другу. Децентрализованное регулирование частноправовых отношений допускает, что их участники могут само-

стоятельно принимать решения об использовании своих прав, вступлении в договорные отношения и других значимых действиях. По этой причине частное право одного государства может иметь силу на территории другого государства — в таком случае говорят об экстерриториальном действии законов иностранного государства.

Публично-правовым отношениям присущ элемент государственного принуждения. В указанных отношениях участники не равны, поскольку одним из них всегда является государство в лице определенных государственных органов или должностных лиц, наделенных властными полномочиями. Методы публично-правового регулирования построены на централизации. Публичная власть, государство, указывает на область необходимых, обязательных правил, императивов поведения. Таким образом государство проявляет свою властную волю на создание определенного варианта регулирования, который частные лица не могут обойти. Основу межгосударственных отношений составляет принцип суверенного равенства государств, который означает их полновластие на своей территории и независимость в международных отношениях. Публичное право, в частности уголовное, административное, финансовое, процессуальное, не обладает эффектом экстерриториальности. Публичное право иностранного государства может применяться в исключительных случаях на началах международной вежливости или взаимности.

К частному праву преимущественно относится гражданское право, поэтому предмет международного частного права традиционно характеризуется как гражданско-правовые отношения с иностранным элементом. По мере развития международного частного права в его орбиту постепенно входят брачно-семейные, трудовые отношения, отношения, связанные с недобросовестной конкуренцией, и др.

1.1.2. Понятие и разновидности иностранного элемента

Категория «иностранный элемент» определяет специфику международного частного права. Она используется для того, чтобы отделить отношения международного частного права от схожих по правовой природе национальных частноправовых отношений. Для выявления связи отношений с несколькими государствами и установления международного характера этих отношений используют несколько разновидностей иностранного элемента. Они соответствуют основным составляющим отношения:

- субъекту;
- объекту;
- юридическому факту, на основании которого возникает, изменяется или прекращается отношение.

Например, иностранный элемент присутствует в следующих отношениях:

• заключение договора между белорусской и иностранной компаниями (иностранный элемент проявляется в разной национальной принадлежности субъектов отношения);

• наследование гражданином Республики Беларусь денежного вклада в иностранном банке (иностранный элемент проявляется в том, что объект отношения находится за границей);

• причинение ущерба гражданину Республики Беларусь в результате дорожно-транспортного происшествия на территории иностранного государства (иностранным элементом является юридический факт, имевший место за границей).

На практике нередко встречаются ситуации, когда в отношении присутствуют и два, и три иностранных элемента. Например, под регулирование международным частным правом подпадают следующие ситуации:

• граждане разных государств оспаривают наследственные права в отношении имущества, находящегося в одном государстве, когда наследодатель умер в другом государстве;

• супруги, имеющие постоянное место жительства на территории разных государств, заключили брак на территории одного государства, а расторгают его в другом;

• юридическое лицо, созданное в одном государстве, предъявляет претензии о нарушении прав на товарный знак, зарегистрированный в другом государстве путем использования соответствующего обозначения в доменном имени гражданином третьего государства.

Наличие в отношении хотя бы одного из трех вариантов иностранного элемента указывает на то, что оно не может быть урегулировано только национальным правом и объективно требует применения норм международного частного права.

1.1.3. «Хромающие отношения» в международном частном праве

В международном частном праве нередко приходится иметь дело с ситуацией, когда отношение получает разную правовую регламентацию в разных государствах. Несовпадения в национально-правовом регулировании могут привести к тому, что в одном государстве отношение является легитимным и порождает правовые последствия, а в другом — нет. Если действия или поведение сторон не соответствуют установленным предписаниям, то они не могут быть признаны легитимными. Так, брак одного лица с несколькими лицами («полигамный брак»), признанный в одном государстве, не может быть признан в другом государстве, чьи нормы права в качестве брака рассматривают только союз одного мужчины и одной женщины. Если в одном государстве установлена обязательная письменная форма сделки,

то заключение сделки в устной форме в соответствии с правом другого государства может быть не принято во внимание в первом государстве.

Ситуация «хромающие отношения» приводит к тому, что одно и то же отношение в разных государствах получает настолько разную правовую оценку, что участники этого отношения оказываются в ситуации правовой неопределенности своего статуса и своих прав в разных странах. В результате в одном государстве лица могут состоять в браке, а в другом являться сожителями. В одном государстве между лицами есть договор, в другом — нет. Подобная ситуация не может удовлетворять ни доктрину, ни правоприменительную практику. Именно по этой причине главная задача международного частного права — создание условий для сохранения в силе отношений с иностранным элементом в разных государствах, а в случае невозможности признания их легитимности — установление четких и прозрачных правил, которыми должен руководствоваться суд или другой орган, рассматривающий спор.

1.1.4. Определение применимого права и компетентной юрисдикции

Международное частное право отвечает на два основных вопроса:

1) право какого государства применяется для регулирования отношения с иностранным элементом;

2) суд какого государства компетентен для разрешения спора, возникающего из этого отношения.

В учебной дисциплине международного частного права эти вопросы изучаются в изложенном порядке. На практике же сначала возникает второй вопрос, затем — первый.

В международном частном праве есть определенная доля вариативности. В зависимости от того, в какой суд или другой орган, компетентный рассматривать дело, связанное с отношениями с иностранным элементом, решили обратиться одна или обе стороны (*forum shopping*), вопрос о применимом праве может быть решен по-разному. Например, в одном государстве права и обязанности сторон договора купли-продажи регулируются правом государства, где стороны заключили договор, а в другом государстве — правом государства, где осуществляет деятельность продавец.

Суд или другой орган, рассматривающий спор, который вытекает из отношений с иностранным элементом, по общему правилу руководствуется своим правом. Вместе с тем в современном международном частном праве широко признаны права участников отношений с иностранным элементом по выбору:

- органа, компетентного рассматривать споры между ними;
- права, применимого к отношениям.

Таким образом, в международном частном праве есть значительный простор для планирования отношений с иностранным элементом.

1.2. Двойственная природа международного частного права

В основе проблем, исследуемых в международном частном праве, лежит пересечение национально-правовых систем разных государств. Нормами международного частного права преимущественно являются национально-правовые нормы, в том числе законы государства об этой отрасли права. Однако по мере развития международного частного права в его состав входят международно-правовые нормы, закрепленные в международных договорах и регулирующие, в частности, такие вопросы, как выбор применимого права, определение органа, компетентного рассматривать спор, или определенные отношения с иностранным элементом по существу. Современное международное частное право, помимо международных договоров, включает международные обычаи, содержание которых традиционно раскрывается в документах международных организаций.

Двойственность норм международного частного права выражается в том, что они и национальные, и международные. Состав источников современного международного частного права настолько широк, что в большинстве случаев отношение с иностранным элементом получает регламентацию путем одновременного использования национальных и международных источников. Это имеет важное значение при регламентации отношений с иностранным элементом коммерческого характера. В связи с этим в составе международного частного права есть большой массив международных норм (международных договоров и кодифицированных международных обычаев), относящихся к коммерческой сфере.

1.3. Методы правового регулирования в международном частном праве

Методы международного частного права, как и его нормы, имеют двойственный характер. Выделяют *коллизионно-правовой* и *материально-правовой* методы правового регулирования.

Двойственность методов правового регулирования международного частного права определяется спецификой его норм. В международном частном праве нормы подразделяются на материальные и коллизионные.

Коллизионные нормы — это специфика международного частного права. В отличие от материальных или процессуальных норм коллизионные нормы не регулируют отношения по существу, они лишь определяют, право какого государства должно применяться.

В основном коллизионные нормы в праве Республики Беларусь содержатся в разд. VII «Международное частное право» ГК Республики Беларусь.

Для наглядности приведем примеры материальной и коллизионной норм, регулирующих сходные правоотношения.

Статья 41 ГК Республики Беларусь устанавливает, что гражданин может быть объявлен судом умершим, если по месту его жительства нет сведений о месте его пребывания в течение трех лет, а если он пропал без вести при обстоятельствах, угрожавших смертью или дающих основание предполагать его гибель от определенного несчастного случая, — в течение шести месяцев. Это материальная норма. Статья 1105 ГК Республики Беларусь предусматривает, что признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление его умершим подчиняется праву страны суда. Перед нами уже коллизионная норма, которая помогает найти материальную норму того или иного государства. Таким образом, если дело о признании лица умершим рассматривается по праву нашей страны, то на основании ст. 1105 ГК Республики Беларусь суд применит ст. 41 ГК Республики Беларусь. Итак, один из основополагающих вопросов в международном частном праве: право какого государства регулирует отношение.

Изначально международное частное право зародилось и развивалось как совокупность коллизионных норм. В настоящее время в состав международного частного права входят материальные нормы.

Материальные нормы — это те нормы, к которым отсылает коллизионная норма. Они включены в международное частное право, поскольку без этих норм невозможно понять, из чего проистекает коллизионный вопрос и как именно разрешается отношение, выходящее за рамки одного государства. Кроме того, в современном международном частном праве значительное развитие получили специальные материальные нормы, направленные на регулирование частноправовых отношений, определяющие, например, правовое положение иностранцев, порядок совершения внешнеэкономических сделок и др.

Коллизионный метод — это специфика международного частного права, в других правовых дисциплинах он не применяется. Этот метод состоит в определении компетентного правопорядка, т. е. права того или иного государства. В результате применения коллизионно-правового метода регулирования отношение по существу не разрешается, поэтому его еще называют отсылочным методом правового регулирования.

Коллизионный метод определяет отсылку к материальным нормам. Затем отношение подпадает под регулирование гражданско-правовым методом.

Двойственность рассматриваемых методов регулирования проявляется и в том, что для разрешения частноправового отношения необходимо принимать во внимание нормы различной правовой природы, поэтому в международном частном праве изучаются не только гражданско-правовые нормы, но и частично административные, процессуальные, затрагивающие отношения с иностранным элементом. Следует учитывать, что такие нормы не обладают

экстерриториальным действием; коллизионный метод правового регулирования не решает вопроса о выборе между административным или процессуальным правом различных государств. Однако без изучения этих норм невозможно составить представление о регламентации отношения, связанного с различными правопорядками. Указанные нормы имеют большое значение в таких темах, как правовое положение иностранных физических и юридических лиц, внешнеэкономические сделки, порядок урегулирования споров, возникающих из частноправовых отношений с иностранным элементом.

Двойственность методов правового регулирования в международном частном праве состоит и в том, что коллизионные и материальные нормы содержатся в источниках как национального права, так и международного. Например, коллизионные нормы присутствуют в последнем разделе ГК Республики Беларусь и договорах о правовой помощи, материальные нормы, регулирующие договоры купли-продажи, закреплены в ГК Республики Беларусь и Венской конвенции о договорах международной купли-продажи 1980 г. Таким образом, для правильного применения в совокупности источников национального и международного права, а также коллизионных норм по правилам базовых механизмов международного частного права (оговорки о публичном порядке, взаимности, обхода закона и др.) необходимо принимать во внимание метод международно-правового регулирования.

С учетом последних тенденций в развитии науки и практики международного частного права невозможно не отметить и важную роль *метода саморегулирования*. Международные коммерческие отношения и частноправовые отношения, складывающиеся в интернете, в значительной степени осуществляются нормами, вырабатываемыми частными лицами самостоятельно. Метод саморегулирования выражается в том, что участники гражданско-правовых отношений с иностранным элементом в своей каждодневной практике вырабатывают правила поведения, которые становятся обычаями, или на договорной основе соглашаются исходить из определенных стандартов. В результате появляются нормы, не закрепленные в международных договорах и национальном законодательстве, поэтому метод саморегулирования называют также негосударственным. Основная причина его развития — стремление участников отношений международного характера создать режим, не связанный с правом одного государства, как заранее известный и приемлемый для них независимо от национальной принадлежности. Способствует методу саморегулирования наличие особых механизмов разрешения споров и защиты прав без обращения к судебным властям того или иного государства. Так, в международном коммерческом обороте преимущественно используется международный коммерческий арбитраж. В интернете развиты механизмы разрешения споров посредством обращения к интернет-провайдерам, например при нарушении прав на объекты интеллектуальной собственности в доменных именах.

Метод саморегулирования базируется на принципах автономии воли и свободы договора, признаваемых большинством правовых систем мира. Основное выражение этого метода в международном частном праве — возможность выбора применимого права, а также органа, компетентного разрешать споры между сторонами. Метод саморегулирования позволяет только в некоторой степени вывести отношение из-под государственной юрисдикции, полностью это сделать невозможно, если одна из сторон не согласится добровольно подчиниться вынесенному решению, выплатить компенсацию, осуществить какие-то действия. Однако, делая выбор в пользу совокупности правовых норм, не являющихся правом какого-либо государства, выбирая международный коммерческий арбитраж, стороны, происходящие из разных государств, избегают ситуации правовой неопределенности из-за незнания права одной из сторон. В современном международном частном праве ярким выражением метода саморегулирования выступает концепция *lex mercatoria* («обычное торговое право»). Под *lex mercatoria* понимается право торговцев или купцов, т. е. совокупность норм, разрабатываемых частными лицами (участниками международного коммерческого оборота) самостоятельно. Зачатки саморегулирования в сообществах коммерсантов зародились в XII—XIII вв., но только на современном этапе эта концепция получила научное обоснование, широкое признание в источниках государственного регулирования и применение в судебной и арбитражной практике.

1.4. Место и роль международного частного права в системе права

В правовой науке нет единогласия по вопросу о месте и роли международного частного права в системе права. Обычно эту правовую дисциплину относят к системе внутреннего права государства. Широкое распространение получило представление о международном частном праве как о своеобразной надстройке отрасли гражданского права. Эта точка зрения доминировала в советской науке международного частного права. Ее разделяли большинство ученых, занимающихся проблемами международного частного права в государствах, которые ранее входили в состав СССР. Ее отстаивают М. М. Богуславский, В. П. Звеков, Г. К. Дмитриева, Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев. Аргументы в пользу такого подхода: отношения международного частного права по сути являются гражданско-правовыми, основные источники международного частного права — источники гражданского права.

Другие концепции исходят из того, что международное частное право нельзя полностью отождествлять с национальным правом. Такой вывод следует из значительной роли норм международного права в регулировании отношений частноправового характера. В рамках указанного подхода

одна группа ученых относит международное частное право наряду с международным публичным правом к международному праву (Л. Н. Галенская, С. Б. Крылов, Д. И. Фельдман).

Учитывая двойственный характер норм и методов регулирования международного частного права, наиболее объективна характеристика международного частного права как своеобразного полисистемного комплекса норм. Международное частное право тесно связано с отраслью гражданского права. Предмет международного частного права — это преимущественно гражданские отношения, что подтверждает разд. VII «Международное частное право» ГК Республики Беларусь. При этом коллизионные нормы (гл. 75 ГК Республики Беларусь) и правила их применения (гл. 74 ГК Республики Беларусь) по своей сути не являются гражданско-правовыми, они содержат предписания, адресованные не самим участникам гражданских отношений с иностранным элементом, а суду или другому органу, который их рассматривает. Неотъемлемой частью современного международного частного права выступают также процессуальные нормы.

Подтверждением того, что международное частное право выходит далеко за рамки отрасли гражданского права, служит принятие в ряде государств законов о международном частном праве, в большинстве которых объединены и коллизионные, и материальные, и процессуальные нормы. Например, на таком подходе основан Закон Республики Украина «О международном частном праве».

1.5. Система международного частного права

Традиционно в системе международного частного права выделяют *Общую* и *Особенную* части. Гражданское право значительно повлияло на развитие системы международного частного права, в частности на принцип структурирования институтов и норм. Так, в его системе выделяют группы норм о лицах, вещах, сделках, а также подгруппы норм, регулирующих брачно-семейные отношения и отношения в области интеллектуальной собственности. Вместе с тем специфика международного частного права проявляется в структурных элементах и Общей, и Особенной части: ядро Общей части составляет учение о коллизионных нормах, а в Особенную часть включаются вопросы процессуально-правового и административно-правового регулирования.

Общая часть международного частного права содержит:

- определение основных понятий (предмет, история развития, методы правового регулирования международного частного права);
- состав и характеристику источников международного частного права;

• учение о коллизионных нормах (понятие, виды, строение коллизионных норм, типы коллизионных привязок, проблемы, связанные с применением коллизионных норм (взаимность, квалификация, императивные нормы в международном частном праве, обход закона, отсылки, оговорка о публичном порядке, установление содержания иностранного закона));

• правовое положение субъектов международного частного права (физические лица, юридические лица, участвующие в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом).

В Особенной части международного частного права изучаются некоторые виды отношений с иностранным элементом, в частности:

• отношения, связанные с правом собственности и другими вещными правами (коллизионные вопросы вещных прав, охрана культурных ценностей, наследование за рубежом);

• трансграничные банкротства;

• иностранные инвестиции (инвестиционный режим, гарантии иностранным инвесторам, механизмы страхования инвестиций и урегулирования инвестиционных споров);

• сделки с иностранным элементом и внешнеэкономические сделки (международная купля-продажа, международные расчеты, международные перевозки, международное страхование, международные агентские соглашения);

• отношения по интеллектуальной собственности с иностранным элементом (охрана авторских прав и прав промышленной собственности иностранцев в Республике Беларусь, охрана таких прав белорусских граждан за границей);

• обязательства вследствие причинения вреда с иностранным элементом;

• брачно-семейные отношения с иностранным элементом (заключение и расторжение брака с иностранцем, международное усыновление, алиментные обязательства гражданина другой страны);

• трудовые отношения с иностранным элементом (условия труда иностранцев, трудовая миграция).

В Особенной части выделяют также:

• международный гражданский процесс (правовое положение иностранцев в судах, международная подсудность, легализация иностранных официальных документов, признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений);

• международный коммерческий арбитраж (альтернативные способы рассмотрения международных коммерческих споров, арбитражное соглашение, признание и исполнение арбитражных решений).

Таким образом, Общая и Особенная части международного частного права тесным образом связаны между собой. Без ясного и четкого понима-

ния Общей части невозможно уяснить механизмы действия международного частного права, составить правильное понимание правового регулирования отдельных видов отношений с иностранным элементом. Базой является учение о коллизионных нормах, на котором покоится вся конструкция международного частного права.

Вопросы для самоконтроля

1. Какие отношения составляют предмет международного частного права?
2. Приведите примеры иностранного элемента в гражданско-правовых отношениях.
3. В чем заключается территориальное и экстерриториальное действие национальных законов?
4. Какие есть теории о месте и роли международного частного права в системе права?
5. Перечислите методы правового регулирования, используемые в международном частном праве.

Список литературы

Ануфриева, Л. П. Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева. М. : БЕК, 2002. Т. 1 : Общая часть.

Гетьман-Павлова, И. В. Международное частное право : учеб. для магистров / И. В. Гетьман-Павлова. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2013.

Лунц, Л. А. Курс международного частного права : Общая часть : учебник / Л. А. Лунц. 3-е изд., доп. М. : Юрид. лит., 1973.

Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева [и др.] ; под ред. Г. К. Дмитриевой. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2004.

Международное частное право : в 2 т. / С. Н. Лебедев [и др.] ; под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М. : Статут, 2011. Т. 1 : Общая часть.

Международное частное право : учеб. пособие / В. П. Мороз [и др.] ; под ред. В. П. Мороза. Минск : Адукацыя і выхаванне, 2016.

ГЛАВА 2
ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ДОКТРИНЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

2.1. Предпосылки зарождения и развития международного частного права

Термин «международное частное право» широко применяется со второй половины XIX в., а именно с 1834 г., когда американский юрист, член Верховного суда США Джозеф Стори употребил его в труде «Комментарии к конфликтному праву»[1]. Однако развитие правовых концепций регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом стало складываться за много веков до этого.

Зачатки международного частного права некоторые ученые усматривают уже в римском частном праве. Преторы в своих решениях формулировали правила, применявшиеся к отношениям с участием лиц, не являвшихся гражданами Римской империи.

Основные принципы коллизионного регулирования международного частного права возникли только в XIII в. Предпосылками данного процесса стали следующие обстоятельства:

- появление государствоподобных образований (городов с самоуправлением и других административно-обособленных территориальных единиц с автономной системой права);
- развитие социальных, торговых, экономических и других обменов между этими городами и территориями;
- признание экстерриториального действия иностранных законов, т. е согласие местного суда применить иностранное право.

Два первых обстоятельства относятся к эпохе Древнего мира. Однако международное частное право появилось гораздо позже, когда в трудах ученых-юристов и судебных решениях были зафиксированы анализ и обоснование правил соотношения права страны суда и иностранного права. Наличие особых правил для иностранцев, а также отдельных спорадических актов признания прав, возникших по законам иностранных государств, не свидетельствует о зарождении и развитии международного частного права, поскольку оно поднимает настолько сложные вопросы автономности и независимости национально-правовой системы,

[1] В западных странах термин «международное частное право» (*private international law*) употребляется в понятии «коллизионное право», или «конфликтное право» (*conflict of laws*).

что процесс этот должен осуществляться осознанно и целенаправленно. Международное частное право появилось тогда, когда суд применил иностранное право.

2.2. Зарождение доктрины международного частного права в учениях глоссаторов и постглоссаторов

Впервые в истории правовой науки вопрос о том, должен ли суд одного государства принять во внимание нормы другого государства, был специально изучен юристами городов Северной Италии. Основной причиной, вызвавшей возникновение коллизионных норм, стали активные торговые обмены между купцами, входившими в гильдии городов Северной Италии. В гильдиях были приняты разные уставы, но в целом купцы по своему положению были равны. В ходе разрешения споров между ними стали возникать сложные вопросы:

- если в сделке участвуют купцы разных городов, то какое право должно применяться;
- может ли право одного города применяться судебными властями другого;
- по каким принципам стоит отдать предпочтение праву одного города и отказать в применении права другого.

В XI—XIII вв. в итальянских университетах активно изучалось право Древнего Рима. Аккурсий (1228 г.), взяв за основу положение из Конституции Грациана, Валентиниана и Феодосия (380 г.): «Мы желаем, чтобы все народы, управляемые властью нашей милости, пребывали в той вере, которую божественный апостол Петр передал римлянам», проанализировал вопрос: «Может ли гражданин Болоньи быть судим по законам Модены?» и ответил на него отрицательно. Эта глосса, т. е. комментарий источника права Древнего Рима, вошла в историю как глосса Аккурсия. Ход его рассуждений был таков: закон, установленный правителем, обязателен для лиц, находящихся под его властью, следовательно, болонский житель не подчиняется статуту Модены, который по сфере применения ограничен пределами Модены.

Глоссаторы признали возможность и целесообразность применения иностранного права. Их последователи, постглоссаторы, пошли дальше и разработали правила выбора применимого права в различных отношениях. Глоссы постглоссаторов носили более подробный характер, чем у глоссаторов. Постглоссаторы, в частности Бартоло да Сассоферрато (1314—1357 гг.) и Бальд (1327—1400 гг.), разработали коллизионные принципы, которые используются и в настоящее время. К ним относятся «закон места нахождения вещи» для отношений права собственности, «закон места совершения

сделки» для решения вопросов, связанных со сделкой, «личный закон» по вопросам правового положения лиц и т. д. Таким образом, сложились основные приемы отсылки к иностранному праву. Тогда же зародилась традиция называть коллизионную отсылку латинскими терминами: *lex rei sitae*, *lex loci contractus* и т. п.

2.3. Развитие доктрины международного частного права в Средние века

В Средние века доктрина международного частного права пополнилась новыми концепциями, хотя еще не были распространены социальные, торговые, экономические и другие обмены между территориями с разным правовым режимом. В указанный период общественный базис составляли феодальные отношения, основанные на натуральных обменах и прикреплении к земле. Глоссаторы и постглоссаторы широко признавали возможность применения иностранного права. Ученые-юристы, пришедшие им на смену, больше, чем их предшественники, должны были принимать во внимание процессы укрепления государственной власти и обособления суверенных государств.

Французский юрист Б. д'Аржантре (1519—1590 гг.), яркий представитель школы статуариев, распределил законы (статуты) по категориям: вещных и личных прав. По его мнению, первые законы тесно связаны с территорией и действуют в ее пределах, а вторые (персональные) могут следовать за лицом. В XVI в. французский юрист Ш. Дюмулен (1500—1566 гг.) обосновал концепцию автономии воли, согласно которой стороны в сделке, связанной с разными правопорядками, сами могут выбрать применимое право. Ш. Дюмулен выражал интересы представителей торгового сословия, стремящегося определять свои взаимоотношения на началах свободы. Его учение не столько ратовало за применение иностранного права, сколько обеспечивало интересы королевской власти в преодолении феодальной раздробленности. Ш. Дюмулен обосновывал свободный выбор кутюмов (законов, действовавших в различных административно-территориальных единицах Франции), стремился усилить влияние короля и снизить значение церковных судов.

Юристы У. Губер (1636—1694 гг.) и И. Вут (1647—1714 гг.) разработали голландскую территориальную доктрину, на основе которой появилась концепция оговорки о публичном порядке, оправдывающей право суверенного государства ограничивать применение на своей территории иностранного права, не соответствующего основам отечественного правопорядка. Они развили идеи Б. д'Аржантре, но ориентировались на иные социально-экономические цели. Голландские провинции в то время боролись за самостоятельность против владычества Испании. Идея суверенитета провинций в отношении иностранных государств позволила сделать вывод о том, что

признание экстерриториального действия иностранных законов происходит лишь в силу международной вежливости (*comitas gentium*) и допускается постольку, поскольку такое признание не умаляет суверенитета провинции и прав ее граждан.

Принцип международной вежливости был использован голландцами также для развития коллизионных отсылок. У. Губер пришел к выводу, что право- и дееспособность лиц, домицилированных за границей, должны определяться по закону их домицилия. И. Вут ограничил возможность применения иностранного закона по право- и дееспособности вопросами сделки о передаче прав на движимое имущество.

В XVIII в. вопросы коллизионного регулирования исследовались в работах французских правоведов. Наибольшую известность получили труды Ж. Буйе (1673—1746 гг.), который разрабатывал коллизионные вопросы, возникавшие в связи с действием права различных французских кутюмов. В противоположность территориальным воззрениям голландцев Ж. Буйе ратовал за приоритет персонального закона как закона постоянного местожительства лица (домицилия).

2.4. Буржуазные доктрины международного частного права

До конца XVIII в. в развитии доктрины международного частного права господствовала теория статутов. Приверженность к ней можно проследить от глоссаторов до Ж. Буйе. При всех различиях учения исходят из необходимости подобрать к определенной категории материальных норм подходящий коллизионный принцип.

Французская буржуазная революция конца XVIII в. (1789—1794 гг.) привнесла много нового в доктрину международного частного права. На смену старому принципу домицилия пришел принцип гражданства. Кодекс Наполеона 1804 г. одним из первых закрепил нормы международного частного права, выводимые ранее из умозаключений ученых-юристов. Кодекс Наполеона воспринял идеи теории статутов в свете новых ценностей. Если французские коллизионисты, в частности Ж. Буйе, оперировали в основном категорией домицилия, то Кодекс Наполеона отдал предпочтение закону гражданства: «Законы, касающиеся гражданского состояния и способности (право- и дееспособности) лиц, распространяются на французов, даже проживающих в иностранных государствах» (абзац 3 ст. 3 Кодекса Наполеона). Таким образом, отправным началом международного частного права стал принцип закона гражданства.

Выводы теории статутов были восприняты также в Австрийском гражданском кодексе 1811 г. Однако впоследствии в доктрине международного

частного права появились кардинально новые учения. Буржуазные доктрины XIX в. характеризуются многообразием течений и направлений. Развитие рыночных отношений и промышленного производства повлекло за собой активизацию международных обменов, соответственно, возросла и актуальность вопросов правового регулирования отношений с иностранным элементом. Это стало причиной увеличения количества ученых, обращающихся к вопросам международного частного права.

Значительный отход от теории статутов произошел в германской школе международного частного права XIX в. К. Вехтер (1797—1880 гг.) в 1841 г. первым выступил против теории статутов и развил теорию, которая, однако, приобрела сторонников лишь в конце XIX в. К. Вехтер указал на то, что коллизионная норма носит национальный, а не международный характер, поэтому если в отечественном праве нет прямой отсылки к иностранному закону, то судья должен исходить из общего духа отечественных законов для решения дела, осложненного иностранным элементом. Иначе должен применяться отечественный закон. К. Вехтер отстаивал презумпцию закона суда.

Большой популярностью в буржуазных доктринах XIX в. пользовались идеи немецкого ученого-юриста Ф. К. фон Савиньи (1779—1861 гг.) и итальянского дипломата и юриста П. Манчини (1817—1886 гг.).

Ф. К. фон Савиньи полностью отверг теорию статутов и предложил новый методологический подход к поискам применимого права, отправной точкой которого стало содержание не норм права, а правоотношения. Ф. К. фон Савиньи развил коллизионное учение, исходя из идеи международно-правовой общности, которой он придавал надгосударственное значение. Ученый настаивал: любое отношение с иностранным элементом тяготеет по своей природе к определенному месту, поэтому необходимо установить его связь с соответствующим правопорядком. Эту связь Ф. К. фон Савиньи назвал «оседлостью правоотношения». Определяющую роль в отыскании компетентного права он отводил воле сторон, которые могут свободно подчинить отношение определенному правопорядку, как отечественному, так и иностранному. Принцип автономии воли, согласно воззрениям Ф. К. фон Савиньи, может быть ограничен только по соображениям публичного порядка права страны суда.

Новизна учения Ф. К. фон Савиньи состояла в рассмотрении коллизионных принципов в качестве презумпции тяготения отношения к определенному правопорядку, в частности презумпции в пользу места исполнения обязательств по сделкам, местожительства лица для дееспособности. При этом презумпцию права страны суда он категорически отвергал.

Теория Ф. К. фон Савиньи не была воспринята Германским гражданским уложением 1896 г. Однако впоследствии она повлияла на развитие коллизионного права во многих странах мира и нашла свое закрепление в источниках права ЕС по вопросам международного частного права.

Учение Ф. К. фон Савиньи дало толчок к возникновению двух крупных течений в международном частном праве: универсализма (интернационализма) и партикуляризма (национализма). Идея международно-правовой общности вдохновила универсалистов, которых объединяет стремление построить общеобязательную систему коллизионных норм путем разграничения сфер законодательной компетенции государств по вопросам гражданского права. Воззрения универсалистов конца XIX и начала XX в. получили практическую реализацию. В целях унификации коллизионных норм они разработали первые международные договоры по вопросам международного частного права и содействовали их принятию.

Особые заслуги в этом деле принадлежат выдающемуся голландскому юристу и политическому деятелю Т. Ассеру (1838—1913 гг.). Он полагал, что споры между государствами могут быть разрешены на международных конференциях, поэтому убедил голландское правительство созвать серию конференций европейских держав для кодификации международного частного права. Первые две проходили в Гааге в 1893 и 1894 гг. Результатом их деятельности стало подписание договора, вступившего в силу в 1899 г., который устанавливал единую международную процедуру ведения процессов по гражданским искам. Последующие конференции в 1900—1904 гг. были посвящены нормам семейного права, в том числе вопросам заключения и расторжения брака, опеки над несовершеннолетними и т. д. Благодаря деятельности Т. Ассера была создана международная межправительственная организация — Гаагская конференция по международному частному праву.

П. Манчини обосновал итальянскую национальную теорию. На его учение большое влияние оказала задача объединения Италии. Юрист утверждал, что внутри собственного государства индивид приобретает неотъемлемые права, а за границей сохраняет их и может противопоставить другой государственной власти. Первоначально П. Манчини вкладывал в понятие национальности принадлежность к определенной нации, объединенной историческими традициями, культурными и языковыми особенностями. Впоследствии категория национальности использовалась им в юридическом смысле. В отношении международного частного права он говорил о национальности как о привязке к определенному правопорядку: «национальность» — синоним понятий «гражданство», «подданство». Согласно П. Манчини, действие закона гражданства ограничивается лишь публичным порядком страны пребывания лица. При этом важным моментом в его учении являются вопросы взаимности. Он допускал широкое применение иностранных законов по отношению ко всем прибывавшим в Италию иностранцам с тем, чтобы итальянцы, проживавшие за границей, были подчинены итальянскому праву.

Национальная теория П. Манчини нашла закрепление в Итальянском гражданском кодексе 1865 г., Германском гражданском уложении 1896 г., Японском гражданском кодексе 1898 г., Бразильском гражданском кодексе 1916 г., а также в гаагских конвенциях по международному частному праву 1900—1905 гг.

2.5. Территориальная доктрина международного частного права в странах англосаксонской системы права

В первой половине XIX в. сначала в США, а затем в Англии стала активно развиваться доктрина международного частного права. Причина отставания от стран Европы в рассматриваемом вопросе состояла в том, что в Англии до середины XVIII в. суды вообще не знали коллизионной проблемы. Этому способствовала сильная королевская власть и централизованный судебный аппарат. Судьи королевского суда в Вестминстере (*Curia Regis*) в своей практике свели местные обычаи графств к единому обычному праву — общему праву.

В США различия между законами штатов к концу XVIII в. поставили коллизионные вопросы. Основоположником американской доктрины международного частного права считается член Верховного суда США Д. Стори, опубликовавший в 1834 г. «Комментарии к конфликтному праву». Эта работа стала фундаментальной основой для англо-американского коллизионного права. Д. Стори не нашел объяснения коллизионной проблемы в общем праве. Он обратился к трудам голландских юристов XVII в. У. Губерта и И. Вута. Их воззрения, в частности доктрина международной вежливости, послужила для Д. Стори отправной точкой рассуждений.

Учение Д. Стори было воспринято американской, а затем английской судебной практикой и доктриной. Последователями и продолжателями учения Д. Стори стали А. Дайси (1835—1922 гг.) в Англии, Дж. Биль (1861—1943 гг.) в США. Учение Дж. Биля выступило базой для неофициальной кодификации американского коллизионного права Американским институтом права, который в 1934 г. издал первую редакцию документа «Пересмотр коллизионного права» (*Restatement of the Law of Conflict of Laws*), а в 1971 г. — вторую. Пересмотр коллизионного права не имеет силы закона, однако служит основным источником коллизионного права в США, поскольку представляет собой обобщение *black letter law*, т. е. совокупность общеизвестных, всем понятных юридических правил и принципов, наличие которых не вызывает сомнений. По исторической традиции доктрина в США, в отличие, например, от стран континентальной Европы, основной источник международного частного права.

Начальному этапу развития англо-американской доктрины международного частного права свойственен строгий территориальный подход к разрешению коллизионной проблемы: по общему правилу суд применяет отечественное право; субъективные права, основанные на иностранных законах, рассматриваются как существенные фактические обстоятельства, поэтому «доказывание» иностранного закона происходит на тех же основаниях, что и доказывание фактических обстоятельств, существенных для дела; судья не обязан знать иностранное право; признание прав, приобретенных на основании иностранного закона, происходит в силу международной вежливости. Вместе с тем английские и американские коллизионисты соглашаются, что эта концепция не служит основанием для отказа в признании прав, возникших в силу иностранных законов. По их мнению, она означает, что коллизионные нормы, применяемые судами, являются внутренним, национальным правом в том же смысле, как и материальные нормы права.

Территориальный принцип в развитии англо-американского международного частного права был использован также в качестве начала при разрешении коллизионных вопросов правового положения индивида. Предпочтение было отдано закону домицилия с тем, чтобы распространить действие права страны суда на всех лиц, находящихся на его территории.

2.6. Развитие доктрины международного частного права в XX в.

В XX в. на развитие международного частного права оказывали влияние следующие факторы:

- биполярность мира, разделенного на два противостоящих друг другу лагеря (социалистический и капиталистический);
- освобождение колоний и появление группы развивающихся государств;
- развитие процессов региональной экономической интеграции;
- появление многочисленных международно-правовых источников международного частного права под влиянием международных межправительственных организаций, например Гаагской конференции по международному частному праву, ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА, а также международных неправительственных организаций, в частности МТП.

Для развития международного частного права в XX в. характерен поиск общих начал правового регулирования отношений с иностранным элементом в разных правовых системах.

Интересен подход к поискам компромисса Э. Рабеля (1874—1955 гг.). Труды этого известного австрийского исследователя построены на сравнительно-правовом анализе гражданского и коллизионного права многих

стран. Значительное внимание Э. Рабель уделял проблеме квалификации правовых понятий в ходе применения механизмов международного частного права. Он подверг жесткой критике квалификацию по закону суда и предложил метод автономной квалификации, основанный на раскрытии понятий коллизионной нормы и права, к которому она отсылает исходя из общих начал отечественного и иностранного права.

После Второй мировой войны значительно активизировались международные коммерческие отношения. Интернационализация экономических связей вызвала к жизни многочисленные концепции единообразного правового регулирования, дистанцированного от национального права: международное торговое право (К. Шмиттхофф), международное контрактное право (О. Ландо), международное хозяйственное право (П. Верлорен ван Темаат), международное экономическое право (З. Хохенвельдерн), теория *lex mercatoria* (А. Баттиофоль, П. Лалив, Ф. Де Ли).

А. Батиффоль (1905—1989 гг.), выдающийся французский ученый-юрист, обозначил в качестве главной задачи международного частного права создание правовых условий для сосуществования различных правовых систем. Он отказался от выведения из международного публичного права обязательных для всех государств коллизионных норм. По его мнению, такой подход трудно реализуем, поэтому для решения поставленной задачи он предложил долгий путь поиска компромисса в конкретных отношениях. Идеи А. Батиффоля легли в основу важнейших источников международного коммерческого права: Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА и др.

В доктрине международного частного права стран системы общего права под влиянием характерных для XX в. факторов интенсификации отношений с иностранным элементом стали наблюдаться тенденции отхода от строго территориального подхода к решению коллизионной проблемы. Во второй редакции «Пересмотра коллизионного права», изданного Американским институтом права, был закреплен отказ от метода жестких коллизионных привязок к праву государства, с которым отношение с иностранным элементом не имеет реальной связи.

Вместе с тем и в XX в. в американской доктрине международного частного права продолжает прослеживаться определенная территориальная направленность. Ярким выражением такой специфики стала концепция государственного интереса, обоснованная американским профессором права Б. Карри (1912—1965 гг.). По его мнению, если у государства суда не имеется интереса в урегулировании отношения и предполагается наличие такого интереса у иностранного государства, то право последнего может быть применено. Право суда применяется, когда ни отечественное, ни иностранное государство не имеет интереса в урегулировании отношения.

Для Б. Карри характерно негативное отношение к коллизионному методу регулирования. Он назвал этот метод несправедливым, поскольку результатом его применения не является объективное разрешение отношения с иностранным элементом. Б. Карри предложил собственную систему принципов, альтернативных коллизионному методу. Открытие Б. Карри состоит в использовании выбираемых материальных норм и выражаемых ими интересов в качестве ориентира целей. По его замыслу, осуществляя разбирательство по делу с иностранным элементом, суд должен установить цель и «политику», на которые направлены потенциально применимые нормы. Б. Карри допустил, что суд может исходить из презумпции отечественного права, но при этом должен определить, имеется ли связь между страной суда и обстоятельствами дела (национальность сторон, предмет сделки и т. п.). Таким образом, должен быть обоснован государственный интерес в каждом конкретном случае.

Доктрина Б. Карри сложна, но она не только оказала значительное влияние на развитие представлений о международном частном праве в США, но и получила отражение в источниках коллизионного права европейских стран. Наряду с теоретическими построениями Ф. К. фон Савиньи доктрина государственного интереса Б. Карри легла в основу обоснования критерия наиболее тесной связи.

Несмотря на обилие критики, теория государственного интереса оказала влияние на эволюцию понятия императивной нормы, предусматривающего применение некоторых материально-правовых норм государства иного, чем государство, право которого регулирует отношение. Дальнейшее развитие идеи Б. Карри получили в трудах П. Лагарда, Л. Бакстера, А. Эренцвейга.

2.7. Развитие международного частного права в Российской империи и СССР

Основу для развития современной доктрины международного частного права в нашей стране составила правовая наука Российской империи, а затем и СССР. Белорусское международное частное право восприняло наработки советской школы международного частного права, которое в свою очередь во многом было построено на достижениях ученых-юристов Российской империи.

Научные исследования в области международного частного права в Российской империи начались во второй половине XIX в. В широкий научный оборот термин «международное частное право» ввел Н. П. Иванов, употребив его в работе «Основания частной международной юрисдикции». Большой вклад в развитие российской науки международного частного права внес известный российский ученый юрист-международник Ф. Ф. Мартенс.

Ученики его школы А. А. Пиленко, Б. Э. Нольде, Л. А. Шалланда исследовали в своих работах многие вопросы коллизионного права. В первые десятилетия XX в. российская наука международного частного права пополнилась работами М. И. Бруна, В. А. Краснокутского, Г. Ф. Шершеневича.

Советская концепция международного частного права развивалась на началах преемственности дореволюционной науки международного частного права, складывалась под воздействием необходимости учета особенностей социалистической экономики. Так, в трудах основоположников советской науки международного частного права И. С. Перетерского, В. М. Корецкого были реализованы постулаты ученых-юристов Российской империи о связи с гражданским правом, об основных коллизионных принципах правового регулирования и оговорке о публичном порядке и т. д. Вместе с тем механизмы международного частного права были ими значительно приспособлены к целям участия Советского государства в международных хозяйственных связях.

В условиях переориентации экономики на рыночные отношения международное частное право в странах СНГ претерпело определенные изменения. Однако оно продолжает покоиться на теоретических основах, заложенных советскими учеными-юристами И. С. Перетерским, В. М. Корецким, Л. А. Лунцем и др. В Советском Союзе сложилась выдающаяся школа международного частного права. Широкую известность не только в СССР, но и в других странах получили труды М. М. Богуславского, А. С. Комарова, И. С. Зыкина и др. Работы этих авторов, написанные во время существования Советского Союза, и сегодня используются в качестве учебной литературы.

Наука международного частного права в Республике Беларусь уже получила значительное развитие, основные этапы которого изложены в книге В. А. Барышева «Международное частное право»[1].

Вопросы для самоконтроля

1. Каковы предпосылки для зарождения и развития международного частного права?
2. В чем состоит учение глоссаторов и постглоссаторов?
3. Назовите представителей доктрины международного частного права Средних веков.
4. Что объединяет учения Ф. К. фон Савиньи и П. Манчини?
5. В чем специфика американской территориальной доктрины международного частного права?
6. Назовите основные направления развития международного частного права в XX в.
7. Охарактеризуйте развитие международного частного права в Российской империи, СССР.

[1] *Барышев В. А.* Международное частное право : учеб. пособие. 2-е изд. Витебск, 2016. С. 19—20.

Список литературы

Барышев, В. А. Международное частное право : учеб. пособие / В. А. Барышев. 2-е изд. Витебск : ВГУ им. П. М. Машерова, 2016.

Гетьман-Павлова, И. В. Юридические конструкции «международное частное валютное право» и «международное фондовое право» / И. В. Гетьман-Павлова // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология Проф [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

Лунц, Л. А. Курс международного частного права : Общая часть : учебник / Л. А. Лунц. 3-е изд., доп. М. : Юрид. лит., 1973.

Международное частное право: Иностранное законодательство / предисл. А. Л. Маковского ; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М. : Статут, 2000.

Мережко, А. А. Наука международного частного права: история и современность : учеб. пособие / А. А. Мережко. Киев : Таксон, 2006.

Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева [и др.] ; под ред. Г. К. Дмитриевой. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2015.

Международное частное право : в 2 т. / С. Н. Лебедев [и др.] ; под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М. : Статут, 2011. Т. 1 : Общая часть.

Международное частное право : учеб. пособие / В. П. Мороз [и др.] ; под ред. В. П. Мороза. Минск : Адукацыя і выхаванне, 2016.

ГЛАВА 3
ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

3.1. Понятие и система источников международного частного права

Источники права — это исходящие от государства или признаваемые им официально-документальные формы (способы) выражения и закрепления норм права, придание им юридического, общеобязательного значения. В литературе нет единого подхода к определению понятия «источник права». Обычно выделяют два элемента данного понятия: внешнюю форму (выражение вовне внутренне организованного содержания правовой нормы) и конститутивный элемент (придание норме качества правовой нормы)[1]. В теории называют четыре вида источников права: нормативный акт, судебный прецедент, санкционированный обычай и договор.

Каждая отрасль права имеет свои официально определенные источники, особенности которых зависят от сущности, природы этого права. Специфика источников международного частного права определяется его предметом регулирования: общественными отношениями частного характера, отягощенными иностранным элементом, т. е. лежащими в сфере международного общения и затрагивающими интересы двух и более государств. С одной стороны, международное частное право представляет собой отрасль национального права, следовательно, его источники имеют национально-правовой характер, с другой — международное частное право регулирует именно международные гражданские правоотношения, следовательно, международный договор выступает самостоятельным источником этой отрасли права[2].

Особенность регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом состоит в том, что на них распространяются не только нормы национального законодательства, но и положения международных договоров, документов международных организаций, а также в процессе их реализации применяются обычаи, судебная и арбитражная практика, договорные условия. Спецификой такого регулирования является объединение

[1] Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева [и др.] ; под ред. Г. К. Дмитриевой. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 68 ; *Алексеев С. С.* Теория государства и права. М., 1998. С. 314.

[2] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : учеб. для магистров. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 64.

в одну систему различных по происхождению регуляторов внутреннего и внешнего характера.

Система источников международного частного права традиционно включает:

- международные договоры;
- нормативные правовые акты национального законодательства;
- международные обычаи и обычаи делового оборота;
- судебную и арбитражную практику (судебный прецедент).

В литературе также обсуждается вопрос отнесения доктрины к источникам права в целом и международного частного права в частности, но пока этот вопрос решается отрицательно. Доктрина не признается источником международного частного права[1].

3.2. Роль международных организаций в развитии источников международного частного права

Функция правотворчества присуща практически всем международным организациям. Большое число крупных международных организаций занимается правотворчеством (разработкой международных договоров, модельных нормативных актов и типовых международных контрактов) в сфере международного частного права: Гаагская конференция по международному частному праву, МТП, УНИДРУА, ЮНКТАД, ЮНСИТРАЛ и др. Итогом деятельности этих организаций в области унификации является выработка единообразных коллизионных и материальных норм.

Начало работы международных организаций по унификации материально-правовых норм обычно связывают с концом XIX — началом XX в.

Старейшая организация в этой области — Гаагская конференция по международному частному праву, в процессе деятельности которой выработаны более 40 конвенций. Согласно ее Статуту основной задачей выступает прогрессивная унификация правил международного частного права, в основном коллизионных и процессуальных. Наиболее значимыми документами, принятыми на сессиях Гаагской конференции по международному частному праву, являются конвенции в области гражданского процесса, в частности Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г., Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г., Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г., а также в области семейного права: Конвенция о заключении брака и признании его

[1] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право. С. 101 ; *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : учебник. М., 2002. Т. 1 : Общая часть. С. 13—14.

недействительным 1978 г., Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г., Конвенция о признании развода и судебного разлучения супругов 1970 г. Мешают распространению гаагских конвенций существенные расхождения в доктрине и практике континентального и англо-американского права.

Другой международной межправительственной организацией, внесшей значительный вклад в развитие международного частного права, выступает УНИДРУА. Эта организация занимается в основном кодификацией материальных норм международного частного права, проводит большую исследовательскую работу в области унификации частного права и издает ежегодник.

В 1964 г. УНИДРУА были разработаны и приняты Конвенция о единообразном законе по международной купле-продаже товаров и Конвенция о заключении договоров международной купли-продажи товаров. Основной задачей разработки данных конвенций ставилась унификация права международной торговли. К сожалению, конвенции не получили широкого применения.

В рамках УНИДРУА разработаны такие универсальные международные соглашения, как Женевская конвенция 1956 г. о договоре международной дорожной перевозки грузов; Женевская конвенция 1973 г. о договоре международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа; Женевская конвенция 1976 г. о договоре международной перевозки пассажиров и багажа по внутренним водным путям; Женевская конвенция 1983 г. о представительстве при международной купле-продаже товаров (не вступила в силу); Оттавская конвенция 1988 г. о международном финансовом лизинге; Оттавская конвенция 1988 г. о международном факторинге; Конвенция о похищенных или незаконно вывезенных культурных ценностях 1995 г., Кейптаунская конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г.

В 1966 г. создается специализированное учреждение ООН — ЮНСИТРАЛ, задача которой — содействовать прогрессивному согласованию и унификации правил международной торговли. Следует отметить высокую эффективность деятельности этой организации по выполнению поставленной задачи. Именно ЮНСИТРАЛ разработала широко принятые в международной коммерческой практике Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.; Конвенцию об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г.; Конвенцию о международных переводных и международных простых векселях 1988 г.; Конвенцию о морской перевозке грузов 1978 г.

ЮНСИТРАЛ занимается также разработкой типовых и единообразных законов в области права международной торговли, кодификацией международных торговых обычаев, сбором и распространением информации в этой области. Результатом такой деятельности стали: Арбитражный регламент

ЮНСИТРАЛ 1976 г., Единообразные правила, касающиеся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательств, 1983 г., Типовой закон об электронной торговле 1996 г., Типовой закон об электронных подписях 2001 г. и др.

Наряду с международно-договорной унификацией международные организации активно занимаются кодификацией обычаев, правил и обыкновений. Некоторые из них настолько удобны для использования в международном торговом обороте, что признаются мировым сообществом и применяются не только субъектами трансграничных отношений, но и арбитражами и судами.

Таким документом являются Принципы УНИДРУА[1], обеспечившие единообразное регулирование условий международных коммерческих сделок. Содержание Принципов УНИДРУА шире, чем Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., и, кроме того, они не предусматривают обращения к внутринациональному праву, что делает данный документ самодостаточным.

Особую роль в кодификации обычаев и обыкновений, действующих в международном частном праве, играет такая международная неправительственная организация, как МТП. Ее основная цель — организационное, техническое и правовое обеспечение международного бизнеса. Созданная в 1920 г. как международная экономическая организация частных предпринимателей, МТП в настоящее время объединяет десятки тысяч компаний, промышленных и торговых ассоциаций, федераций и торговых палат в 110 странах мира.

Результатом деятельности МТП выступают: ИНКОТЕРМС, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Унифицированные правила по инкассо, Унифицированные правила для договорных гарантий и другие сборники унифицированных обычаев, правил и обыкновений, нашедшие широкое применение практически во всех странах мира.

Правовое регламентирование частных правоотношений с иностранным элементом развивается и региональными международными организациями и объединениями, в частности ЕС. Ранее вопросы международного частного права в ЕС регулировались на уровне международных договоров: Брюссельской конвенции о взаимном признании компаний 1968 г., Брюссельской конвенции о подсудности и исполнении судебных решений 1968 г., Римской конвенции о применении права к договорным обязательствам 1980 г. В настоящее время трансграничные отношения регулируются источниками наднационального права[2].

---

[1] В мае 2011 г. на 90-й сессии Административного совета УНИДРУА была одобрена 3-я редакция Принципов международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА 2010).

[2] См. параграф 3.4 гл. 3 учебного пособия.

В 2007 г. был принят Регламент (ЕС) 864/2007 о праве, применимом к внедоговорным обязательствам (Регламент «Рим II»). В 2009 г. вступил в силу Регламент (ЕС) 593/2008 о праве, применимом к договорным обязательствам (Регламент «Рим I»). В сферу применения Регламента «Рим I» входят и индивидуальные трудовые договоры (ст. 8).

Международные договоры продолжают играть важную роль в регулировании частноправовых отношений между субъектами государств — членов СНГ. Наиболее значимые — это Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 1993 г., Евразийская патентная конвенция 1995 г., Конвенция о защите прав инвесторов 1997 г. и др.

Результат правотворческой деятельности международных организаций — формирование новых источников международного частного права и совершенствование и обновление уже имеющихся, а также гармонизация и унификация национального права, обычаев, правил и обыкновений в целях ликвидации правовых барьеров.

3.3. Унификация и кодификация источников международного частного права

3.3.1. Унификация норм международного частного права

В теории международного частного права унификацию определяют и как следствие изменений национальных правопорядков в виде принятия в отдельных странах одинаковых, текстуально единообразных правовых норм[1], и как процесс выработки единых (унифицированных) правовых норм для сходных отношений независимо от того, в каких правовых формах осуществляется данный процесс[2], и как создание в праве разных государств единообразных по содержанию норм, предназначенных для регламентирования соответствующей группы правоотношений, которые заменяют положения национального законодательства и тем самым создают единые или сходные правовые условия осуществления определенных отношений[3].

В ст. 2 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (далее — Договор о ЕАЭС) закреплено понятие унификации как сближения законодательства государств — членов ЕАЭС, направленное на установле-

[1] *Вельяминов Г. М.* Международное экономическое право и процесс (Академический курс) : учебник. М., 2004.

[2] *Егиазаров В. А.* Унификация гражданского законодательства участников Договора о создании Союзного государства // Право и экономика. 2000. № 9. С. 58.

[3] *Вилкова Н. Г.* Договорное право в международном обороте. М., 2004.

ние идентичных механизмов правового регулирования в сферах, определенных указанным Договором.

Наиболее распространена международно-договорная унификация. Ее суть состоит в заключении международного договора, согласно которому участвующие в нем государства принимают на себя обязанность обеспечить правовое регулирование определенных в этом договоре отношений установленным в нем образом.

Выделяют три вида международно-договорной унификации:

1) *универсальную*, т. е. предназначенную для всех государств; соответственно, международные договоры, опосредующие такую унификацию, открыты для всеобщего участия;

2) *региональную* (или локальную), которая осуществляется в пределах ограниченного круга государств, например государств одного географического района или в рамках интеграционных образований;

3) *двустороннюю*, реализуемую в интересах двух договаривающихся государств.

Международно-договорная унификация осуществляется следующими методами:

- *прямой унификации* (в международном договоре устанавливаются завершенные правовые нормы (материальные, реже — коллизионные), без изменения готовые к применению в системе внутреннего права государств — участников договора);
- *косвенной унификации* (участники международного договора обязываются ввести в национальное законодательство правовую норму, содержание которой определено в данном международном договоре более или менее подробно);
- *смешанной унификации* (в международном договоре устанавливаются унифицированные нормы, но одновременно участникам договора предоставляется право отступать от них в своем законодательстве).

В зарубежной литературе единство по вопросу классификации унификации также отсутствует. В целом предлагаемые зарубежными исследователями классификации укладываются в приведенные выше типы и виды.

Например, М. Ансель рассматривает два вида унификации: национальную и международную, но в международной выделяет такие разновидности, как спонтанную (случайную) или, наоборот, преднамеренную (желаемую) унификацию. Спонтанная унификация диктуется потребностями практики в определенной сфере и осуществляется конкретными специалистами. Преднамеренная унификация реализуется тремя основными способами: путем разработки международного соглашения; путем совместной разработки правовых норм, которые затем инкорпорируются в национальное право стран, участвовавших в их разработке; путем подготовки типового закона или закона-модели.

Существует множество иных точек зрения на классификацию видов и типологию унификации. Это обусловлено отсутствием у исследователей единой точки зрения по данному вопросу.

3.3.2. Особенности кодификации норм международного частного права

Кодификация — один из видов юридической деятельности, который и представляет собой процесс систематизации действующих норм, устраняющий противоречия, восполняющий пробелы, заменяющий устаревшие нормы новыми. Результатом кодификации обычно являются единый международно-правовой акт (конвенция, договор, соглашение) либо ряд актов (конвенции, декларации, резолюции конференций), в которых в согласованном и структурированном виде закреплены общие принципы и нормы в определенной области отношений.

Говоря о международной частноправовой кодификации, охватывающей правопорядки нескольких государств, следует выделить один до сих пор действующий международный кодифицированный акт — Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте), являющийся приложением к Конвенции о международном частном праве (Гавана, 1928 г.).

В настоящее время в основном кодификация международного частного права осуществляется следующими способами:

1) введение в национальные отраслевые кодексы специальных разделов, содержащих коллизионные нормы для определения применимого права к отношениям, составляющим предмет кодекса (*межотраслевая кодификация*) (ГК Российской Федерации, ГК Республики Беларусь, ГК Нидерландов 2011 г. и др.);

2) разработка специального национального закона, содержащего коллизионные нормы (*отраслевая кодификация*) (Закон Азербайджана 2000 г. о международном частном праве, Закон Польши 2011 г. о международном частном праве, Закон Албании 2011 г. о международном частном праве, Закон Чехии 2012 г. о международном частном праве и др.);

3) разработка национального закона, определяющего право, применимое не только к отношениям в области международного частного права, но и выходящим за их рамки (*отраслевая комплексная кодификация*) (Закон Бельгии 2004 г. о Кодексе международного частного права, Кодекс международного частного права и международного гражданского процесса Турции 2007 г.).

Современные исследователи выделяют четыре этапа в истории кодификационного процесса международного частного права[1].

[1] *Крутий Е. А.* Современные кодификации международного частного права : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2012.

Этап 1. 90-е гг. XIX в. — 60-е гг. XX в. На этом этапе принимаются:

а) законы о международном частном праве (Швейцария (1891), Япония (1898), Польша (1926));

б) специальные разделы о коллизионном регулировании, включенные в гражданские кодексы, или вводный закон к акту кодификации гражданского права (Германия (1896), Италия (1942), Египет (1948), Ливия (1954));

в) разрозненные нормы международного частного права в различных специальных законах (Финляндия (1929)).

Американским институтом права в США в этот период проводится частная кодификация — принимается Первый свод законов о конфликте законов (1934).

Этап 2. Начало 1960-х гг. — 1978 г. Принят первый специальный комплексный закон о международном частном праве в Чехословакии (1963), а также развивается автономность (Польша (1965), ГДР (1975)) и межотраслевая кодификация (соответствующие разделы Гражданского процессуального кодекса Польши (1964), ГК Португалии (1966) и Испании (1974)). В некоторых странах принимаются законы об отдельных аспектах международного гражданского процесса (Ливан (1967)). В США разрабатываются Единообразный торговый кодекс (1962) и Второй свод законов о конфликте законов (1971).

В процесс кодификации вовлекается и СССР, включивший коллизионные нормы в Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (1961), Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик (1961), Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (1968).

В завершение этапа принимается Закон о международном частном праве Австрии (1978), закрепивший принцип наиболее тесной связи в качестве основного начала международного частного права.

Этап 3. 1979—1998 гг. Создаются акты комплексной кодификации, объединяющие нормы международного частного права, международного гражданского процесса, частично налогового права, банкротства и т. п. (Венгрия (1979) (этот закон открыл череду актов комплексной автономной кодификации), Югославия (1982), Турция (1982), Швейцария (1987), Румыния (1992), Италия (1995), Венесуэла (1998), Грузия (1998)). Закон о МЧП Швейцарии 1987 г. до сих пор наиболее подробный акт кодификации международного частного права (ст. 201).

Исламские государства принимают специальные разделы гражданских кодексов по вопросам международного частного права (ОАЭ (1985), Буркина-Фасо (1989), Йемен (1992)).

В 1992 г. в Австралии разрабатывается проект закона, содержащего большое количество норм международного частного права, в Великобритании принимается «Закон о международном частном праве (различные положения)» (1995).

Этап 4. 1998/1999 г. — настоящее время. Последний этап характеризуется повышением статуса национальных актов кодификации международного частного права, что проявляется в тенденции именовать их кодексами (Тунис (1998), Бельгия (2004), Болгария (2005), Турция (2007)). В 1998 г. был принят ГК Республики Беларусь, включающий разд. VII «Международное частное право».

С начала XXI в. в процесс национальной кодификации вовлекаются новые государства: Азербайджан, Литва, Эстония, Южная Корея, Россия, Монголия, Украина, Япония, Македония, Китай, Тайвань, Польша, Нидерланды, Чехия, Пуэрто-Рико. Межотраслевые кодификации были проведены в Литве (2001—2003), Монголии (2002), России (1999—2003), Нидерландах (2002—2012) и Венгрии (2017).

Процессы унификации и кодификации тесно связаны. Унифицированные международные нормы, направленные на регулирование трансграничных частноправовых отношений, служат основой для последующей национальной кодификации международного частного права. Унификация и кодификация международного частного права на современном этапе представляет собой непрерывный правотворческий процесс, направленный на сближение правовых систем.

3.4. Влияние процессов региональной экономической интеграции на развитие источников международного частного права

Современный этап развития международного частного права характеризуется тем, что в рамках создания государствами крупных интеграционных объединений появился новый уровень правового регулирования — наднациональный. Самый яркий пример наднационального регулирования международного частного права — право ЕС, где этот процесс осуществляется не только для материального правового регулирования трансграничных частноправовых отношений, но и для решения проблемы коллизии законов.

Наднациональное право как право интеграционных объединений не является подотраслью международного права. Доктриной признано, что «в нем есть региональное международное право, основанное на принципах “общего” международного права, но его иные акты (и их подавляющее большинство) издаются по вопросам внутригосударственных отраслей права, причем это не отдельные нормы, а иногда их массив, заменяющий национальное право государств-членов…»[1].

[1] *Чиркин В. Е.* Наднациональное право: основные особенности // КонсультантПлюс / ООО «ЮрСпектр». М., 2017.

Исторически в доктрине господствовало мнение о национальной природе международного частного права, в связи с чем утверждалось, что оно не может как основываться на принципах международного права, так и иметь источником международный договор, поскольку оперирует исключительно национальным инструментарием. Определение применимого права для некоторых категорий трансграничных отношений составляет дискрецию национального законодателя. Однако в последние десятилетия концепция природы международного частного права существенно изменилась.

Одной из важнейших тенденций стала интернационализация источников международного частного права.

3.4.1. Европеизация международного частного права

В настоящее время рассматриваемая отрасль права в ЕС характеризуется наднациональным характером, так как основной правовой массив в данной области составляют регламенты[1] и директивы ЕС[2]. Европейские источники международного частного права играют доминирующую роль, постепенно и неуклонно включая вопросы, традиционно входившие в сферу регулирования национальных источников.

Взаимосвязанные процессы глобализации и региональной экономической интеграции позволили доктрине международного частного права

[1] Регламент ЕС № 593/2008 Европейского парламента и Совета ЕС от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам; Регламент № 864/2007 от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным отношениям; Регламент № 1259/2010 от 20 декабря 2010 г. о праве, применимом к вопросам развода и раздельного проживания супругов; Регламент ЕС № 4/2009 от 18 декабря 2008 г. о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений и сотрудничестве в вопросах алиментных обязательств; Регламент ЕС № 650/2012 от 4 июля 2012 г. о юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и принятии и применении аутентичных документов и о создании Европейского сертификата о наследовании; Regulation (EU) № 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters; Regulation (EU) № 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the matrimonial property regimes; Regulation (EU) № 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships и др.

[2] Например: Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees; Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts; DIRECTIVE 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council; Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market («Directive on electronic commerce»).

сформулировать следующую систему источников международного частного права:

1) международные регуляторы, которые в большинстве случаев состоят из международных договоров;

2) региональные регуляторы, которые могут выходить за рамки модели универсальных международных договоров и вводить обязательные правила для государств-членов и их субъектов;

3) традиционные национальные регуляторы;

4) регуляторы на субнациональном уровне, а именно в государствах с федеративной формой государственно-территориального устройства[1].

В результате наблюдается реализация одной из основных идей основоположника современного подхода к решению коллизионного вопроса — выдающегося немецкого ученого XIX в. Ф. К. фон Савиньи. Его теория отвергала идею зависимости применимого права от суверенитета государств и считала исключительно интересы граждан и правовую цель критериями выбора применимого права. В противном случае иностранные граждане были бы лишены определенных прав. Еще одним аргументом ученого являлся вывод о том, что в условиях существования самостоятельных систем коллизионного права в отдельных государствах национальные суды будут приходить к различным решениям в схожих обстоятельствах: «*Diversitas fori non vitiate merita causae*», что порождает ситуацию, именуемую в современном праве *forum shopping*. Однако решение коллизионного вопроса имеет собственную задачу — достижение правовой определенности, в терминологии исследователя — гармонии в принятии решения — *Entscheidungsharmonie*. Основа для достижения такой гармонии, по мнению Ф. К. фон Савиньи, заключается в «духе наций», совокупности норм, совместно принятых независимыми государствами. Возможности и преимущества унифицированной системы норм, решающих вопрос выбора применимого права, убедительно демонстрируют международные договоры, существовавшие уже в XIX в. и регулировавшие отдельные аспекты частноправовых трансграничных отношений. Именно они, как отмечает автор, выражение упомянутого выше общего правового сознания государств.

Таким образом, истоки наблюдаемого в настоящее время процесса интернационализации источников международного частного права лежат в правовом учении почти двухсотлетней давности.

Развитие международных отношений накладывает отпечаток на методологию этого процесса. Во второй половине XX в. большие надежды возлагались на всеобъемлющую унификацию посредством международных договоров. Однако сегодня международный договор как инструмент со-

[1] Legal aspects of globalization: conflict of laws, internet, capital markets and insolvency in a global economy / ed. by Jürgen Basedow. The Hague, 2000.

вершенствования международного частного права применяется не столь успешно по ряду причин. Во-первых, утверждается, что источники, принятые международными организациями, работающими в сфере правового регулирования трансграничных частноправовых отношений, не являются стройной комплексной и логически выстроенной системой регуляторов. Об этом свидетельствует практика Гаагской конференции по международному частному праву[1], УНИДРУА[2], ЮНСИТРАЛ[3] и др. Во-вторых, не увенчались успехом попытки комплексного регулирования права, применимого к трансграничным частноправовым отношениям, посредством такого инструмента, как международный договор. Оптимизм, вселяемый региональной сферой применения договора и, как следствие, близостью правовых систем, общностью исторических и культурных традиций, равно как и насущностью экономической цели устранения барьеров для действия основных экономических свобод на общем рынке, не оправдывается сложностью и продолжительностью названного правотворческого процесса. Все эти обстоятельства выступают причиной снижения правотворческой активности государств по заключению международных договоров в сфере международного частного права.

Необходимо отметить и такой существенный аспект, как специфика иерархии современных источников международного частного права. Долгое время признавался безусловный приоритет международного договора над иными источниками (в некоторых случаях — включая конституцию). Данное положение закреплялось на уровне основных законов или отраслевого законодательства государств. Появление нового — наднационального — уровня правового регулирования трансграничных частноправовых отношений вносит коррективы в указанную концепцию. Источники наднационального права признаются *lex specialis* и, как следствие, наделяются верховенством по отношению к соответствующим международным договорам. Так, п. 60 Регламента ЕС № 2201/2003 «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и делам об обязанностях родителей, отменяющий Регламент (ЕС) № 1347/2000» прямо

[1] Последним принятым в рамках настоящей международной организации международным договором является Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других формах содержания семьи от 23 ноября 2007 г. Конвенция вступила в силу через пять лет после принятия — 1 января 2013 г. — и насчитывает в настоящее время 36 участников.

[2] Последним примером успешной унификации в рамках названной организации выступает Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования от 16 ноября 2001 г., вступившая в силу 1 марта 2006 г., в которой участвуют 73 государства.

[3] Последнее десятилетие ознаменовано принятием двух конвенций в рамках данной международной организации. До сих пор не вступившая в силу Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов от 11 декабря 2008 г. насчитывает 3 участника, тогда как для вступления в силу необходимо 20. Конвенция ООН о прозрачности в арбитражных разбирательствах между инвесторами и государствами на основе международных договоров от 10 декабря 2014 г. вступила в силу 18 октября 2017 г., однако круг ее участников ограничен тремя государствами.

устанавливает, что во взаимоотношениях между государствами — членами ЕС по вопросам, отнесенным к сфере действия Регламента, он имеет приоритет перед следующими соглашениями:

- Гаагской конвенцией от 5 октября 1961 г. по вопросам, касающимся полномочий органов государственной власти и нормативных актов, применяемых в сфере защиты прав несовершеннолетних;
- Люксембургской конвенцией от 8 сентября 1967 г. о признании решений, касающихся действительности браков;
- Гаагской конвенцией от 1 июня 1970 г. о признании разводов и раздельного проживания супругов;
- Европейской конвенцией от 20 мая 1980 г. о признании и приведении в исполнение решений об установлении и восстановлении опеки над детьми;
- Гаагской конвенцией от 25 октября 1980 г. о гражданско-правовых аспектах международного возвращения похищенных детей.

Таким образом, предложенная еще в середине XIX в. идея *Entscheidungsharmonie* — правовой гармонии в сфере международного частного права — может быть реализована исключительно на наднациональном уровне, в деятельности региональных экономических объединений с наднациональными полномочиями.

В последние годы обозначилась еще одна тенденция в развитии системы источников международного частного права: наднациональный уровень пополнился новым источником правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, — решениями Суда ЕС. Решения данного органа международного правосудия относятся доктриной европейского права к источникам третичного права. Акты Суда ЕС, безусловно, играют важную роль в толковании норм учредительных договоров, регламентов и директив ЕС как источников международного частного права и, несмотря на формальную обязательность исключительно для конкретного дела по преюдициальному запросу национального суда государства-члена, применяются на практике, когда аналогичный вопрос встает перед иными национальными судами государств-членов. Большое влияние на развитие международного частного права оказали такие решения Суда ЕС, как C — 376/96 Arblade, C — 381/98 Ingmar v. Eaton, C — 70/03 Commission v. Spain, C — 184/12 Unamar v. Navigation Maritime и др. Особую роль в развитии источников международного частного права как на региональном, так и на универсальном уровне сыграли Заключение Суда ЕС от 14 октября 2014 г. № 1/13 и Заключение Суда ЕС от 18 декабря 2014 г. № 2/13, в которых Суд ЕС заявил о себе как о полноценном субъекте правотворческого процесса. В первом акте Суд ЕС признал исключительную компетенцию ЕС на согласие на присоединение третьих стран к Конвенции о гражданских аспектах похищения детей от 20 октября 1980 г. Во втором — Суд ЕС постановил, что

соглашение о присоединении ЕС к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. несовместимо с правом ЕС.

Таким образом, в настоящее время международное частное право теряет национальный характер и дополняется источниками международного характера — источниками наднационального права, имеющими прямое действие и непосредственное применение. Налицо полисистемная природа международного частного права.

3.4.2. Наднациональное регулирование в ЕАЭС

ЕАЭС — международная организация региональной экономической интеграции, обладающая международной правосубъектностью. В ЕАЭС обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных Договором о ЕАЭС и международными договорами в рамках ЕАЭС.

Право ЕАЭС составляют:

1) Договор о ЕАЭС;

2) международные договоры в рамках ЕАЭС (договоры, заключаемые государствами-членами по вопросам функционирования и развития ЕАЭС);

3) международные договоры ЕАЭС с третьей стороной (международные договоры, заключаемые с третьими государствами, их интеграционными объединениями и международными организациями);

4) решения и распоряжения Высшего Евразийского экономического совета, Евразийского межправительственного совета и ЕЭК, принятые в рамках их полномочий, предусмотренных Договором о ЕАЭС и международными договорами в рамках ЕАЭС.

Договор о ЕАЭС состоит из 118 статей и имеет три приложения. Он условно делится на две части: институциональную и материальную.

В институциональной части изложены стратегические цели и задачи евразийской интеграции, определен правовой статус ЕАЭС как международной организации, сформулированы основные принципы, цели, компетенция и право ЕАЭС, установлена система органов, их компетенция, порядок формирования и работы, а также приведены положения о бюджете ЕАЭС.

В материальной части содержатся единые нормы и правила взаимной торговли, валютных отношений, отношений в области транспорта и энергетики, меры технического регулирования, согласованная агропромышленная политика, сотрудничество в области промышленности и в сфере трудовой миграции, защиты прав потребителей. Договором о ЕАЭС зафиксированы основные принципы и правила конкуренции в ЕАЭС и предусмотрены возможности применения совместных мер государств-членов по развитию экспорта товаров на рынки третьих стран.

Кроме того, Договор о ЕАЭС включает переходные положения, предусматривающие сроки вступления в силу ряда статей договора.

Международные договоры государств-членов, заключенные в рамках формирования договорно-правовой базы Таможенного союза и Единого экономического пространства, действующие на дату вступления Договора о ЕАЭС в силу, входят в право ЕАЭС в качестве международных договоров в рамках ЕАЭС и применяются в части, не противоречащей Договору о ЕАЭС (п. 1 ст. 99 Договора о ЕАЭС). Перечень договоров, составлявших правовую базу Таможенного союза и Единого экономического пространства и утративших силу к моменту вступления в действие Договора о ЕАЭС, закреплен в приложении № 33 к Договору о ЕАЭС.

Международные договоры, заключенные государствами — членами ЕАЭС с третьими странами, действуют одновременно с Договором о ЕАЭС. Участие в Договоре о ЕАЭС не препятствует заключению государствами-членами международных договоров, не противоречащих целям и принципам данного Договора (п. 1 ст. 114 Договора о ЕАЭС).

Двусторонние международные договоры между государствами-членами, предусматривающие более глубокий по сравнению с положениями Договора о ЕАЭС или международных договоров в рамках ЕАЭС уровень интеграции или предоставляющие дополнительные преимущества в пользу их физических и (или) юридических лиц, применяются в отношениях между состоящими в них государствами и могут заключаться при условии, что не затрагивают осуществления ими и другими государствами-членами своих прав и выполнения обязательств по Договору о ЕАЭС и международным договорам в рамках ЕАЭС (п. 2 ст. 114 Договора о ЕАЭС).

Уже заключенные действующие международные договоры государств-членов могут применяться только в части, не противоречащей Договору о ЕАЭС. Например, в индивидуальном национальном перечне ограничений, предусмотренных решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 112, если одно из государств — членов ЕАЭС зарезервировало за собой изъятие по одному из секторов, который фактически или формально либерализован в рамках соглашений Евразийского экономического сообщества, предусмотренных в приложении 2 к Договору о прекращении деятельности Евразийского экономического сообщества, то такое ограничение будет действовать с учетом более либеральных норм действующих соглашений Евразийского экономического сообщества.

Решения Высшего Евразийского экономического совета и Евразийского межправительственного совета подлежат исполнению государствами-членами в порядке, предусмотренном их национальным законодательством (ст. 6 Договора о ЕАЭС). При этом решения Высшего Евразийского экономического совета имеют приоритет над решениями Евразийского меж-

правительственного совета и ЕЭК, а решения Евразийского межправительственного совета имеют приоритет над решениями ЕЭК.

Решения ЕЭК подлежат непосредственному применению на территориях государств — членов ЕАЭС (п. 13 Положения о ЕЭК, являющегося приложением № 1 к Договору о ЕАЭС).

Законодательство Республики Беларусь устанавливает, что если международным договором Республики Беларусь предусмотрена обязательность акта органа международной организации или межгосударственного образования, участницей которого является Республика Беларусь, то такие акты подлежат добросовестному исполнению Республикой Беларусь в соответствии с условиями международного договора и (или) международным правом, а также **непосредственному применению** в случае, когда непосредственное применение следует из такого акта и (или) соответствующего международного договора, для применения норм которого не требуется принятие (издание) нормативного правового акта (ст. 37 Закона Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь»).

Международные документы и международные соглашения, формирующие правовую основу ЕАЭС, включая и Договор о ЕАЭС, разрабатывались с учетом правил, принципов и норм ВТО в части создания более благоприятных условий торговли услугами, учреждения субъектов, осуществления инвестиций.

3.5. Международный договор как источник международного частного права

Международный договор представляет собой соглашение, являющееся результатом процесса согласования воли субъектов международного права, выраженное в письменной форме независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования (п. 1 ст. 2 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.).

Законодательство Республики Беларусь относит к международным договорам межгосударственные, межправительственные и договоры межведомственного характера, заключенные в письменной форме Республикой Беларусь с иностранными государствами, международными организациями, иными субъектами, обладающими правом заключать международные договоры, которые регулируются международным правом независимо от того, содержатся они в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от их конкретного наименования и способа заключения (договор, соглашение, конвенция, решение, пакт, протокол, обмен нотами или письмами и другие наименования и способы за-

ключения международного договора) (ст. 1 Закона Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь»).

Международные договоры классифицируются по различным признакам.

В зависимости от уровня и компетенции государственного органа, от имени которого заключен международный договор, различают межгосударственные, межправительственные и международные договоры межведомственного характера.

Межгосударственным считается договор, заключенный от имени Республики Беларусь с иностранным государством, международной организацией, иным субъектом, обладающим правом заключать международные договоры.

Межправительственный договор заключается правительством Республики Беларусь самостоятельно либо совместно с другим государственным органом Республики Беларусь с правительством иностранного государства, международной организацией, иным субъектом, обладающим правом заключать международные договоры. Исключение составляют международные договоры, заключенные правительством Республики Беларусь от имени Республики Беларусь.

Международный договор межведомственного характера заключается государственным органом Республики Беларусь, департаментом государственного органа по вопросам, входящим в его компетенцию, с соответствующим государственным органом иностранного государства, международной организацией, иным субъектом, обладающим правом заключать международные договоры.

В зависимости от числа участников выделяют двусторонние и многосторонние договоры.

С развитием международного сотрудничества возрастает роль многосторонних договоров в создании единообразных общеобязательных норм.

Двусторонним международным договором считается международный договор, заключенный двумя и более государствами, международными организациями и (или) иными субъектами, обладающими правом заключать международные договоры, которые выступают в качестве двух самостоятельных сторон международного договора.

Многосторонним является договор, заключенный тремя и более государствами, международными организациями и (или) иными субъектами, обладающими правом заключать международные договоры, которые выступают в качестве трех и более самостоятельных сторон международного договора.

Многосторонние международные договоры разделяются на универсальные и региональные.

Универсальные договоры заключаются государствами, располагающимися в различных регионах Земли и входящими в различные международные объединения.

Региональные соглашения заключаются странами, находящимися в рамках одного географического региона. Часто такие международные договоры разрабатываются и принимаются в рамках регионального интеграционного объединения государств.

Вместе с тем некоторые исследователи (М. Х. Бабаев, Г. К. Дмитриева) отрицают возможность международного договора быть источником международного частного права, поскольку международный договор является источником другой отрасли — международного права. Сторонники данной точки зрения видят решение проблемы в трансформации нормы путем ратификации или присоединения[1]. В результате трансформации международный договор действует как национально-правовой акт[2].

3.5.1. Юридическая сила норм международного договора

Юридическая сила положений международных договоров среди других правовых норм определяется тем нормативным правовым актом, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора (ст. 20 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»). Из этого следует, что нормы международных договоров имеют силу закона, если соответствующий договор подлежит ратификации парламентом, указа, если для его вступления в силу для Республики Беларусь достаточно подписания президентом республики, либо постановления Совета Министров, если для его вступления в силу необходимо только решение правительства. В случае коллизии между нормативными правовыми актами субъекты правоотношений обязаны руководствоваться нормой акта, обладающего более высокой юридической силой. В случае коллизии между нормативными правовыми актами, обладающими равной юридической силой, действуют положения акта, принятого позднее (ст. 71 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»). Не допускается заключение международных договоров, противоречащих Конституции (ст. 8 Конституции Республики Беларусь).

Ряд кодифицированных нормативных правовых актов и законов Республики Беларусь устанавливают приоритет норм международных договоров перед нормами национального законодательства: «если международным договором Республики Беларусь установлены иные правила, чем те, которые содержатся в законодательном акте Республики Беларусь, то при-

[1] Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2001. С. 69—70.

[2] О механизме трансформации см. параграф 3.5.2 гл. 3 учебного пособия.

меняются правила международного договора Республики Беларусь (ст. 543 ГПК Республики Беларусь; ст. 25 ХПК Республики Беларусь; ст. 237 КоБС Республики Беларусь; ст. 5 КТМ Республики Беларусь; ст. 3 Воздушного кодекса Республики Беларусь; ст. 4 Закона Республики Беларусь «Об экономической несостоятельности (банкротстве)»; ст. 31 Закона Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» и др.).

Согласно ст. 30 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. при применении последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу, если не все участники первого договора являются участниками последующего договора и если в договоре устанавливается, что он обусловлен предыдущим, преимущественную силу имеют положения последующего договора. Последующий договор регулирует взаимные права и обязательства только участников этого договора.

Основная проблема применения международного договора как источника международного частного права сводится к вопросам о приоритетности и прямом действии его норм. Интернациональный характер данного источника порождает необходимость разработки и применения специального правового механизма, посредством которого нормы, созданные субъектами международного права, приобретают обязательный характер для национальных субъектов.

3.5.2. Теория трансформации

Указанная проблема решается с помощью теории трансформации, согласно которой между заключением международного договора и его регулирующим воздействием на субъектов внутреннего права должен существовать волевой акт государства, допускающий такое воздействие. В значительной степени эта теория разработана советскими и российскими учеными Е. Т. Усенко, Д. Б. Левиным, С. В. Черниченко, Р. А. Мюллерсоном для международного права в целом, а применительно к международному частному праву конкретизирована А. Л. Маковским, С. Н. Лебедевым и М. И. Брагинским.

Суть теории трансформации в следующем: чтобы нормы международных договоров стали обязательны для частных субъектов, происходящих из государств, участвующих в этих международных договорах, необходимо их трансформировать в нормы внутреннего права.

Выделяют следующие варианты трансформации: путем рецепции, отсылки и инкорпорации.

При *рецепции* нормы национального права повторяют нормы международного права, конкретизируют их, учитывая особенности социального строя государства.

Отсылка означает создание в национальном праве нормы, отсылающей к нормам международного соглашения, в силу чего последние могут дей-

ствовать внутри страны в неизмененном виде, т. е. так, как они существуют в самом соглашении.

Инкорпорация подразумевает принятие государством норм, способствующих исполнению предписаний международного права, либо повторяющих норму международного соглашения в переработанном виде, либо сохраняющих только ее смысл.

Реализуется трансформация посредством:

1) ратификации (утверждения) международного договора;

2) издания иного, чем закон, внутреннего акта, которым внедряются нормы международного договора в национальное законодательство;

3) внесения изменений и дополнений в действующее законодательство.

Теория трансформации небезупречна, в литературе она подвергается критике, например, высказывается мнение, что ратификация международных договоров может рассматриваться только как наделение их юридической силой в отношении государства, а не частноправовых субъектов. Непосредственно о трансформации речь может идти лишь в том случае, когда нормы международных договоров прямо переносятся в национальное законодательство[1].

Механизм трансформации четко закреплен в национальном законодательстве и отработан во внутренней правотворческой и правоприменительной деятельности Республики Беларусь. Так, основным правилом выступает признание Республикой Беларусь приоритета общепризнанных принципов международного права и обеспечение соответствия им норм гражданского законодательства. Нормы гражданского права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь гражданского законодательства, подлежат непосредственному использованию, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для применения таких норм требуется издание внутригосударственного акта, и имеют силу того правового акта, которым выражено согласие Республики Беларусь на обязательность для нее соответствующего международного договора (ст. 6 ГК Республики Беларусь; ст. 20 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»). Указанные нормы демонстрируют применение метода инкорпорации.

Вопрос приоритета норм международных соглашений перед нормами внутригосударственного права решается следующим образом: если международным договором установлены правила иные, чем действующим законодательством государства, то применяются нормы международного договора. Такое правило содержится во многих законах Республики Беларусь

[1] См., например: *Левин Д. Б.* Актуальные проблемы теории международного права. М., 1974. С. 252 ; *Черниченко С. В.* Международное право: современные теоретические проблемы. М., 1993. С. 225.

(ст. 543 ГПК Республики Беларусь; ст. 25 ХПК Республики Беларусь; ст. 237 КоБС Республики Беларусь; ст. 5 КТМ Республики Беларусь и др.).

Указанные правила отменяют необходимость в каждом случае присоединения государства к международному соглашению принимать специальный внутренний законодательный акт, дословно повторяющий положения договора. Нормы международных договоров применяются в том виде, как они закреплены в самом договоре, без переноса (перевода) их в отечественные правовые конструкции. Инкорпорированные таким образом нормы международных договоров не сливаются с нормами национального права, они всегда сохраняют автономный характер.

3.6. Система двусторонних международных договоров по вопросам международного частного права

Важное значение для международного сотрудничества имеют универсальные международные соглашения, устанавливающие единообразное правовое регулирование на глобальном уровне. Однако основную массу договоров составляют двусторонние договоры, направленные на единообразное решение правовых вопросов, касающихся гражданских прав субъектов, торговли, взаимодействия компетентных органов государств, признания актов и др.

Двусторонние договоры заключаются между двумя государствами. Их преимущество перед многосторонними договорами в том, что в них могут быть лучше учтены интересы договаривающихся государств. В то же время их применение на практике более сложно, поскольку они создают дифференцированный режим правового регулирования в одной и той же области (например, в сфере поощрения и защиты инвестиций).

Двусторонние соглашения условно группируются на *договоры о правовой помощи* по гражданским, семейным и уголовным делам, *торгово-экономические договоры*, *договоры о содействии и взаимной охране инвестиций*, *консульские конвенции* и т. п.

3.6.1. Договоры о правовой помощи

Один из наиболее важных источников международного частного права — договоры об оказании правовой помощи. Такие договоры обычно содержат коллизионные, процессуальные и материальные нормы, определяющие:

- взаимное признание и соблюдение имущественных, личных неимущественных и процессуальных прав граждан одного государства на территории другого;
- право, применимое к регулированию трансграничных частноправовых отношений;

• виды, формы и способы сотрудничества органов юстиции государств в области гражданского, семейного или уголовного права;

• объем правовой помощи, которую оказывают друг другу учреждения юстиции договаривающихся государств;

• взаимное признание и приведение в исполнение актов, принятых органами юстиции договаривающихся государств.

Практически все договоры о правовой помощи содержат нормы, закрепляющие принцип национального режима: граждане договаривающихся стран пользуются на их территориях в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, что и собственные граждане. Они имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру и другие учреждения юстиции соответствующих государств, подавать иски, ходатайства, осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и собственные граждане таких государств.

В некоторых договорах подробно регламентированы *вопросы вступления в брак и признания документов о браке и семейном положении* (Договор между Республикой Беларусь и Литовской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 20 октября 1992 г.; Договор между Республикой Беларусь и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 21 февраля 1994 г.); *вопросы наследования* (Договор между Республикой Беларусь и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным, трудовым и уголовным делам от 26 октября 1994 г.; Договор между Республикой Беларусь и Республикой Сербия о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 12 марта 2013 г.).

В некоторых договорах выделены нормы, характеризующие *правовую помощь лишь по гражданским делам* (Конвенция между Союзом Советских Социалистических Республик и Итальянской Республикой о правовой помощи по гражданским делам от 25 января 1979 г.[1]; Договор между Республикой Беларусь и Республикой Болгария о правовой помощи по гражданским делам от 21 февраля 2007 г.). Другие договоры преимущественно посвящены *правовой помощи по уголовным делам* (Договор между Республикой Беларусь и Сирийской Арабской Республикой о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 23 сентября 2008 г.; Договор между Республикой Беларусь и Турецкой Республикой о правовой помощи по гражданским, хозяйственным и уголовным делам от 13 марта 2012 г.).

[1] Республика Беларусь присоединилась в порядке правопреемства (Закон Республики Беларусь от 29 октября 2004 г. № 318-З «О правопреемстве Республики Беларусь в отношении Конвенции между Союзом Советских Социалистических Республик и Итальянской Республикой о правовой помощи по гражданским делам»).

3.6.2. Договоры о торгово-экономическом сотрудничестве

Международная торговля представляет собой, пожалуй, самую широкую сферу сотрудничества, в которую активно вовлечены частноправовые субъекты. Именно поэтому договоры о торговле, экономическом сотрудничестве, торговых и экономических отношениях, торговом мореплавании и т. п., обычно именуемые договорами о торгово-экономическом сотрудничестве, играют важную роль как источники единообразного правового регулирования данной сферы отношений.

В них, как правило, устанавливается общий правовой режим, на его основе осуществляются коммерческие взаимоотношения сторон и их субъектов друг с другом, определяется правовой статус юридических и физических лиц одной стороны на территории другой, содержатся правила о порядке разрешения торговых споров.

В настоящее время Республика Беларусь на двустороннем уровне заключила более 60 договоров о торгово-экономическом сотрудничестве.

Весьма важными целями таких договоров являются установление *режима наибольшего благоприятствования во взаимной торговле* (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Государства Израиль о торговом и экономическом сотрудничестве от 19 октября 2000 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Южно-Африканской Республики о торгово-экономическом сотрудничестве от 23 октября 2000 г.);

развитие форм торгово-экономического сотрудничества: международные выставки и ярмарки, контакты предпринимателей, обмен информацией между ними и др. (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Азербайджанской Республики о торгово-экономическом сотрудничестве от 27 ноября 1992 г.; Соглашение между Швейцарской Конфедерацией и Республикой Беларусь о торгово-экономическом сотрудничестве от 28 мая 1993 г.);

создание *общих* для договаривающихся стран *органов по торговому и экономическому сотрудничеству* (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Аргентинской Республики о торговом и экономическом сотрудничестве от 28 октября 2004 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Китайской Народной Республики о механизмах двустороннего сотрудничества по реализации проектов технико-экономической помощи от 20 января 2014 г.);

согласование таможенных вопросов при осуществлении экспортных и импортных операций (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Китайской Народной Республики о сотрудничестве и взаимной помощи в таможенных делах от 10 мая 2015 г.;

Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Туркменистана о сотрудничестве и взаимной помощи в таможенных делах от 18 июня 2009 г.);

установление зон свободной торговли (Соглашение между Правительством Украины и Правительством Республики Беларусь о свободной торговле от 17 декабря 1992 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Азербайджанской Республики о свободной торговле от 31 марта 2004 г.).

3.6.3. Договоры об устранении двойного налогообложения

Двусторонние договоры об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов заключаются государством с целью создания благоприятного инвестиционного климата за счет установления адекватной налоговой нагрузки для инвесторов из определенных стран, а также обеспечения аналогичных преференций для своих резидентов на территории соответствующих стран.

Основной принцип налогообложения, действующий практически в любой стране, заключается в том, что доходы облагаются налогом в месте их извлечения. Если инвестор-нерезидент получает доходы на территории страны, не являющейся страной его резидентства, то он платит налоги с таких доходов и в стране, где они получены, и в стране, резидентом которой он является. Таким образом происходит двойное налогообложение.

Устранение двойного налогообложения в двусторонних соглашениях достигается путем взаимного признания документов об уплате налогов с доходов на территории одной из договаривающихся стран и установления правил о невзимании соответствующих налогов на территории другой страны.

В Республике Беларусь особенностью порядка устранения двойного налогообложения выступает не только обязательное наличие международного соглашения в области налогообложения, но и возможность резидента представить подтверждение уплаты налога за границей.

В договорах об устранении двойного налогообложения обычно согласовываются:

налоги, на которые распространяются правила об устранении двойного налогообложения;

лица, в отношении которых действуют такие правила;

источники извлечения или получения доходов;

документы, подтверждающие налоговое резидентство и уплату налогов.

В настоящее время Республика Беларусь заключила более 60 двусторонних соглашений об устранении двойного налогообложения, в частности:

• Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Польша об избежании двойного налогообложения доходов и имущества от 18 ноября 1992 г. (вступило в силу 1 января 1994 г.);

• Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Украины об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы и имущество от 24 декабря 1993 г. (вступило в силу 30 января 1995 г.);

• Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Армения об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество от 19 июля 2000 г. (вступило в силу 19 ноября 2001 г.);

• Конвенцию между Правительством Республики Беларусь и Правительством Государства Израиль об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы и капитал (имущество) от 11 апреля 2000 г. (вступила в силу 29 декабря 2003 г.);

• Конвенцию между Правительством Республики Беларусь и Правительством Туркменистана об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал (имущество) от 17 мая 2002 г. (вступила в силу 29 декабря 2004 г.);

• Соглашение между Республикой Беларусь и Федеративной Республикой Германия об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество от 30 сентября 2005 г. (вступило в силу 31 декабря 2006 г.).

Часть соглашений об устранении двойного налогообложения была заключена БССР в составе СССР, например:

• Конвенция между Союзом Советских Социалистических Республик и Соединенными Штатами Америки по вопросам налогообложения от 20 июня 1973 г.;

• Конвенция между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Итальянской Республики об избежании двойного налогообложения доходов от 26 февраля 1985 г.;

• Конвенция между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии об устранении двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и прирост стоимости имущества от 31 июля 1985 г.;

• Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Королевства Дания об устранении двойного налогообложения доходов и имущества от 21 октября 1986 г.

3.6.4. Договоры о содействии и взаимной защите инвестиций

Основной целью заключения международных договоров о содействии и взаимной защите инвестиций является стремление государств-членов обеспечить единообразное регулирование правовых вопросов, связанных с осуществлением инвестиционной деятельности.

Традиционно двусторонние инвестиционные соглашения устанавливают:

определения понятий «инвестор», «инвестиции», «иностранные инвестиции» и др.;

определенные инвестиционные режимы (национальный режим, режим наибольшего благоприятствования, специальный или смешанный режим);

систему гарантий для инвесторов (сохранность инвестиций, компенсация в случае национализации, экспроприации или реквизиции, свободный перевод инвестиций и доходов от инвестиционной деятельности и т. д.);

порядок разрешения споров между государством — договаривающейся стороной и инвестором — резидентом другого государства.

Современные двусторонние инвестиционные договоры, заключенные Республикой Беларусь в последние десятилетия, могут включать и следующие вопросы:

право суброгации, заключающееся в том, что к договаривающемуся государству (его уполномоченному органу), которое возместило инвестору ущерб, причиненный его инвестициям на территории другой стороны, переходят соответствующие права требования инвестора (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Туркменистана о взаимном поощрении и защите инвестиций от 10 декабря 2015 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Грузии о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций от 1 марта 2017 г.);

обеспечение транспарентности, т. е. открытости и доступности национальных законов и международных соглашений, затрагивающих инвестиции инвесторов договаривающихся государств (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Словения о взаимном содействии осуществлению и защите инвестиций от 18 октября 2006 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и правительством Азербайджанской Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций от 3 июня 2010 г.);

соответствие международным стандартам (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Мексиканских Соединенных Штатов о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций от 4 сентября 2008 г.);

приоритет национального законодательства по отношению к нормам международного соглашения, если такое законодательство устанав-

ливает режим более благоприятный, чем установленный международным договором (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Боливарианской Республики Венесуэла о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций от 8 декабря 2007 г.);

обратная сила, т. е. режимы, гарантии и другие правила договора распространяются на инвестиции, которые были осуществлены как после, так и до его вступления в силу (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Финляндской Республики о содействии осуществлению и защите инвестиций от 8 июня 2006 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Ирак о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций от 23 августа 2014 г.).

3.6.5. Договоры о транспортном сообщении

Договоры по вопросам межгосударственного транспортного сообщения и перевозок устанавливают общие принципы деятельности международных перевозчиков по видам транспорта и создают основу для заключения частных внешнеэкономических договоров по конкретным перевозкам.

Двусторонние соглашения по вопросам транспорта условно можно поделить на следующие группы:

об *организации транспортного сообщения между государствами*: закрепляют единые принципы регулирования международной транспортной деятельности, учреждают общие органы или организации в области транспорта и т. п. (Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о принципах сотрудничества и условиях взаимоотношений в области транспорта от 20 июля 1992 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Куба о сотрудничестве в сфере транспорта от 22 апреля 2006 г.);

транспортном сообщении и перевозках отдельными видами транспорта (Соглашение между Республикой Беларусь и Королевством Дании о международных автомобильных перевозках пассажиров и грузов от 19 февраля 1997 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Хорватия о международном автомобильном сообщении от 10 марта 2005 г.);

функционировании транспортных организаций, участвующих в осуществлении международных перевозок (Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Латвийской Республики об условиях транзита грузов Республики Беларусь с использованием портов и другой транспортной инфраструктуры Латвийской Республики от 9 ноября 1999 г.; Соглашение между Министерством транспорта и коммуникаций Республики Беларусь и Министерством транспорта Российской Федерации об организации контроля автотранспортных средств на внешней границе Союзного государства от 8 июня 2001 г.).

Большинство двусторонних транспортных соглашений регламентируют следующие группы вопросов:

1) условия перевозок грузов и пассажиров;

2) тарифы на международные перевозки;

3) распределение платежей, регламентация налогообложения;

4) защита имущественных интересов грузоперевозчиков, грузоотправителей, грузополучателей и др.;

5) особые условия перевозок и др.

Такие международные договоры позволяют субъектам разных стран выполнять международные перевозки в прямом международном сообщении на основании единых перевозочных документов и пользоваться одинаковыми финансовыми условиями.

3.6.6. Договоры о платежах и расчетах

В правовой науке государств постсоветского пространства нормы, регулирующие валютные отношения, традиционно относят к административному или финансовому праву, которые являются публичными отраслями права. Вместе с тем многие авторы (А. Б. Альтшулер, Л. А. Лунц, И. В. Гетьман-Павлова, В. Эбке и др.) отмечают значительное влияние валютного законодательства на частноправовую сферу, а также тесную взаимосвязь международного и национального правового регулирования валютных отношений. Важным источником международного частного права в области трансграничного денежного оборота выступают двусторонние международные соглашения *об организации расчетов*. В настоящее время с участием Республики Беларусь действуют подобные соглашения с 12 государствами: Республикой Армения (20 сентября 2005 г.), Республикой Грузия (7 августа 1997 г.), Исламской Республикой Иран (27 ноября 2009 г.), Республикой Казахстан (6 февраля 1998 г.), Китайской Народной Республикой (24 марта 2010 г.), Латвийской Республикой (7 июля 2000 г.), Литовской Республикой (24 ноября 2000 г.), Российской Федерацией (20 февраля 1997 г.), Республикой Таджикистан (29 сентября 1997 г.), Туркменистаном (9 августа 1996 г.), Украиной (27 апреля 1999 г.) и Эстонской Республикой (17 сентября 1992 г.). Данные соглашения заключены Национальным банком Республики Беларусь и центральными банками соответствующих государств и с точки зрения классификации международных договоров являются международными договорами межведомственного характера.

Для международного частного права наибольший интерес представляют положения указанных соглашений, устанавливающие перечень валют, которые могут быть использованы в международных расчетах и платежах резидентами договаривающихся государств.

Согласно национальному белорусскому валютному законодательству при проведении валютных операций между субъектом валютных опе-

раций — резидентом и субъектом валютных операций — нерезидентом используется иностранная валюта, официальный курс белорусского рубля к которой установлен Национальным банком (ч. 1 п. 24 Правил проведения валютных операций, утвержденных постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 30 апреля 2004 г. № 72). Однако некоторые указанные выше международные соглашения об организации расчетов содержат более ограниченный перечень валют, которые могут использоваться при осуществлении международных расчетов.

В контексте общей тенденции к либерализации валютного законодательства подход Национального банка к разрешению указанного несоответствия изменился. Если ранее считалось, что расчеты между субъектами хозяйствования — резидентами Республики Беларусь и субъектами хозяйствования — резидентами государств, с которыми заключены соглашения об организации расчетов, могут осуществляться только в тех валютах, которые указаны в международных соглашениях, то в настоящее время Национальный банк устанавливает, что если в международном договоре (соглашении) не содержится прямого запрета на использование в расчетах и платежах между субъектами хозяйствования какого-либо вида валюты, то расчеты и платежи могут осуществляться и считаются правомерными в любой иностранной валюте, официальный курс белорусского рубля к которой установлен Национальным банком (см.: Письмо Национального банка Республики Беларусь от 25 июня 2015 г. № 31-15/495 «О выборе валюты в расчетах с нерезидентами»). Аналогичный подход применяется и к международным договорам о торговом и экономическом сотрудничестве[1], о содействии осуществлению и защите инвестиций, другим договорам, заключенным с правительствами иностранных государств и регламентирующим в том числе выбор валюты расчетов.

[1] Следует отметить, что положения о порядке осуществления платежей, связанных с торговлей товарами и услугами, как правило, также включаются в двусторонние международные соглашения о торгово-экономическом сотрудничестве. Так, в соглашениях, заключенных Республикой Беларусь с Республикой Болгария (21 февраля 1996 г.), Боливарианской Республикой Венесуэла (8 декабря 2007 г.), Социалистической Республикой Вьетнам (19 марта 1992 г.), Королевством Камбоджа (23 апреля 2014 г.), Республикой Союз Мьянма (2 декабря 2011 г.), Республикой Сербия (31 марта 2009 г.), устанавливается, что платежи за товары и услуги производятся в свободно конвертируемой валюте. В соглашениях с Демократической Социалистической Республикой Шри-Ланка (26 августа 2013 г.), Народной Республикой Бангладеш (29 мая 2007 г.) и Республикой Македония (20 июня 2001 г.) закреплено, что субъектам хозяйствования государства любой из Договаривающихся Сторон по заключенным сделкам предоставляется режим, не менее благоприятный, чем тот, который предоставляется субъектам хозяйствования любой третьей страны в отношении покупки и перевода свободно конвертируемой валюты. Согласно соглашению с Республикой Сербия (31 марта 2009 г.) платежи, относящиеся к торговле товарами между субъектами хозяйствования государств Договаривающихся Сторон, и перевод таких платежей на территорию одного из этих государств по месту нахождения кредитора не подлежат ограничениям.

Помимо определения валют, которые могут использоваться в расчетах между резидентами соответствующих государств, соглашения об организации расчетов содержат также и иные положения, в частности:

- об осуществлении расчетов и платежей в безналичном порядке через корреспондентские счета уполномоченных банков договаривающихся государств (Грузия, Китай, Российская Федерация, Таджикистан, Туркменистан, Украина, Эстония). Соглашения с Арменией, Ираном, Казахстаном, Латвией и Литвой допускают осуществление безналичных расчетов через счета участников гражданских правоотношений (кроме уполномоченных банков), открытые в иностранных по отношению к соответствующему договаривающемуся государству банках;
- о порядке открытия счетов резидентов одного договаривающегося государства в банках другого договаривающегося государства (Армения, Грузия, Иран, Казахстан, Литва, Российская Федерация, Таджикистан, Туркменистан, Украина, Эстония). Как правило, для открытия счета необходимо получение разрешения Центрального банка договаривающегося государства, резиденту которого открывается счет;
- о корреспондентских отношениях между банками договаривающихся государств (Армения, Грузия, Иран, Казахстан, Китай, Латвия, Российская Федерация, Таджикистан, Туркменистан, Украина, Эстония);
- о порядке открытия филиалов и дочерних учреждений банков одного договаривающегося государства в другом договаривающемся государстве (Грузия, Казахстан, Латвия, Российская Федерация, Таджикистан, Туркменистан).

Следует отметить, что некоторые соглашения для физических лиц устанавливают более льготные условия, чем для субъектов хозяйствования. Так, в соглашениях с Арменией, Ираном и Китаем определено, что физические лица — резиденты договаривающихся государств могут осуществлять взаимные банковские переводы, не связанные с предпринимательской деятельностью, как с открытием, так и без открытия счетов в уполномоченных банках договаривающихся государств, причем в любых валютах, официальный курс которых к национальной валюте устанавливается центральными банками обоих государств (с учетом ограничений по сумме перевода, установленных законодательством государства, с территории которого осуществляется банковский перевод, и при условии соблюдения требований этого законодательства).

3.6.7. Консульские конвенции

Значение консульских конвенций для международного частного права заключается в регулировании некоторых консульских функций по обеспечению прав своих граждан на территории другой страны. Консульские учреждения в числе прочих функций осуществляют:

консультационную деятельность и практическую помощь находящимся в консульском округе гражданам представляемого государства, представителям его органов и организаций;

функции органов записи актов гражданского состояния, совершение нотариальных действий;

консульскую легализацию, т. е. установление и засвидетельствование подлинности подписей на документах, исходящих от властей государства пребывания, и соответствия этих документов его законам и правилам;

охрану в государстве пребывания прав и интересов несовершеннолетних или лиц, не обладающих полной дееспособностью;

представительство или обеспечение представительства соотечественников в судебных или иных учреждениях государства пребывания;

принятие мер к охране наследства, выдачу правоустанавливающих документов наследникам;

выполнение поручений следственных или судебных органов представляемого государства.

Республика Беларусь заключила консульские конвенции с Российской Федерацией (24 января 1995 г.), Республикой Казахстан (17 января 1996 г.), Китайской Народной Республикой (11 января 1993 г.), Республикой Польша (2 марта 1992 г.) и др.

3.7. Международные многосторонние договоры по вопросам международного частного права, в которых участвует Республика Беларусь

Международный договор считается **многосторонним**, если заключен тремя и более государствами, международными организациями и (или) иными субъектами, обладающими правом заключать международные договоры, которые выступают в качестве трех и более самостоятельных сторон международного договора (абзац 16 ст. 1 Закона Республики Беларусь «О международных договорах»).

Многосторонние международные договоры в качестве источника правового регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом объединяют значительное количество документов как регионального (в рамках интеграционных организаций государств), так и универсального характера. Традиционно их группируют по предмету регулирования.

1. *Соглашения о международной торговле*: Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 г.), Конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 1974 г.).

2. *Международные соглашения в области инвестиционного сотрудничества*: Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Вашингтон, 1965 г.), Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МАГИ) (Сеул, 1985 г.), Соглашение по торговым аспектам инвестиций 1994 г. (ТРИМС), Соглашение СНГ о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности (Ашхабад, 1993 г.), Конвенция СНГ о защите прав инвестора (Москва, 1997 г.).

3. *Соглашения о международных расчетах*: Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге (Оттава, 1988 г.), Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью-Йорк, 1995 г.), Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаун, 2001 г.).

4. *Транспортные соглашения*: Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС) (1950 г.); Конвенция ООН о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) (Женева, 1956 г.), Конвенция для унификации некоторых правил международной воздушной перевозки 1929 г. (Варшава, 1929 г.), Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (Монреаль, 1999 г.), Конвенция ООН о морской перевозке грузов «Гамбургские правила» (Гамбург, 1978 г.).

5. *Соглашения, касающиеся объектов интеллектуальной собственности*: Всемирная конвенция об авторском праве (Женева, 1952 г.), Конвенция по охране литературных и художественных произведений (Берн, 1886 г.), Соглашение о международной регистрации товарных знаков (Мадрид, 1891 г.), Конвенция по охране промышленной собственности (Париж, 1968 г.), Договор о патентной кооперации (Вашингтон, 1970 г.), Договор ВОИС по авторскому праву (Женева, 1996 г.), Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. (ТРИПС).

6. *Международные соглашения о разрешении споров*: Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 г.), Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.).

Отдельно стоит назвать региональные международные соглашения, в которых участвует Республика Беларусь. В рамках СНГ основными соглашениями в области международного частного права являются:

- Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества Независимых Государств (Киев, 20 марта 1992 г.);
- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.);

• Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества Независимых Государств (Москва, 6 марта 1998 г.);

• Евразийская патентная конвенция (Москва, 9 сентября 1994 г.);

• Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.) и Протокол к ней 1997 г. (далее — Минская конвенция 1993 г.);

• Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 7 октября 2002 г.) (далее — Кишиневская конвенция 2002 г.).

Что касается действия последних двух конвенций, то для участников Кишиневской конвенции 2002 г. Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней прекращают свое действие. Однако для государств — участников Кишиневской конвенции 2002 г., не подписавших Кишиневскую конвенцию (Туркменистан, Узбекистан), будут действовать Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней;

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

3.8. Национальное законодательство как источник международного частного права

Национальное право является не менее значимым источником норм международного частного права, чем международный договор.

Нормы международного частного права содержатся в общих и специальных нормативных правовых актах Республики Беларусь. В общих нормативных правовых актах закрепляются общие правила поведения без учета тех или иных особенностей сферы, где эти отношения реализуются. Специальные нормативные правовые акты отражают особенности правового регулирования отношений с иностранным элементом.

Некоторые нормы, имеющие отношение к международному частному праву, закреплены в Конституции Республики Беларусь, которая имеет высшую юридическую силу не только по отношению к законам Республики Беларусь, но и заключаемым ею международным договорам (ст. 8 Конституции Республики Беларусь). Конституция не содержит коллизионных норм, но закрепляет основы международного частного права: национальный режим для иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Беларуси (ст. 11 Конституции Республики Беларусь), признание и защиту права собственности за всеми субъектами, а также равные права на занятие хозяйственной (предпринимательской) деятельностью на территории Республики Беларусь для всех субъектов (ст. 13 и 44 Конституции

Республики Беларусь), равные для всех субъектов права на образование (ст. 49 Конституции Республики Беларусь), равный доступ к правосудию и гарантии судебной защиты прав и свобод всех субъектов (ст. 60 Конституции Республики Беларусь).

Основным кодифицированным нормативным правовым актом, содержащим нормы международного частного права, выступает ГК Республики Беларусь. Раздел VII состоит из двух глав, в которых собраны две группы норм международного частного права: общие положения (гл. 74) и коллизионные нормы (гл. 75).

Особо отметим ст. 1093 ГК Республики Беларусь, которая легализовала доктринальную конструкцию «отношение, осложненное иностранным элементом» и определила перечень правовых источников, применимых к таким отношениям.

Значительную часть в комплексе норм международного частного права занимают нормы других кодексов: ХПК Республики Беларусь (гл. 27—29); ГПК Республики Беларусь (разд. X «Международный гражданский процесс» и приложение 4 «Исполнение в Республике Беларусь судами решений иностранных судов и арбитражей (третейских судов), если стороной по делу является гражданин, не являющийся предпринимателем, осуществляющим свою деятельность без образования юридического лица»); КТМ Республики Беларусь (разд. XV «Применимое право»); КоБС Республики Беларусь (разд. VI «Применение законодательства о браке и семье Республики Беларусь к иностранным гражданам и лицам без гражданства. Применение законодательства о браке и семье иностранных государств и международных договоров»).

Нормы международного частного права содержатся также в Законе Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде», Законе Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь», Законе Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции», Законе Республики Беларусь «Об инвестициях» и др.

3.9. Обычай и обыкновение как источники международного частного права

Под обычаем понимается единообразное, устойчивое правило, сложившееся в практике и имеющее обязательную юридическую силу. В отличие от обычая единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике, но не имеющее юридической силы, именуют обыкновением[1].

[1] Международное частное право. М., 2004. С. 72.

Определение международного торгового обычая закреплено в п. 1 ст. 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи 1980 г.: «При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли».

Обычай делового оборота — международное обыкновение, которое в отличие от юридически обязательных международно-правовых обычаев регулирует внешнеэкономический оборот, только если участники последнего договорились о таком регулировании. Другими словами, обычай делового оборота применяется к внешнеторговому контракту, если стороны договорились об этом при заключении договора.

В национальном праве источником может служить только такой обычай, за которым государство признает юридическую силу.

В Республике Беларусь торговые обычаи, обыкновения и типовые контракты (договоры) не признаются официальным источником национального права. Так, ст. 3 ГК Республики Беларусь закрепила, что гражданское законодательство — система нормативных правовых актов Республики Беларусь. Нормы права, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего законодательства лишь в случае соблюдения всех внутригосударственных процедур, предусмотренных законодательством о международных договорах Республики Беларусь.

Вместе с тем в международном торговом обороте широко применяется принцип автономии воли сторон договора, суть которого закреплена в ст. 2 ГК: участники гражданских правоотношений приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своих интересах. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Именно исходя из этого принципа торговые обычаи, сложившиеся в международной практике, оказывают существенное влияние на формирование частноправовых отношений с иностранным элементом. Кроме того, ст. 36 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» дает основание применения *lex mercatoria* при разрешении внешнеторговых споров. Поскольку в правовой литературе *lex mercatoria* традиционно относят к торговым обычаям, то можно утверждать, что обычай применяется в качестве регулятора частноправовых отношений с иностранным элементом в Республике Беларусь.

Законодательством Республики Беларусь возможность применения международного обычая закреплена ст. 1093 ГК Республики Беларусь; обычая международного делового оборота — ст. 36 Закона Республики Бела-

русь «О международном арбитражном (третейском) суде»; международных обычаев торгового мореплавания — ст. 258 КТМ Республики Беларусь; обычаев и правил международной торговли — ст. 3 Закона Республики Беларусь «О торгово-промышленной палате».

Обычаи международного торгового оборота применяются белорусскими судами с определенными ограничениями. Так, при разрешении споров экономические суды применяют обычаи международного делового оборота, не противоречащие законодательству Республики Беларусь, в том случае, когда участники сделки прямо договорились об их применении (п. 29 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 г. № 21 «О некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц»). Указанная норма к таким обычаям относит и ИНКОТЕРМС, и Принципы УНИДРУА. К тому же если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, то при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычных значений соответствующих терминов (п. 6 ст. 1125 ГК Республики Беларусь).

3.10. Понятие *lex mercatoria*, его регулятивная роль в международном частном праве

Понятие *lex mercatoria* (лат. «торговое право») прочно вошло в понятийный аппарат международного частного права. Этим термином принято обозначать автономный правовой порядок, добровольно формируемый сторонами, участвующими в международных торговых отношениях, и существующий независимо от национальных правовых систем. Наличие данного источника правового регулирования является особенностью международного частного права.

В понятие *lex mercatoria* включаются:

1) международные торговые обычаи и обыкновения;

2) своды единообразных правил, кодифицируемых международными организациями и международными неправительственными организациями (в частности, УНИДРУА и МТП);

3) примерные (типовые) контракты на отдельные виды товаров, разрабатываемые торговыми ассоциациями, проформы чартеров и т. п.;

4) рекомендательные документы международных организаций и международных неправительственных организаций (в том числе и типовые законы ЮНСИТРАЛ);

5) руководства по заключению контрактов;

6) не вступившие в силу международные соглашения, нормами которых частноправовые субъекты руководствуются в добровольном порядке.

3.11. Регулятивное значение судебной, арбитражной практики и доктрины в международном частном праве

В науке международного частного права существуют полярные точки зрения на вопрос, является ли источником судебное решение. Представители англосаксонской системы права признают правовой прецедент в качестве источника международного частного права по аналогии с внутригосударственным правом. Для романо-германской системы права, наоборот, характерно отрицание за судебными решениями статуса источников международного частного права.

В отечественной правовой системе судебная практика не относится к формально-юридическим источникам права (исключение составляют акты судов, указанные в ст. 3 ГК Республики Беларусь), так как суды не наделены законодательной властью, а их решения не создают норм права. Например, международный арбитражный суд при разрешении спора должен исходить из содержания договора, связывающего стороны, а также учитывать обычаи международного делового оборота и только в последнюю очередь — судебную практику (ст. 36 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде»).

Доктрина международного частного права относит судебную и арбитражную практику к источникам не столько существования норм, сколько их толкования.

В Республике Беларусь судебная практика обобщается (например, обзоры практики Высшего Хозяйственного Суда) и на основе обобщений принимаются постановления Пленумов Высшего Хозяйственного Суда и Верховного Суда, которые в соответствии с законодательством (ст. 3 ГК Республики Беларусь) считаются нормативными правовыми актами. В частности, особое значение имеют постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 г. № 21 «О некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц» и постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 2014 г. № 18 «О применении судами законодательства о признании и исполнении решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений».

Вопросы для самоконтроля

1. Охарактеризуйте систему источников современного международного частного права.
2. Как процесс региональной интеграции влияет на развитие источников международного частного права?

3. Какие акты составляют наднациональный уровень регулирования в праве ЕС и ЕАЭС?

4. Назовите характерные особенности такого источника правового регулирования, как *lex mercatoria.* Как он соотносится с обычаем и обыкновением?

5. В чем состоит регулятивное значение судебной и арбитражной практики?

Список литературы

Вельяминов, Г. М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс) : учебник / Г. М. Вельяминов. М. : Волтерс Клувер, 2004.

Вилкова, Н. Г. Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. М., 2004.

Гетьман-Павлова, И. В. Юридические конструкции «международное частное валютное право» и «международное фондовое право» / И. В. Гетьман-Павлова // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология Проф [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

РАЗДЕЛ II

УЧЕНИЕ О КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМАХ

ГЛАВА 4
ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА КОЛЛИЗИОННОЙ НОРМЫ

4.1. Понятие и сфера применения коллизионной нормы

При возникновении правоотношения с иностранным элементом возникает ситуация, именуемая **коллизией** или **конфликтом законов**. Источником коллизии являются различия в содержании частноправовых норм страны суда и страны принадлежности иностранного элемента. Например, гражданин Республики Беларусь, находясь в длительной командировке в Бельгии, внезапно почувствовав себя плохо, составляет олографическое (собственноручно написанное и подписанное, но не заверенное компетентными должностными лицами или государственными органами) завещание. Такая форма завещания признается действительной по праву Бельгии. После смерти гражданина наследники по закону предъявляют иск в белорусском суде о признании завещания недействительным по причине противоречия формы завещания законодательству Республики Беларусь, а именно ст. 1044 ГК Республики Беларусь, которая устанавливает: «Завещание должно быть составлено в письменной форме и удостоверено нотариусом... Несоблюдение правил настоящего Кодекса о письменной форме завещания и его удостоверении влечет недействительность завещания».

В целях определения формальной действительности завещания суд должен ответить на вопрос: подлежит применению закон суда, т. е. Республики Беларусь, или закон принадлежности иностранного элемента, а именно Бельгии как государства, где имел место юридический факт. Ситуация может усугубляться наличием в правоотношении нескольких иностранных элементов. В рассмотренном выше примере предположим, что завещатель являлся гражданином Российской Федерации. Не должно ли российское право как право государства гражданства наследодателя регулировать форму завещания? Очевидно, что выводы суда в зависимости от использования того или иного подхода будут различными.

Как уже обозначалось выше, решение коллизионного вопроса, т. е. определение, право какого государства подлежит применению к правоотношению с иностранным элементом: право страны суда или право государства принадлежности иностранного элемента, — основная задача международного частного права. Коллизионные нормы — классические нормы международного частного права. Учение о коллизионных нормах составляет стержневой раздел международного частного права, поэтому международное частное право долгое время называли коллизионным или конфликтным правом. Термин до сих продолжает активно применяться в государствах англосаксонской системы права. Использование доктриной таких терминов, как «отсылочное право» или «разграничивающее право», представляется не совсем удачным по причине упрощения функций коллизионной нормы, снижения роли международного частного права.

Слово «коллизия» в переводе с латинского языка означает «столкновение». На этом основании некоторые юристы делают вывод о противоречии названия норм их основной цели — преодолению коллизии — и предлагают иной термин — «антиколлизионные нормы»[1]. Такой подход упускает тот факт, что коллизионная норма не предотвращает столкновения правовых систем как минимум двух государств, возможность различного материально-правового регулирования однородных отношений в разных государствах — объективная реальность. Процессы унификации и гармонизации минимизируют названные выше явления, но не устраняют их. Коллизионная норма направлена на исключение негативных последствий такого столкновения, на придание правоотношениям с иностранным элементом определенности и предсказуемости. В этом смысле термин «коллизионная норма» оправдан, а с учетом его общепризнанности — более чем допустим.

Основным источником коллизионного права является национальное законодательство, кодифицированное специальными законами (Польша, Швейцария, Германия, Люксембург, Грузия, Азербайджан, Украина, Эстония и др.) или представленное нормами отраслевых кодексов (Республика Беларусь, Российская Федерация, Франция и др.). На устранение коллизионных проблем направлен и ряд международных договоров, нормы которых посредством процедуры имплементации становятся частью национального права.

Процесс принятия судом решения по спору, вытекающему из правоотношения с иностранным элементом, состоит из двух стадий: 1) установление, право какого государства подлежит применению к конкретному правоотношению согласно отечественным или международным коллизионным нормам; 2) решение спора на основании материально-правовых норм государства, определенного на первой стадии.

[1] *Толстых В. Л.* Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004. С. 60.

В различные периоды своего развития коллизионное право по-разному обосновывало обязанность суда применять иностранное право.

1. Доктрина международной вежливости (*comitas*, или *comitas gentium*). Ее идея сводится к тому, что применение иностранных законов диктуется соображениями международной вежливости, удобства и взаимной пользы. Впервые данные подходы были изложены в трудах голландских статуариев Павла и Иоанна Вутов, У. Губера, А. Дайси, которые легли в основу учения американского юриста, члена Верховного суда США Д. Стори.

2. Разработанная выдающимся немецким ученым Ф. К. фон Савиньи доктрина международно-правовой общности, развивающейся под влиянием общей христианской культуры европейских народов и взаимной выгоды. Согласно данному учению хотя иностранное право и применяется по добровольному согласию территориальной власти, это согласие не является актом милости или вежливости со стороны государства; такое согласие — результат развитого правосознания данного государства.

3. Доктрина приоритета внутреннего права Карла Фридриха Вехтера, согласно которой суд, рассматривая дело с иностранным элементом, отдает предпочтение внутреннему национальному праву, за исключением случаев, когда национальное право страны суда не признает себя компетентным рассматривать данный спор.

4. Теория правительственного интереса, разработанная американским ученым-коллизионистом середины XX в. Б. Карри, который призывает признавать компетентным материально-правовой порядок, руководствуясь не коллизионными нормами, а целями этих норм и выражаемыми ими интересами. Осуществляя разбирательство по делу с участием иностранного элемента, суд должен первоначально определить цель и «политику», на которые направлены каждая из потенциально применимых норм. Существует презумпция применения закона страны суда, но суд должен определить, является ли связь между страной суда и рассматриваемым делом (сторонами, предметом, характером сделки и самим разбирательством) достаточной, чтобы данное дело попадало в сферу правительственного внимания на основании объективного интереса государства в этом конкретном случае.

Возможность применения национальными правоприменительными органами иностранного частного права — основной парадокс и сложность международного частного права[1]. По общему правилу нормы права имеют строго территориальный характер. Данное утверждение справедливо для уголовного[2], административного, финансового, процессуального

[1] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право. С. 55.

[2] Международное уголовное право не предусматривает применения уголовными судами иностранных правовых норм, а лишь предполагает учитывать юридические факты, которые имели место на территории иностранного государства.

права[1]. Для этих отраслей права невозможна постановка коллизионного вопроса. Возможность учета судом нормативных правовых актов административного или финансового характера, например в случае признания сделки недействительной или квалификации юридического факта, имевшего место в иностранном государстве, в качестве форс-мажорного обстоятельства также не может рассматриваться как применение иностранных публично-правовых норм судом. Здесь речь идет о признании (или непризнании) тех или иных гражданско-правовых последствий такого рода актов, ставится вопрос гражданско-правового характера, который должен быть разрешен методами гражданского и (или) международного частного права[2].

Преодоление коллизионной проблемы, применение иностранных нормативных правовых норм и, как следствие, признание основанных на них субъективных прав характерно для частноправовых отношений (гражданских, трудовых, брачно-семейных). Не должны вводить в сомнение нормы законодательства о пенсионном обеспечении, имеющего публично-правовую природу. Норма ст. 3 Соглашения о порядке пенсионного обеспечения и государственного страхования сотрудников органов внутренних дел государств — участников СНГ от 24 декабря 1993 г., в соответствии с которой «расходы по пенсионному обеспечению сотрудников органов внутренних дел и их семей и обязательному государственному страхованию сотрудников органов внутренних дел осуществляются Сторонами за счет их бюджетов без взаимных расчетов между ними», представляет не коллизионную, а материально-правовую норму, уточняющую порядок распределения расходов по пенсионному обеспечению между государствами — участниками названного соглашения, а посему носит исключительно публично-правовой характер. Однако на современном уровне развития интеграционных объединений, обусловленном исторически более чем тесным взаимодействием в рамках СССР, без применения коллизионного метода регулирования, без публично-правовой природы не обойтись. Так, норма ст. 1 Соглашения о гарантиях прав граждан государств — участников СНГ в области пенсионного обеспечения от 13 марта 1992 г. «пенсионное обеспечение граждан государств — участников настоящего Соглашения и членов их семей осуществляется по законодательству государства, на территории которого они проживают» являет собой пример коллизионной нормы, которая закрепляет

---

[1] Справедливости ради следует отметить, что современной тенденцией является наметившийся отказ от неприменения иностранных публично-правовых норм, характерный для международных договоров. Так, в соответствии с п. 1 ст. 8 Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. (в редакции протокола от 27 апреля 1997 г.) «по просьбе запрашивающего учреждения оно может применить и процессуальные нормы запрашивающей Договаривающейся Стороны, если только они не противоречат законодательству запрашиваемой Договаривающейся Стороны».

[2] *Лунц Л. А.* Международное частное право. М., 1970. С. 143—146.

выбор применимого права в пенсионных правоотношениях, имеющих публично-правовую природу, но с участием субъектов частного права.

Таким образом, *коллизионная норма* — это правовая норма, которая не дает ответа на вопрос, какие права и обязанности порождает для сторон возникновение, изменение или прекращение конкретного правоотношения, а лишь определяет применимое право, т. е. указывает компетентный материальный правопорядок, подлежащий применению к данному правоотношению.

Коллизионные нормы — это правила, выработанные практикой столетий. Правила, основы которых заложены еще учением постглоссаторов (XIII—XV вв.), но оформившиеся в стройную систему в теории К. Ф. фон Савиньи в середине XIX в. Правила, основное назначение которых — выбор эффективного и справедливого решения, в связи с чем они не являются незыблемыми. Коллизионное право не стоит на месте, чутко реагирует на изменения в общественных отношениях, в коммерческом обороте, подвержено влиянию научно-технического прогресса. О «мобильности» отечественного коллизионного права свидетельствует, например, изменение основного субсидиарного правила определения применимого права к договорным обязательствам в ГК Республики Беларусь 1998 г. по сравнению с подходом, принятым Гражданским кодексом БССР от 11 июня 1964 г., Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. и ст. 11 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г.

Классическое определение коллизионной нормы, согласно которому она отсылает к компетентному национальному правопорядку, в последнее время претерпевает некоторые изменения благодаря унификационным процессам. «Глубина и разнообразие современных международных частноправовых отношений и источников их регулирования несравненно богаче, чем это было в то время, когда сложилась господствующая в настоящее время формулировка коллизионной нормы»[1]. Привязка коллизионной нормы может называть в качестве применимых нормы **не только национального права, но и международного договора**. Так, в соответствии со ст. 134 Закона о международном частном праве Швейцарии от 18 декабря 1987 г. «к отношениям, связанным с дорожно-транспортным происшествием, применяется Гаагская конвенция о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, от 4 мая 1971 г.». Более того, привязка современной коллизионной нормы может отсылать к международным торговым обычаям. Например, согласно п. 2 ст. 285 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. «в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона при определе-

[1] *Кузнецов М. Н.* Некоторые особенности развития международного частного права // Совет. журн. междунар. права. 1991. № 1. С. 27.

нии рода аварии, определении размеров общеаварийных убытков и их распределении применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания». В соответствии с ч. 2 ст. 258 Кодекса торгового мореплавания Республики Беларусь от 15 ноября 1999 г. «при отсутствии в национальном законодательстве правил, определяющих род аварии, такие правила могут устанавливаться соглашением сторон либо международными обычаями торгового мореплавания».

4.2. Структура коллизионной нормы

Структура коллизионной нормы ярко демонстрирует специфику международного частного права. По своему строению коллизионная норма состоит из двух существенных элементов: объема и привязки.

Объем — указание тех отношений, к которым норма применяется (например, «право собственности», «заключение брака», «отношения по наследованию»).

Привязка — указание закона, т. е. правовой системы, правопорядка, подлежащего применению к данному виду отношений (например, «закон гражданства лица, «закон места жительства лица», «закон места нахождения имущества»). Отношения, образно говоря, «привязываются» к законодательству определенного государства. Так, в ч. 1 ст. 1116 ГК Республики Беларусь «Форма сделки подчиняется праву места ее совершения» словосочетание «форма сделки» представляет собой объем, а «право места ее совершения» — привязку.

В настоящее время не вызывает сомнения факт, что коллизионные нормы являются нормами права. Существовавшая ранее точка зрения о том, что коллизионная норма — это сугубо техническая норма, поскольку не имеет структурного элемента, выражающегося в специальном принудительном обеспечении, т. е. санкции, не выдерживает критики. Коллизионная норма — юридическая норма, т. е. правило, подлежащее применению к конкретному фактическому составу, норма, имеющая регулятивные функции. Структура правовой нормы характеризуется единством идеальной и реальной структуры. Идеальная структура отражает «первичные, исходные ее связи в системе объективного права», представляет набор элементов, логически необходимых для регулирования определенного вида общественных отношений в нужном для законодателя направлении. Реальная же структура правовой нормы состоит из определенных элементов потенциальной логической, идеальной структуры в количестве, достаточном для функционирования конкретного социального регулятора общественных отношений в рамках целостного правового организма. Количество элементов реальной структуры предопределено структурой фактического общественного отно-

шения и особенностями взаимосвязей и взаимодействия правовых норм в системе права. Отсутствие одного или нескольких из структурных элементов «идеальной» правовой нормы не влияет на ее правовой статус — реальная структура юридической нормы, закрепленной в нормативном акте, производна от структуры соответствующего общественного отношения определенного вида и выступает как закономерная реальность правовой системы конкретного общества[1]. Доктрина выделяет в идеальной структуре коллизионных норм генеральную санкцию, заключающуюся в возможности отмены решения суда из-за неправильного применения коллизионной нормы, и индивидуальную санкцию, совпадающую с санкцией материально-правовой нормы, к которой отсылает коллизионная норма. Так, применение в соответствии с ч. 1 ст. 1116 ГК Республики Беларусь к форме сделки права государства места заключения сделки влечет возможность признания ее недействительной в соответствии с ч. 3 ст. 163 ГК Республики Беларусь, что можно признать санкцией ст. 1116 ГК Республики Беларусь.

Некоторые ученые наряду с объемом и привязкой выделяют и третий структурный элемент коллизионной нормы — гипотезу, которая называет условия применения нормы[2]. С такой позицией трудно согласиться, так как она не демонстрирует отличий между структурными элементами коллизионной нормы — объемом и гипотезой.

4.3. Статут правоотношения

Коллизионная норма, как любая юридическая норма, есть правило, подлежащее применению к конкретным фактическим составам. Это правило определяет выбор компетентного правопорядка по различным видам правоотношений с иностранным элементом. Компетентный правопорядок для соответствующего вида отношений образует статут такого вида отношений.

Статут правоотношения — определяемое на основе коллизионной нормы право (закон страны), которое подлежит применению ко всей совокупности правоотношений одного рода, осложненных иностранным элементом, или по крайней мере к основной их части[3]. Таким образом, целью выделения такой категории, как статут частноправового отношения, является построение четкой и логичной системы коллизионных принципов. Можно говорить о статуте наследования, статуте договорного обязательства, статуте формы сделки, статуте обязательства, возникающего вследствие причинения вреда

[1] *Алексеев С. С.* Общая теория права : учебник [Электронный ресурс] // Библиотека юриста. URL: http://www.lawbook.by.ru/theory/alexeev/19.shtml (дата обращения: 22.01.2019).

[2] Международное частное право: современные проблемы / отв. ред. М. М. Богуславский. М., 1994. С. 155—156.

[3] Международное частное право : учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. М., 2004. С. 444.

(статуте деликта), статуте вещных прав, личном законе физического лица, личном законе юридического лица и т. д.

Следует обратить внимание: статут есть именно правопорядок определенного государства, а не отдельная правовая норма. При участии в правоотношении иностранного элемента коллидируют не отдельные нормы различных государств, а правовые системы этих государств. Противоположную точку зрения содержат учения американских юристов Б. Карри и Д. Каверса — «теория анализа правительственного интереса» и «теория выбора результата». Согласно последней выбор компетентного закона сводится к выбору между изолированными нормами различных правопорядков. В результате правовая норма отрывается от собственного правопорядка и инкорпорируется в правопорядок государства, суд которого рассматривает дело, следовательно, получает оценку в иной, возможно даже чуждой собственной, правовой системе. Таким образом, применяется не живая норма права, а норма, которая по существу не имеет нигде действия и которая лишается значительной степени своего содержания[1]. Данная позиция, по сути, приводит к отрицанию коллизионного права вообще, поскольку предлагает останавливать выбор на той коллизионной норме, которая содержит наиболее приемлемое для суда решение. Однако названные американские теории оперируют только принципами интерлокальной, т. е. межштатной, коллизии и терпят крах при возникновении международной, межгосударственной коллизии. Суд не может давать субъективную оценку двух равноправных правовых систем, а может лишь ограничить применение одной из них по мотивам противоречия публичному порядку.

Термин «статут» используется в современном коллизионном праве в ином значении, нежели то, которое использовалось в средневековой доктрине международного частного права: работах постглоссаторов Бартоло да Сассоферрато и Бальда, голландских статутариев У. Губера и И. Вута. Указанные авторы разделяли все материальные нормы на две группы и для каждой из них находили подходящий коллизионный принцип. Так, в отношении всей совокупности вещных правоотношений применялся реальный (территориальный) статут, который не имеет действия за границей. Вопросы лиц подлежали регулированию личным статутом, имеющим экстерриториальное действие. В трудах авторов более позднего периода — французского коллизиониста д'Аржантре и голландских статутариев XVII в. — выделен третий, «смешанный» принцип, который может применяться, в частности, к форме юридического акта.

Отметим, что такой элемент, как объем, не всегда присутствует в одной норме. Сфера действия статута, т. е. круга вопросов, подлежащих регулированию им, как правило, выводится из совокупности коллизионных норм,

[1] *Лунц Л. А.* Международное частное право. С. 137—138.

регулирующих однородные отношения. Например, статут наследования применяется к отношениям по наследованию, форме и способности составления завещания. Вместе с тем понятие «отношения по наследованию» законодательно не раскрывается, что создает неопределенность не только для сторон правоотношения, но и для правоприменителя (суд, нотариусы), который должен определять сферу применения статута путем толкования. Очевидно, к сфере применения статута наследования следует отнести следующие вопросы: основания наследования, состав наследства и условия его открытия, круг лиц, которые могут призываться к наследованию, и очередность их призвания, лица, относимые к «недостойным» наследникам, свобода завещания, назначение и подназначение наследника в завещании, доли наследников в завещанном имуществе, наследование отдельных видов имущества и др.

Можно только приветствовать стремление законодателя сформулировать статутообразующие правила в нормах международного частного права. Например, ст. 1127 ГК Республики Беларусь определяет перечень вопросов, к которым применяются положения ст. 1124 и 1125 ГК Республики Беларусь о праве, регулирующем договорные обязательства, т. е. объем договора включает следующие составляющие:

- толкование договора;
- права и обязанности сторон;
- исполнение договора;
- последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;
- прекращение договора;
- последствия ничтожности или недействительности договора;
- уступку права требования и перевод долга в связи с договором.

Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 1118 ГК Республики Беларусь привязка ст. 1125 будет регулировать и такой элемент объема, как правоотношения, связанные с исковой давностью.

Отметим, что перечень составляющих сферы применения статута не является исчерпывающим, так как в формулировке статьи используются слова «в частности». Восполнение возникающих пробелов может осуществляться при помощи толкования, правоприменительной практики, сравнительного правоведения.

Четкое определение сферы действия статута правоотношения способствует единообразию судебной практики, повышает предсказуемость судебных решений, вносит элемент определенности в отношения сторон. Можно только сожалеть, что белорусское законодательство о международном частном праве ограничивается прямым определением сферы действия лишь статута договорных обязательств, в то время как законодательная практика Российской Федерации, Швейцарии, Германии, Италии, Украины и других государств демонстрирует примеры определения круга вопросов, регулируемых вещным и деликтным статутом, а также личным законом юридическо-

го лица. Например, п. 2 ст. 1202 ГК Российской Федерации устанавливает, что на основе личного закона юридического лица определяются:

- статус организации в качестве юридического лица;
- организационно-правовая форма юридического лица;
- требования к наименованию юридического лица;
- вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, в том числе вопросы правопреемства;
- содержание правоспособности юридического лица;
- порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей;
- внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками;
- способность юридического лица отвечать по обязательствам.

В отсутствие соответствующих норм в законодательстве суд может применять доктрину, которая уделяет пристальное внимание исследованию статутообразующих признаков. Однако представляется, что специальное правовое регулирование данного вопроса в отраслевых кодексах, а еще лучше в межотраслевом законе о международном частном праве, за необходимость разработки которого неоднократно высказывались авторы настоящего учебного пособия, снимет множество проблем.

Определение сферы действия статута правоотношения характерно не только для национального права, но и для международных договоров по коллизионным вопросам. Примером могут служить нормы ст. 8 Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям 1978 г., ст. 12 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г., ст. 10 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г., ст. 12 Регламента № 593/2008 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам 2008 г., ст. 15 Регламента № 864/2007 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к внедоговорным обязательствам 2007 г., и др.

4.4. Правовая природа коллизионной нормы

Не имеющим однозначного решения в доктрине является вопрос о правовой природе коллизионных норм, а также об их соотношении с нормами материальными и процессуальными.

В теории международного частного права существует мнение о публично-правовой природе коллизионной нормы (М. Брун, А. Батиффоль, В. Л. Толстых). Основные аргументы в защиту указанной точки зрения: 1) адресат правовой нормы — коллизионные нормы устанавливают обязанность государственных органов (чаще всего органов юрисдикционных)

применить определенное право[1]; они обращены не к участникам гражданского оборота; 2) правовая сила указанных норм: «Но если бы коллизионные нормы составляли ветвь частного права, то суд имел бы возможность применять их так, как вообще применяются гражданские диспозитивные законы, т. е. от усмотрения сторон зависело бы всегда и во всех случаях ссылаться то на туземный, то на иностранный закон»[2]. Данную точку зрения трудно признать обоснованной.

Во-первых, в современных развитых правовых системах все правовые нормы в той или иной степени ориентированы на любого правоприменителя, в том числе на судебные или административные органы, все правовые нормы так или иначе опосредованы государством. Субъекты правоотношения заинтересованы в знании применимого к их отношениям права, от выбора которого зависит та или иная модель их отношений. Как справедливо отмечает немецкий коллизионист М. Вольф, «вопросы о выборе права возникают и в тех случаях, когда заинтересованное лицо хочет получить юридическое заключение о своих правах, возможно, и без намерения начать судебный процесс…»[3].

Во-вторых, деление норм на императивные и диспозитивные нельзя признать единственным основанием разделения норм на публично-правовые и частноправовые. Любая частноправовая отрасль оперирует не только диспозитивными, но и императивными нормами. Так, в ч. 1 и 2 ГК Российской Федерации в составе норм, регулирующих некоторые виды договоров, около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных[4]. Однако современной тенденцией развития международного частного права является расширение сферы применения диспозитивных норм: не только в договорных, но и в деликтных, вещных, ряде брачно-семейных отношений.

Представляется, что достоверным критерием деления норм на частноправовые и публично-правовые выступает предмет правового регулирования, поскольку право есть социальный регулятор общественных отношений, оно вторично к отношениям. Предмет международного частного права в настоящее время не вызывает особых споров исследователей: это частноправовые отношения (вещные, обязательственные, наследственные, брачно-семейные и иные), осложненные иностранным элементом.

Отсутствие среди участников правоотношения субъектов, наделенных властными полномочиями, уравнивание правового регулирования отношений с участием государства и международных организаций и отношений с

---

[1] *Толстых В. Л.* Международное частное право: коллизионное регулирование. С. 60.

[2] *Брун М. И.* Международное частное право [Золотой фонд российской науки международного права]. М., 2009. Т. II. С. 117.

[3] *Вольф М.* Международное частное право / пер. С. М. Рапопорт ; под ред. Л. А. Лунца. М., 1948. С. 23.

[4] *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 1 : Общие положения [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2019.

участием лиц является дополнительным аргументом в защиту частноправовой природы коллизионных норм. Однако цель коллизионной нормы, заключающаяся в реализации публичного интереса — выборе между несколькими правовыми системами, установлении компетентного правопорядка и вероятном санкционировании применения иностранного права в силу принципа международной вежливости, указывает и на присутствие публично-правового элемента в коллизионном праве. Возможно, имеет смысл говорить о смешанной природе коллизионных норм. Авторы учебного пособия согласны с тем, что «юридическая природа коллизионных норм в том именно и состоит, что в них гармоничным образом сочетаются публично-правовой и частноправовой элементы, обусловливающие ее специфику. Публично-правовой эффект коллизионной нормы носит на самом деле вторичный, производный характер. По существу, коллизионная норма как таковая санкционирует применение иностранного права в пределах конкретной национальной юрисдикции… Коллизионные нормы отражают, с одной стороны, существование различий и многообразие правопорядков государств, а с другой — взаимодействие национальных правовых систем государств»[1].

4.5. Классификация коллизионных норм

Коллизионные нормы делятся на виды по различным критериям. Некоторые из таких критериев аналогичны основаниям классификации правовых норм в целом:

- источник закрепления норм;
- способ правового регулирования.

Согласно критерию источника закрепления правовых норм коллизионные нормы делятся:

- на национальные (внутренние), содержащиеся в источниках национального права (в частности, ГК Республики Беларусь, КоБС Республики Беларусь, КТМ Республики Беларусь);
- международные (унифицированные), закрепленные в международных договорах.

Примером национальной коллизионной нормы является норма ст. 1126 ГК Республики Беларусь: «К договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждено юридическое лицо». В качестве примера международной коллизионной нормы приведем норму п. 3 ст. 26 Кишиневской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г.: «Правоспособность юридического лица определяется законодатель-

[1] *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : учебник : в 3 т. М., 2002. Т. 1 : Общая часть. С. 116.

ством Договаривающейся Стороны, по законодательству которой оно было учреждено».

По такому критерию, как способ (характер) правового регулирования, коллизионные нормы подразделяются:

- на императивные;
- диспозитивные.

Стороны не могут по собственной воле отойти от применения императивных норм, обладающих властно-категорическим характером.

Императивные нормы — это нормы-предписания. Нарушение предписаний коллизионной нормы влечет негативные правовые последствия, которые могут выражаться в виде санкций. Так, в соответствии с п. 2 ст. 1116 ГК Республики Беларусь «внешнеэкономическая сделка, хотя бы одним из участников которой является юридическое лицо Республики Беларусь или гражданин Республики Беларусь, совершается независимо от места заключения сделки в письменной форме». Большинство отечественных коллизионных норм представляют собой императивные нормы.

Диспозитивные нормы, напротив, применяются постольку, поскольку нет соглашения сторон, указывающего на выбор компетентного правопорядка. Примером здесь может служить норма п. 4 ст. 1125 ГК Республики Беларусь: «К договорам, не перечисленным в пунктах 1—3 настоящей статьи, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где имеет основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора». Диспозитивность таких норм выражается в следующих формулировках: «если иное не установлено соглашением сторон», «в случае отсутствия выбора права», «стороны могут избрать» и др. Современное международное частное право идет по пути установления диспозитивных правил правового регулирования договорных и связанных с ними отношений: право, применимое к договору (ст. 1125 ГК Республики Беларусь); право, применимое к возникновению и прекращению права собственности по сделке (п. 1 ст. 1120 ГК Республики Беларусь); право, применимое к праву собственности, и иные вещные права на движимое имущество в пути (ст. 1122 ГК Республики Беларусь), а также в некоторых государствах — деликтных обязательств (ст. 132 Федерального закона о международном частном праве Швейцарии от 18 декабря 1987 г., п. 3 ст. 1219 ГК Российской Федерации, ст. 14 Регламента № 864/2007 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к внедоговорным обязательствам, от 11 июля 2007 г. (Рим II) и форме договора (ст. 11 Регламента № 593/2008 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г. (Рим I)).

Кроме двух указанных выше критериев коллизионные нормы классифицируются по специфическим основаниям:

- форме коллизионной привязки;
- структуре коллизионной нормы;
- территориальному признаку;
- четкости формулирования привязки.

По форме привязки коллизионные нормы делятся на односторонние и двусторонние.

Односторонняя коллизионная норма может указывать на то, что определенный круг отношений подпадает под действие законов только одного государства. Как правило, устанавливается, что подлежит применению собственный закон государства или, как мы установили выше, нормы определенного международного договора, унифицирующего коллизионные правила. В соответствии с ч. 3 ст. 1116 ГК Республики Беларусь «форма сделки в отношении недвижимого имущества, зарегистрированного в Республике Беларусь, подчиняется праву Республики Беларусь».

Двусторонней коллизионной нормой называется такая норма, привязка к которой указывает на признак (общий принцип), позволяющий определить, законы какого государства подлежат применению к данному правоотношению. Такой признак направлен на выбор определенной правовой системы из неопределенного круга правовых систем. Согласно ч. 1 ст. 1119 ГК Республики Беларусь «право собственности и другие вещные права на недвижимое и движимое имущество регулируется правом страны, где это имущество находится, если иное не предусмотрено законодательными актами». Данная норма указывает на возможность применения как отечественного, так и иностранного права.

Судебная практика часто выводит в порядке толкования из односторонних коллизионных норм двусторонние коллизионные правила. Особенно такой подход характерен для коллизионного права Франции. Например, из односторонней коллизионной нормы ст. 3 ГК Франции «Недвижимость, даже принадлежащая иностранцам, подчиняется французскому праву» французская судебная практика вывела общее правило вещного статута недвижимости — право страны местонахождения недвижимого имущества.

Законодательное развитие международного частного права идет по пути замены односторонних коллизионных норм двусторонними. Отечественное гражданское законодательство, изменив прежние подходы, содержит разумный лимит односторонних коллизионных норм. Упразднить все односторонние правовые нормы невозможно — они упрощают правовое регулирование отношений, имеющих прочную, максимально устойчивую связь с данным государством (форма сделки в отношении недвижимого имущества, право собственности на имущество, подлежащее регистрации, а также наследование такого имущества). Вместе с тем коллизионное регулирование брачно-семейных отношений в Республике Беларусь, безусловно, требует корректировки и замены устаревших норм более современными и дифферен-

цированными правилами: односторонние нормы ч. 1 ст. 229, ч. 1 ст. 231, ч. 1 ст. 232 КоБС Республики Беларусь должны уступить место двусторонним.

Привязка двусторонней коллизионной нормы называется формулой прикрепления. В формуле прикрепления содержится указание на подлежащую применению правовую систему, и такое указание выражено общим образом в качестве известного коллизионного принципа.

По критерию структуры коллизионные нормы делятся на простые и сложные.

Структура *простой нормы* строится по схеме «объем — привязка».

Сложные коллизионные нормы характеризуются дифференцированным объемом или множественностью привязок.

Дифференциация объема коллизионной нормы, именуемая некоторыми юристами множественностью привязок в широком смысле[1], позволяет минимизировать главный недостаток коллизионной нормы, заключающийся в том, что «коллизионная норма слепа». Норма с дифференцированным объемом позволяет учитывать конкретные фактические обстоятельства правоотношения и, как следствие, принимать более справедливые решения. Существует два пути дифференциации.

1. Посредством построения коллизионной нормы по схеме «общая норма — изъятие».

Так, в области деликтных отношений действует специальный принцип *lex domicilii* — закон страны места совершения деликта. Однако обращение к этому правилу в том случае, когда сторонами деликтного правоотношения выступают граждане одного государства, нелогично, поэтому современное международное частное право большинства государств устанавливает, что права и обязанности сторон при таких условиях будут регулироваться общим личным законом деликвента и потерпевшего (ст. 1129 ГК Республики Беларусь). Подчинение отношения такого рода новой коллизионной привязке отнимает у объема «обязательства из причинения вреда» часть («общее гражданство» или «общее место жительства») и выводит для этого частного случая особое, более обоснованное коллизионное правило, приводя к появлению сочетания общей коллизионной нормы — принципа и частной нормы — изъятия. Представляется, что общие правила формируют специальные принципы международного частного права.

2. Посредством разделения правового регулирования сфер однородного отношения разными нормами — «расщепление или расчленение статута правоотношения».

Например, коллизионное правовое регулирование отношений наследования дифференцируется на регулирование по отдельности наследования

[1] *Асосков А. В.* Понятие и классификация коллизионных норм с множественностью привязок // Вестн. граждан. права. 2010. № 3. С. 4—32.

движимого и недвижимого имущества. Так, ст. 113 и 1134 ГК Республики Беларусь предусматривают расщепление наследственного статута: наследование движимого имущества регулируется правом последнего места жительства наследодателя, а наследование недвижимого имущества — правом по месту нахождения такого недвижимого имущества.

Множественность привязок в узком смысле слова охватывает только такие ситуации, когда для определения применимого права к одному отношению (или отдельному его аспекту) законодатель формулирует сразу несколько конкурирующих или дополняющих друг друга коллизионных привязок.

Коллизионные нормы с множественностью привязок можно разделить на альтернативные коллизионные нормы и кумулятивные коллизионные нормы.

Альтернативные коллизионные нормы устанавливают право сторон (стороны) правоотношения или правоприменителя сделать выбор из нескольких законодательно сформулированных правил.

В связи с разнообразием норм данной группы западная доктрина полагает необходимым использовать деление альтернативных коллизионных норм на подвиды. В один из подвидов выделяют альтернативные нормы, в которых законодателем четко задан желательный материально-правовой результат, на предмет соответствия которому проверяется каждый из правопорядков, к которому отсылают альтернативные привязки: «класс законов о действительности и недействительности» (*classe de la loi validante ou invalidante*) или альтернативные нормы, имеющие «закрытый состав» (*geschlossenen Tatbestand*)[1]. Примером такого рода норм могут служить положения п. 2 ст. 11 Регламента № 593/2008 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г. (Рим I) о формальной действительности договоров: «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, предусмотренным 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». Аналогичный подход закреплен и в большинстве национальных кодифицированных актов (п. 2 ст. 11 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению 1896 г.). О необходимости совершенствования правил определения права, применимого к форме сделки, заявлено и в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданско-

[1] *Асосков А. В.* Понятие и классификация коллизионных норм с множественностью привязок.

го законодательства от 7 октября 2009 г.: «С учетом широко распространенного международного подхода предлагается использовать в качестве дополнительной альтернативной коллизионной привязки отсылку к праву, регулирующему существо обязательства (*lex causae*)»[1]. Процессы глобализации и гармонизации права требуют и от Беларуси пересмотра концептуальных подходов к определению права, устанавливающего формальную действительность сделки.

Альтернативные нормы могут предусматривать иерархический порядок предлагаемых альтернатив или не иметь иерархии. В качестве примера альтернативных норм со строгой иерархией можно привести положения п. 2 и 3 ст. 8 Регламента № 593/2008 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г. (Рим I): «2. При отсутствии выбора сторонами подлежащего применению права индивидуальный трудовой договор регулируется правом страны, в которой или, при отсутствии таковой, из которой работник во исполнение договора обычно выполняет свою работу. Страна, в которой обычно выполняется работа, не считается изменившейся, если работник временно выполняет свою работу в другой стране. 3. Если подлежащее применению право не может быть определено на основании пункта 2, то договор регулируется правом страны, где находится место постоянного осуществления деятельности стороны, которая наняла работника». В таких нормах выделяют генеральную (основную) коллизионную привязку и субсидиарную (дополнительную), которая действует, если применение генерального правила оказалось невозможным.

Примером альтернативных норм без строгой иерархии выступает ст. 1130 ГК Республики Беларусь: «...к требованию о возмещении ущерба, возникшего у потребителя в связи с покупкой товара или оказанием услуги, по выбору потребителя применяется право страны, где находится место жительства потребителя, или место жительства или место нахождения производителя или где был приобретен товар или оказана услуга».

Альтернативные коллизионные нормы могут предлагать выбор из предлагаемых альтернатив суду, но, как правило, правом выбора наделяется заинтересованное лицо (заявитель, потребитель). В белорусском коллизионном праве, кроме вышеназванной ст. 1130 ГК Республики Беларусь, альтернативные нормы с правом выбора заинтересованного лица закреплены в ст. 1123 и 1135 ГК Республики Беларусь.

К альтернативным нормам относится и привязка «закон, наиболее благоприятный для стороны правоотношения». Белорусское право располагает таким примером: согласно п. 3 ст. 1109 ГК Республики Беларусь правоотношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой на-

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». М., 2012.

значило опекуна (попечителя). Однако если лицо, находящееся под опекой (попечительством), проживает в Республике Беларусь, применяется право Республики Беларусь, если оно более благоприятно для этого лица.

Следует отметить, что поиск закона, наиболее благоприятного для потенциально более слабой стороны правоотношения, — сложно реализуемая на практике задача, несмотря на гуманность цели, на которую она направлена. Как следует поступить суду, если один из альтернативных правопорядков имеет более благоприятную норму об учете мнения ребенка, а другой предусматривает более узкие полномочия опекуна по совершению сделок, влекущих уменьшение имущества подопечного? Трудно согласиться с предложением, существующим в доктрине, отдать данные вопросы на усмотрение не суда, а заинтересованной стороны[1], поскольку такое решение однозначно не способствует защите прав слабой стороны в некоторых правоотношениях, например в вышеприведенном примере с опекой. По нашему мнению, оценка правопорядка на предмет его благоприятности в комплексе должна все же осуществляться судом *ex officio*, так как на нем лежит задача выбора эффективного и справедливого решения.

Кумулятивные коллизионные нормы делают необходимым учитывать при разрешении коллизионной проблемы законодательство нескольких государств. Так, ч. 1 ст. 1116 ГК Республики Беларусь устанавливает: «...форма сделки подчиняется праву места ее совершения. Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если ее форма удовлетворяет требованиям права Республики Беларусь». Аналогичное правило действует в отношении формы и срока действия доверенности (ст. 1117 ГК Республики Беларусь) и в отношении признания действия или иного обстоятельства, служащего основанием для требования о возмещении вреда, противоправным (п. 3 ст. 1129 ГК Республики Беларусь). Согласно подходу, признанному в настоящее время в большинстве государств, в том числе в Российской Федерации, условия заключения брака определяются по праву государств, гражданами которых лица, вступающие в брак, являются, при условии соблюдения требования законодательства места заключения брака относительно препятствий для заключения брака (п. 2 ст. 156 Семейного кодекса Российской Федерации). Отсутствие кумуляции в белорусской норме о праве, применимом к условиям брака, заключенного на территории Республики Беларусь, имеет негативные правовые последствия, которые могут привести к возникновению «хромающих браков», действительных в Беларуси, но не действительных по личному закону одного или обоих супругов.

По территории действия коллизионные нормы делятся на межгосударственные и межобластные.

[1] *Асосков А. В.* Понятие и классификация коллизионных норм с множественностью привязок.

Понятие «*межгосударственные коллизионные нормы*» не синонимично понятию «международные коллизионные нормы», поскольку содержит правила регулирования отношений, имеющих трансграничный характер, выходящих за пределы одного государства. Безусловно, большинство коллизионных норм представляют собой именно межгосударственные нормы.

Существование *межобластных коллизионных норм* характерно только для государств с федеративным устройством (США, Канада др.) и только в том случае, когда субъекты федерации обладают конституционным правом иметь собственные правовые системы (Гражданский кодекс Квебека 1991 г.). Так, субъекты Российской Федерации не имеют законотворческих полномочий в сфере коллизионного регулирования, так как согласно п. «о» и «п» ст. 71 Конституции Российской Федерации гражданское законодательство и федеральное коллизионное право относится к ведению Российской Федерации. Возможность устанавливать собственное правовое регулирование в сфере трудовых, семейных и земельных отношений при условии отсутствия соответствующего федерального закона не реализуется по причине существования специального законодательного регулирования таких отношений на федеральном уровне — Трудового кодекса Российской Федерации, Семейного кодекса Российской Федерации, Земельного кодекса Российской Федерации.

Критерий «четкость формулирования привязки» делит коллизионные нормы на жесткие и гибкие.

Жесткие коллизионные нормы непосредственно формулируют правило определения применимого права, адресованное правоприменителю. Полагая, что данное правило не будет эффективно и справедливо регулировать конкретный фактический состав в силу его отличия от общего правила, составляющего специальный коллизионный принцип, правоприменитель не может изменить данное правило по своей воле. Большинство коллизионных норм представляют жесткие нормы, поскольку законодательно регулируют порядок определения применимого права.

Гибкая коллизионная норма, напротив, не содержит заранее установленного регулятора правоотношения, выходящего за рамки одного государства. Она предоставляет правоприменителю полную свободу усмотрения в вопросе выбора права, применимого к определенному правоотношению. Такие нормы представлены нормой, которая формулируется как «закон наиболее тесной связи». Распространение гибких коллизионных норм в законодательстве различных государств представляет современную тенденцию международного частного права. Чаще они выступают в качестве субсидиарного правила. Например, в силу п. 4 ст. 1125 ГК Республики Беларусь «при невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан». Аналогичное регулирование имеет место в европейском

коллизионном праве (п. 3 ст. 4 Регламента № 593/2008 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г. (Рим I)). Вместе с тем законодательные акты некоторых государств наделяют гибкие коллизионные нормы статусом генерального правила, которое, однако, конкретизируется законодателем. Так, ч. 2 и 3 ст. 32 Закона о международном частном праве Украины от 23 июня 2005 г. гласит: «2. В случае отсутствия выбора права к содержанию сделки применяется право, которое имеет наиболее тесную связь со сделкой. 3. Если иное не предусмотрено или не вытекает из условий, сути сделки или совокупности обстоятельств дела, то сделка более тесно связана с правом государства, в котором сторона, которая должна выполнить обязательство, имеющее решающее значение для содержания сделки, имеет свое местожительство или местонахождение».

Данная тенденция также должна найти более широкое применение в законодательной практике Республики Беларусь в целях наделения судебных органов полномочиями по обеспечению наиболее эффективной защиты прав и интересов сторон правоотношения, учета конкретных фактических обстоятельств дела, преодоления проблемы «слепоты» коллизионной нормы.

Вопросы для самоконтроля

1. Что такое коллизионная норма? Чем она отличается от материальной нормы? Охарактеризуйте ее правовую природу.
2. Приведите примеры различных видов коллизионных норм ГК, Кодекса торгового мореплавания Республики Беларусь и Кодекса о браке и семье Республики Беларусь.
3. Что такое статут правоотношения? Перечислите все известные вам статуты.
4. Что такое сфера применения коллизионной нормы? Как она определяется?

Список литературы

Ануфриева, Л. П. Международное частное право : учебник : в 3 т. / Л. П. Ануфриева. М. : БЕК, 2002. Т. 1 : Общая часть.

Асосков, А. В. Понятие и классификация коллизионных норм с множественностью привязок / А. В. Асосков // Вестн. граждан. права. 2010. № 3. С. 4—32.

Асосков, А. В. Основы коллизионного права / А. В. Асосков. М. : Инфотропик-Медиа, 2012.

ГЛАВА 5
ОСНОВНЫЕ ТИПЫ КОЛЛИЗИОННЫХ ПРИВЯЗОК

5.1. Классификация коллизионных привязок

Классические типы коллизионных привязок начали формироваться в эпоху постглоссаторов и были оформлены в систему в трудах Ф. К. фон Савиньи. К ним традиционно принято относить:

- личный закон физического лица (*lex personalis*);
- личный закон юридического лица (*lex societatis*);
- закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*);
- закон, избранный сторонами правоотношения (*lex voluntatis*);
- закон страны продавца (*lex venditoris*);
- закон места совершения акта (*lex loci actus*), который конкретизируется:
  в законе места заключения сделки *(lex loci contractus)*,
  законе места исполнения обязательства *(lex loci solutionis)*,
  законе места совершения брака *(lex loci celebrationis)*,
  законе места причинения вреда *(lex loci dilicti commissi)*;
- закон места работы (*lex loci laboris*);
- закон флага (*lex flagi, lex banderae*);
- закон страны суда (*lex fori*);
- закон, регулирующий существо отношений (*lex causae*).

В последнее время в международном частном праве можно выделить новые направления в развитии типов коллизионных привязок, что обусловлено:

- укреплением позиций гибких формул прикрепления;
- распространением сферы действия принципа автономии воли на отношения, отличные от договорных;
- возникновением ранее неизвестных формул прикрепления и дифференциацией привязок.

5.2. Виды коллизионных привязок

5.2.1. Личный закон физического лица

Личный закон физического лица (*lex personalis*) — формула прикрепления, которая применяется для определения права, регулирующего право- и дееспособность физических лиц, вопросы личных прав (право на имя, честь и др.), а также права физических лиц в сфере брачно-семейных и наследственных отношений.

Личный закон физического лица может быть представлен в виде ***закона гражданства*** (*lex patriae, lex nationalis*), т. е. права государства, гражданином которого является лицо, либо ***закона постоянного места жительства*** (*lex domicilii*), т. е. права государства, на территории которого лицо имеет постоянное место жительства. Закон гражданства действует в большинстве стран континентальной Европы, некоторых латиноамериканских (Куба, Панама, Гондурас) и арабских (Алжир, Египет) государствах, в то время как закон постоянного места жительства используется в странах общего права, ряде латиноамериканских стран (Аргентина, Бразилия, Венесуэла, Гватемала), а также Норвегии, Дании и Исландии.

В настоящее время *прослеживается тенденция к возникновению смешанной системы личного закона в зависимости от статуса физического лица*. В большинстве гражданских кодексов стран СНГ личным законом физического лица выступает право государства, гражданином которого это лицо является; для лица без гражданства — право государства, в котором это лицо постоянно проживает; беженца — право государства, предоставившего убежище (ст. 1103 ГК Республики Беларусь, ст. 1195 ГК Российской Федерации, ст. 1094 ГК Республики Казахстан, ст. 1177 ГК Кыргызской Республики, ст. 1200 ГК Республики Таджикистан). Смешанную систему закона физического лица можно видеть в международных конвенциях (ст. 23 Минской конвенции и ст. 26 Кишиневской конвенции).

В ряде зарубежных государств законодательно закреплены *изъятия из применения личного закона* физического лица:

- гражданская дееспособность физического лица в отношении сделок и обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, регулируется, как правило, двусторонней коллизионной привязкой — правом страны места совершения сделок или возникновения обязательств из причинения вреда (п. 3 ст. 1095 ГК Республики Казахстан, п. 3 ст. 1178 ГК Кыргызской Республики, п. 3 ст. 1201 ГК Республики Таджикистан). В Беларуси имеет место односторонняя формула прикрепления — п. 3 ст. 1104 ГК Республики Беларусь;
- способность физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, быть индивидуальным предпринимателем и иметь связанные с этим права и обязанности регламентируется правом страны, где физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя, а при отсутствии страны регистрации применяется право страны основного места осуществления индивидуальной предпринимательской деятельности (п. 4 ст. 1104 ГК Республики Беларусь, п. 4 ст. 1095 ГК Республики Казахстан, п. 4 ст. 1178 ГК Кыргызской Республики, п. 4 ст. 1201 ГК Республики Таджикистан);
- признание физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным, безвестно отсутствующим или умершим регулируется *lex fori* (п. 5 ст. 1104 ГК Республики Беларусь, п. 5 ст. 1095 ГК Республики

Казахстан, п. 5 ст. 1178 ГК Кыргызской Республики) или правом отечественного государства (п. 6 ст. 1201 ГК Республики Таджикистан).

Целесообразно отметить, что принцип гражданства является более стабильным. В свою очередь закон домицилия отражает реальную связь лица с государством, на территории которого он имеет постоянное место жительства (особую актуальность закон домицилия приобретает в случае, когда иностранное лицо длительное время проживает на территории иностранного государства и не имеет намерения возвращаться на родину). В то же время недостатком закона домицилия может быть сложность его определения (необходимо отличать от простого местопребывания), а также возможность использования механизма обхода закона (домицилий изменить значительно легче, чем гражданство).

5.2.2. Личный закон юридического лица

Личный закон юридического лица (*lex societatis*) — формула прикрепления, которая определяет вопросы личного статуса, организационно-правовой формы, объема правоспособности, порядка регистрации и ликвидации, требования к наименованию юридического лица.

Принято выделять четыре теории определения личного закона юридического лица: инкорпорации, оседлости, центра эксплуатации и контроля.

Теория инкорпорации, или учреждения юридического лица, характерна для ряда государств, среди которых Республика Беларусь (ст. 1111 ГК), Республика Казахстан (ст. 1100 ГК), Кыргызская Республика (ст. 1184 ГК), Республика Молдова (ст. 1596 ГК), Республика Таджикистан (ст. 1206 ГК), страны общего права, а также некоторые государства Латинской Америки (Бразилия, Венесуэла). В п. 3 ст. 23 Минской конвенции, п. 3 ст. 26 Кишиневской конвенции, п. «а» ст. 11 Киевского соглашения 1992 г. также используется данная формула прикрепления в отношении правоспособности юридического лица. Принцип инкорпорации действует и в отношении транснациональных корпораций. Согласно Конвенции о транснациональных корпорациях 1998 г. порядок регистрации (ст. 4), структура управления (ст. 6), представление отчетности корпорации (ст. 10), порядок ликвидации (ст. 10) определяются по праву страны места регистрации корпорации.

Закон инкорпорации определяется *по праву страны, где учреждено юридическое лицо*. Данный критерий удобен в применении, поскольку у юридического лица может быть только одно место регистрации, которое легко установить. Недостатком является возможность применения обхода закона при поиске более благоприятного места для регистрации (а затем и осуществления деятельности) юридического лица.

Личный закон юридического лица в государствах, где законодательно закреплена *теория оседлости или нахождения административного цен-*

тра, определяется по *праву страны, где расположены органы управления юридического лица*. Применяется в Австрии, Бельгии, Испании, Франции, Украине, Египте, ОАЭ.

Теория центра эксплуатации или места осуществления основной хозяйственной деятельности используется в развивающихся странах (Индии, Пакистане) для привлечения иностранных инвестиций и осуществления контроля за деятельностью юридических лиц с иностранным участием. В данном случае личный закон определяется по *праву государства, где находится центр эксплуатации юридического лица* или *праву государства, где осуществляется основная хозяйственная деятельность юридического лица*.

Теория контроля впервые была применена в 1916 г. в деле Daimler Co v. Continental Tyre and Rubber Co для установления национальности компании, учрежденной в Англии, абсолютное большинство акций которой (24 999 из 25 000) принадлежало немецким гражданам и только 1 акцией владел британский подданный.

Данная теория имеет место в п. «b» п. 2 ст. 25 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г.: «термин юридическое лицо другого Договаривающегося государства означает любое юридическое лицо, которое имело национальность иного Договаривающегося государства, нежели государство, являющееся Стороной в споре, на день, когда Стороны согласились передать такой спор на примирение или арбитраж, и любое юридическое лицо, которое на этот день имело национальность Договаривающегося государства, являющегося Стороной в споре, но которое ввиду иностранного контроля Стороны согласились рассматривать как юридическое лицо другого Договаривающегося государства по смыслу настоящей Конвенции».

В настоящее время появилась тенденция *к смешанному использованию критериев личного закона юридического лица*. Например, согласно ст. 25 Закона Украины «О международном частном праве» личным законом юридического лица является *право государства его местонахождения*. Для целей данного Закона местонахождением юридического лица является государство, в котором юридическое лицо зарегистрировано или иным образом создано в соответствии с правом этого государства (т. е. используется теория инкорпорации). При отсутствии таких условий или если их невозможно установить, применяется *право государства, в котором находится исполнительный орган управления юридического лица* (т. е. речь идет о теории оседлости). В соответствии со ст. 25 Закона 1995 г. «Реформа итальянской системы международного частного права» деятельность обществ, ассоциаций, фондов и любых иных организаций как публичного, так и частного характера, в том числе не имеющих корпоративной основы, регулируется

правом государства, на территории которого был завершен процесс их учреждения. Однако в случае, если орган управления организации находится в Италии или же в Италии осуществляется основной вид деятельности такой организации, применяется итальянское право.

5.2.3. Закон места нахождения вещи

Закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*) — формула прикрепления, которая применяется в отношении права собственности и других вещных прав, а также наследования и договорных обязательств (если предметом является недвижимое имущество).

Первоначально закон места нахождения вещи применялся только в отношении недвижимого имущества. Движимое имущество регламентировал личный закон собственника, поскольку считалось, что вещь следует за лицом. Постепенно наметилась тенденция к отказу от этого принципа в пользу более удобного в применении закона места нахождения вещи.

Согласно ст. 20.1 Закона Азербайджанской Республики «О международном частном праве», п. 1 ст. 1119 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 1107 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 1193 ГК Кыргызской Республики, п. 1 ст. 1213 ГК Республики Таджикистан право собственности и другие вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются *по праву страны, где это имущество находится*, если иное не предусмотрено законодательными актами.

Из вышеупомянутого правила существует ряд изъятий:

- право собственности и иные вещные права на транспортные средства и иное имущество, подлежащие внесению в государственные реестры, определяются по праву страны, где эти транспортные средства или имущество зарегистрированы (ст. 1121 ГК Республики Беларусь, ст. 1109 ГК Республики Казахстан, ст. 1195 ГК Кыргызской Республики, ст. 22.1 Закона Азербайджанской Республики «О международном частном праве», ст. 40 Закона Украины «О международном частном праве»);
- если иное не установлено соглашением сторон, право собственности и другие вещные права на движимое имущество, находящееся в пути по сделке, определяются по праву страны, из которой это имущество отправлено (ст. 1122 ГК Республики Беларусь, ст. 1110 ГК Республики Казахстан, ст. 1196 ГК Кыргызской Республики). В ряде стран, например Азербайджане (ст. 22.2 Закона «О международном частном праве»), право собственности и другие вещные права на имущество, находящееся в пути, регулируется правом страны места назначения, если иное не установлено соглашением сторон. Второй подход применяется для дополнительной защиты слабой стороны правоотношения, т. е. получателя имущества;

• возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки, определяются по праву места совершения сделки (п. 1 ст. 1120 ГК Республики Беларусь) или по праву страны, которому подчинена данная сделка (п. 2 ст. 1108 ГК Республики Казахстан, п. 2 ст. 1194 ГК Кыргызской Республики, п. 2 ст. 1214 ГК Республики Таджикистан). В Законе Азербайджанской Республики «О международном частном праве» и Законе Украины «О международном частном праве», например, такого изъятия не содержится: применяется право государства места нахождения имущества.

Закон места нахождения имущества, а также изъятия из данной формулы прикрепления применяются в ряде конвенций: ст. 11 Киевского соглашения 1992 г., ст. 38 Минской конвенции, ст. 41 Кишиневской конвенции.

5.2.4. Закон, избранный сторонами правоотношения (*lex voluntatis*)

Заключается в применении права страны, которое стороны выберут для регулирования частноправовых отношений (автономия воли сторон). Автономия воли сторон бесспорно применяется для регулирования договорных отношений, а в настоящее время имеет место тенденция ее распространения на брачно-семейные отношения и внедоговорные обязательства.

Существует две теории автономии воли сторон. В большинстве государств используется абсолютная, или неограниченная, автономия воли сторон, которая предполагает возможность выбора права любого государства к частноправовым отношениям. Для сравнения: в ряде стран (например, странах общего права) принцип автономии воли сторон ограничен правом государства, с которым правоотношение имеет связь (теория «ограниченной» автономии воли сторон).

В Республике Беларусь отношение к автономии воли сторон очень либерально. Так, ст. 1124 ГК Республики Беларусь наделяет стороны договора правом выбрать применимое право к договору, если это не противоречит законодательству. Стороны договора могут избрать применимое право любого государства или совокупность правовых норм (международные соглашения, *lex mercatoria* и др.); во время заключения договора или в последующем (т. е. в любое время); для всего договора в целом или отдельных его частей; в письменной или устной форме (необходимо, чтобы соглашение сторон было явно выражено или прямо вытекало из условий договора и обстоятельств дела, рассматриваемых в их совокупности).

ГК Республики Беларусь предусматривает *ограничение автономии воли* сторон лишь *в отношении договоров, предметом которых является недвижимость, а также договоров о доверительном управлении имуществом*, к ним применяется право местонахождения этого имущества (п. 2 ст. 1125);

а также *в отношении договора о создании юридического лица с иностранным участием*: применяется право страны, где учреждено юридическое лицо (ст. 1126).

Принцип автономии воли сторон закреплен в Конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров 1955 г., Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г., Регламентах «Рим I», «Рим II», «Рим III», Минской конвенции, Кишиневской конвенции, Киевском соглашении. Международные соглашения закрепляют различные средства выражения согласия сторон на выбор применимого права: воля, явно выраженная в договоре или прямо вытекающая из условий договора, поведение сторон, совокупность обстоятельств дела.

В настоящее время допускается *распространение автономии воли сторон на семейные правоотношения*. В КоБС Республики Беларусь отсутствуют коллизионные нормы, регулирующие право, применимое к брачному договору, личным неимущественным и имущественным отношениям супругов, алиментным обязательствам, договору суррогатного материнства, в то время как, например, в ст. 161 СК Российской Федерации не только указывается ряд коллизионных привязок к брачному договору и соглашению об уплате алиментов, но и предоставляется возможность супругам, не имеющим общего гражданства или совместного места жительства, избрать право, подлежащее применению для определения их прав и обязанностей по брачному договору и соглашению об уплате алиментов.

В силу того что белорусское законодательство о браке и семье не имеет специального коллизионного регулирования в отношении брачного договора, соглашения об алиментах, соглашения о детях и договора суррогатного материнства, а также на основании ч. 5 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь, можно сделать вывод, что к договорным обязательствам в указанных выше отношениях с участием иностранного элемента могут применяться общие коллизионные нормы, регулирующие договорные отношения.

Регламент «Рим III» в ст. 5 предусматривает возможность выбора супругами права при расторжении брака из ограниченного перечня. В законодательстве стран СНГ выбор права при расторжении брака допускается лишь Законом Украины «О международном частном праве» (ст. 63).

В национальном законодательстве зарубежных государств в области семейных отношений применение *lex voluntatis* также допускается по вопросам последствий брака (ст. 60 и 61 Закона Украины «О международном частном праве»; ст. 14 и ст. 15 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению).

Распространение автономии воли сторон на *внедоговорные отношения* имеет место в международных актах. Например, в ст. 14 Регламента «Рим II» закреплено, что стороны могут избрать применимое право к внедоговорным обязательствам посредством соглашения, заключенного после события, которое повлекло наступление вреда, или если все стороны правоотношения

осуществляют коммерческую деятельность — путем соглашения, заключенного до момента наступления события, повлекшего наступление вреда. В национальном праве ряда зарубежных государств также допускается применение *lex voluntatis* к внедоговорным обязательствам. Так, в ст. 32 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве» предусмотрено, что стороны могут в любое время после наступления события, повлекшего наступление вреда, выбрать в качестве применимого права *lex fori*.

5.2.5. Закон места совершения акта

Закон места совершения акта (*lex loci actus*) является обобщенной формулой прикрепления, которая означает применение права страны, на территории которой имел место частноправовой акт. В зависимости от этого *lex loci actus* конкретизируется в ряде коллизионных привязок:

- законе места заключения сделки (*lex loci contractus*);
- законе места исполнения обязательства (*lex loci solutionis*);
- законе места совершения брака (*lex loci celebrationis*);
- законе места причинения вреда (*lex loci dilicti commissi*).

5.2.6. Закон места заключения сделки

Закон места заключения сделки (*lex loci contractus*) — коллизионная привязка, используемая в сфере договорных отношений. Применение *lex loci contractus* затруднительно в случае заключения договора посредством современных средств связи (телеграф, телетайп, факс, электронная почта), по переписке. Сложность в применении рассматриваемой формулы прикрепления в том, что законодательство зарубежных государств по-разному определяет место совершения сделки. В США, Великобритании, Индии и Японии используется теория «почтового ящика», согласно которой сделка считается заключенной в месте отправления акцепта. В большинстве государств континентальной Европы (в том числе и Республике Беларусь) сделка является совершенной в месте получения акцепта (аналогичный принцип закреплен в Конвенции Организации Объединенных Наций «О договорах международной купли-продажи товаров» 1980 г.). Так, если акцепт будет отправлен из Японии в Беларусь, то согласно праву Японии сделка будет совершена в Японии, а в соответствии с законодательством Беларуси — в Беларуси. Если акцепт отправлен из Беларуси в Японию, то в соответствии с правом Японии сделка совершена в Беларуси, а согласно законодательству Беларуси — в Японии. Поэтому в сложившейся ситуации ключевой момент — суд какого государства будет рассматривать спор, поскольку он будет применять коллизионные нормы места рассмотрения спора.

Закон места заключения сделки становится малоприменим не только из-за трудности определения места совершения сделки, но и в связи с тем,

что сделка далеко не всегда имеет реальную связь с местом ее совершения. Например, по праву Беларуси (п. 2 п. 3 ст. 1125 ГК) сделка, заключаемая между юридическими лицами Беларуси и Великобритании на бирже в Германии, будет считаться заключенной в Германии.

В белорусском праве закон места заключения сделки используется в ряде случаев.

Во-первых, при определении формы сделки (п. 1 ст. 1116 ГК). Исключение составляет коллизионная норма для определения формы сделки в отношении недвижимого имущества, которая подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое зарегистрировано в Республике Беларусь, — праву Республики Беларусь (п. 3 ст. 1116 ГК).

Во-вторых, при определении формы и срока действия доверенности (ст. 1117 ГК).

В-третьих, для определения возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки (п. 1 ст. 1120 ГК).

При определении формального статута целесообразно использовать альтернативные формулы прикрепления, примером чего может послужить ст. 11 Регламента «Рим I», где кроме *lex loci contractus* допускается применение *lex causae*, а также право местонахождения или местожительства каждой из сторон договора.

Закон места заключения сделки используется в качестве основного субсидиарного правила определения права, применимого к существу сделки (ст. 41 Минской конвенции, ст. 44 Кишиневской конвенции, пп. «е» ст. 11 Киевского соглашения). Такой подход 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).

5.2.7. Закон места исполнения обязательства

Закон места исполнения обязательства (*lex loci solutionis*) представляет собой коллизионную привязку, которая означает применение права страны, где подлежит исполнению обязательство, вытекающее из договора. Например, в национальном законодательстве государств *lex loci solutionis* закреплен в качестве субсидиарной формулы прикрепления в отношении приемки исполнения по договору — п. 5 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, п. 5 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, п. 6 ст. 1219 ГК Республики Таджикистан.

В доктрине международного частного права разновидностью *lex loci solutionis* выступает концепция решающего исполнения (п. 4 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, п. 4 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, п. 5 ст. 1219 ГК Республики Таджикистан).

5.2.8. Закон места совершения брака

Закон места совершения брака (*lex loci celebrationis*) используется исключительно в брачно-семейных отношениях и означает применение права страны, на территории которой заключен брак.

В большинстве государств *lex loci celebrationis* применяется только в отношении *формы заключения брака* (ст. 146.1 СК Азербайджанской Республики, ч. 1 ст. 75 Кодекса Болгарии «О международном гражданском праве», ч. 1 ст. 155 СК Республики Молдова, ч. 1 ст. 163 СК Кыргызской Республики, ч. 1 ст. 156 СК Российской Федерации, ч. 1 ст. 167 СК Республики Таджикистан, ч. 1 ст. 195 СК Туркменистана, ст. 56 Закона Украины «О международном частном праве»). Однако в ряде стран — и к *материальным условиям вступления в брак* (ст. 141 СК Республики Армения, ст. 229[1] КоБС, ст. 228 КоБС Республики Казахстан, ч. 1 ст. 44 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве», ч. 2 ст. 24 Акта Японии «Об общих правилах применимого права»), что означает соблюдение условий, формы и порядка, установленных законом.

Закон места совершения брака удобен в использовании, однако порождает ряд проблем, если применяется к материальным условиям вступления в брак. Во-первых, *lex loci celebrationis* может способствовать обходу закона, так как вступающие в брак лица могут заключить брак в государстве, право которого не предусматривает препятствия к его заключению, установленные национальным правом указанных лиц. Во-вторых, закон места совершения брака способствует возникновению «хромающих отношений», поскольку брак, заключенный за границей, не всегда будет признан в государствах гражданства лиц, вступивших в такой брак. Представляется, что применение *lex loci celebrationis* к материальным условиям вступления в брак может быть оправданно, если речь идет о схожих правовых системах. Примером может послужить заключенная Скандинавскими странами в 1931 г. Конвенция о международном частном праве брака, усыновления и опеки. Таким образом, данный подход может быть сохранен в рамках региональной унификации.

5.2.9. Закон места причинения вреда

Закон места причинения вреда (*lex loci delicti commissi*) применяется к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда.

Проблема применения *lex loci delicti commissi* — в неоднозначном понимании понятия «*место причинения вреда*» в законодательстве ино-

странных государств. Согласно подходу, закрепленному в п. 1 ст. 1129 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 1117 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 1225 ГК Республики Таджикистан, под *местом причинения вреда понимается место, где было совершено действие, послужившее основанием для требования возмещения вреда*.

В соответствии с другим подходом — *право страны, где наступает вред, независимо от того, в какой стране произошел юридический факт, влекущий наступление вреда, и в какой стране или в каких странах наступают косвенные последствия данного юридического факта* (п. 1 ст. 4 Регламента «Рим II»).

Закон места причинения вреда является основной, но не единственной коллизионной привязкой в отношении внедоговорных обязательств. Специальные формулы прикрепления, отличные от *lex loci delicti commissi*, применяются для случаев ответственности за вред, причиненный: дорожно-транспортным происшествием; недостатками товаров, работ и услуг; недобросовестной конкуренцией и действиями, ограничивающими свободную конкуренцию; посягательством на честь и достоинство. Закон места причинения вреда закреплен в Конвенции «О праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям» 1971 г., Конвенции «О праве, применимом к ответственности изготовителя» 1973 г., Киевском соглашении, Минской и Кишиневской конвенциях.

5.2.10. Закон затронутого рынка

Закон затронутого рынка (*lex injuriae*) применяется как специальная коллизионная привязка для определения права, применимого к обязательствам в сфере недобросовестной конкуренции. Единственным международным документом, содержащим данную привязку, является Регламент «Рим II» (ч. 3 ст. 6).

В национальном законодательстве закон затронутого рынка закреплен, например, в ст. 136 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве», ст. 1228 ГК Республики Таджикистан, ст. 1222 ГК Российской Федерации.

5.2.11. Закон страны продавца

Закон страны продавца (*lex venditoris*) представляет *право страны, где осуществляет основную коммерческую деятельность* (*находится*) *продавец*. В доктрине международного частного права принято рассматривать закон страны продавца в узком и широком смысле. В *узком смысле lex venditoris* применяется только к договорам купли-продажи, такой подход закреплен, например, в Конвенции «О праве, применимом к международной

купле-продаже товаров» 1955 г. и Конвенции «О праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров» 1986 г. В *широком смысле* закон страны продавца означает применение к договору права страны, где осуществляет основную деятельность (находится) сторона, чье исполнение по договору имеет решающее значение для содержания договора (в данном случае речь идет не только о договоре купли-продажи, а также договоре подряда, аренды, ссуды, поручения и т. д.). В таком виде *lex venditoris* закреплен, например в Регламенте «Рим I».

В национальном законодательстве зарубежных государств первоначально использовался закон страны продавца в узком смысле. В настоящее время наблюдается тенденция применения *lex venditoris* в широком смысле.

В белорусском праве закон страны продавца (в широком смысле) нашел отражение в п. 1 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, где названы 15 видов договоров с указанием для каждого из них стороны, которая осуществляет решающее исполнение:

1) право продавца — в договоре купли-продажи;
2) право арендодателя — в договоре аренды;
3) право ссудодателя — в договоре ссуды;
4) право комиссионера — в договоре комиссии;
5) право поверенного — в договоре поручения;
6) право поручителя — в договоре поручительства;
7) право дарителя — в договоре дарения;
8) право подрядчика — в договоре подряда;
9) право перевозчика — в договоре перевозки;
10) право экспедитора — в договоре экспедиции;
11) право хранителя — в договоре хранения;
12) право залогодателя — в договоре залога;
13) право страховщика — в договоре страхования;
14) право заимодавца — в договоре займа;
15) право лицензиара — в лицензионном договоре о пользовании исключительными правами.

В отношении договоров, которые не вошли в указанный выше перечень, применяется право страны, где имеет основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора (п. 1 ст. 1125 ГК Республики Беларусь).

5.2.12. Закон места работы

Закон места работы (*lex loci laboris*) — формула прикрепления, которая используется для решения коллизии законов в сфере трудовых отношений. В законодательстве зарубежных стран, а также в наднациональном праве (ст. 8 Регламента «Рим I») *lex loci laboris* выражен как закон страны, в кото-

рой работник обычно выполняет свою работу; закон страны, где наниматель осуществляет предпринимательскую деятельность. Более того, Регламент «Рим I» допускает применение автономии воли сторон к индивидуальным трудовым договорам.

В белорусском праве вопросы трудовых отношений решаются по односторонней коллизионной привязке, т. е. применяется право Республики Беларусь.

Исключениями из трудовых отношений, которые не регулируются *lex loci laboris*, являются:

- трудовые отношения лиц, работающих на воздушных и водных судах;
- трудовые отношения, связанные с работой в зарубежных командировках;
- трудовые отношения граждан, работающих в международных организациях, дипломатических представительствах и консульских учреждениях.

5.2.13. Закон флага

Закон флага (*lex flagi, lex banderae*) означает *право страны, флаг которой несет судно*.

Закон флага используется в отношении водных, воздушных и космических судов. Законом флага регулируются вопросы права собственности и иных вещных прав на судно, правовое положение членов экипажа, пределы ответственности судовладельца и др. Закон флага нашел отражение в Кодексе торгового мореплавания Республики Беларусь.

5.2.14. Закон валюты долга

Закон валюты долга не является общепризнанной коллизионной привязкой. Тем не менее ее применение возможно в ряде случаев. В качестве примера можно привести п. 2 ст. 7.4.9. Принципов УНИДРУА, который ориентирует на субсидиарное применение права государства валюты платежа при определении размера процентов годовых при несвоевременном исполнении денежного обязательства.

5.2.15. Закон государства места возбуждения производства

Закон государства места возбуждения производства (*lex fori concursus*) определяет право государства, в котором возбуждена процедура банкротства должника.

Lex fori concursus регламентирует:

- категории должников, подпадающих под банкротство;
- условия (признаки) несостоятельности;

• права, обязанности и ответственность должника, кредиторов, управляющего, иных лиц, участвующих в процедурах;
• состав конкурсной массы;
• правила проведения процедур банкротства;
• последствия открытия процедур;
• порядок предъявления, проверки (установления) и учета требований;
• очередность требований кредиторов;
• специальные правила признания сделок недействительными;
• условия и последствия завершения процедур несостоятельности;
• права кредиторов после завершения производства по делу о несостоятельности.

Lex fori concursus не единственная коллизионная норма, определяющая применимое право к правоотношениям трансграничной несостоятельности. За пределами закона государства места возбуждения производства находятся случаи, когда к требованию кредитора применяется иностранное право (на стадии установления требования), а также самостоятельные правоотношения, осложненные иностранным элементом, возникающие для достижения целей процедуры банкротства. Действие статута трансграничного банкротства может быть ограничено правом, применимым к вещным правам, трудовым отношениям, договорам о недвижимом имуществе. Разрешение коллизий между *lex fori concursus* и другими статутами производится исходя из характера отношений, их связи с процедурой банкротства.

5.2.16. Закон, избранный арбитрами

Закон, избранный арбитрами, (*lex arbitri*) означает *право страны, которое состав арбитража считает целесообразным применить в случае, если стороны не избрали применимое право*.

До возникновения *lex arbitri* использовался закон места проведения арбитража, который в настоящее время закреплен в п. 1 (d) ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

Закон, избранный арбитрами, нашел отражение в национальном законодательстве зарубежных стран и положениях международных договоров (например, ст. 44 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г.).

В Республике Беларусь привязка *lex arbitri* закреплена в ч. 2 ст. 36 Закона «О международном арбитражном (третейском) суде»: если стороны не договорились об ином, состав международного арбитражного суда применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Рассматриваемая привязка также закре-

плена в ст. 187 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве» с тем отличием, что в случае отсутствия автономии воли сторон применяется право, наиболее тесно связанное с правоотношением, которое, в свою очередь, определяет арбитраж.

5.2.17. Закон наиболее тесной связи

Закон наиболее тесной связи (*proper law*) означает применение права страны, с которым правоотношение имеет более тесную связь. Рассматриваемая коллизионная привязка возникла в странах общего права, но с течением времени получила распространение в государствах континентальной Европы, а также в международных договорах.

Сфера применения закона наиболее тесной связи довольно широка: договорные, внедоговорные и брачно-семейные отношения. Критерий наиболее тесной связи применяется при определении личного закона лица, имеющего два или более гражданств (ч. 2 ст. 23 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве», п. 1 ст. 1103 ГК Республики Беларусь). Согласно ч. 1 ст. 38 Акта Японии «Об общих правилах применимого права» 1898 г. закон наиболее тесной связи применяется в том случае, если лицо не проживает постоянно в том государстве, одно из гражданств которого оно имеет. В аналогичной ситуации в Законе Украины «О международном частном праве» предусмотрено, что правом государства наиболее тесной связи признается право государства, где лицо имеет местожительство или занимается основной деятельностью (ч. 2 ст. 16).

Законодательная регламентация закона наиболее тесной связи в договорных отношениях. Регламент «Рим I» закрепляет закон наиболее тесной связи, например, в ч. 4 ст. 4 (право, подлежащее применению при отсутствии выбора), ч. 3 ст. 5 (договоры перевозки), абз. 2 ч. 2 ст. 7 (договоры страхования), ч. 4 ст. 8 (индивидуальные трудовые договоры). В национальном законодательстве также содержится рассматриваемая формула прикрепления. Например, в ч. 1 ст. 117 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве» и ст. 30 Закона Венесуэлы «О международном частном праве» указано, что в случае отсутствия выбора права сторонами договорные отношения регулируются правом государства, с которым договор имеет более тесную связь. При этом в ч. 2 ст. 117 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве» поясняется, что наиболее тесная связь существует с тем государством, где имеет постоянное место жительства сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, или где она ведет свою коммерческую деятельность. В то же время Закон Венесуэлы «О международном частном праве» отдает решение вопроса по определению такого права на усмотрение судьи, который должен при этом учитывать положения договора (ст. 30). Закон Эстонии

«О международном частном праве» в ч. 3 § 35 предусматривает в качестве субсидиарной формулы прикрепления к отношениям, вытекающим из трудового договора, право наиболее тесной связи.

Законодательная регламентация закона наиболее тесной связи во внедоговорных отношениях. Регламент «Рим II» закрепляет закон наиболее тесной связи, в частности в ч. 3 ст. 4 (общие правила), ч. 2 ст. 5 (ответственность за продукцию), ч. 4 ст. 10 (неосновательное обогащение), ч. 4 ст. 11 (ведение дел без поручения), п. «c» ч. 2 ст. 12 (внедоговорное обязательство, возникающее вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора). В национальном праве рассматриваемая привязка также нашла отражение, в частности в § 53 Закона Эстонии «О международном частном праве», § 104 Кодекса Бельгии «О международном частном праве». Однако если в Законе Эстонии «О международном частном праве» закон наиболее тесной связи применяется как субсидиарная формула прикрепления, то в Кодексе Бельгии «О международном частном праве» — в качестве генеральной, при этом в § 104 указанного закона разъясняется, что внедоговорное обязательство, если не доказано иное, имеет более тесную связь с государством, на территории которого было совершено действие, повлекшее вред.

Законодательная регламентация закона наиболее тесной связи в брачно-семейных отношениях. Так как унификация в данной сфере происходит крайне медленно, рассматриваемая формула прикрепления в настоящее время содержится исключительно в национальном законодательстве зарубежных государств. Так, закон наиболее тесной связи применяется субсидиарно к правовым последствиям брака (ст. 25 Акта Японии «Об общих правилах применимого права», ч. 4 § 57 Закона Эстонии «О международном частном праве», ч. 1 ст. 60 Закона Украины «О международном частном праве»), установлению родства с лицами одного пола (ст. 62 Кодекса Бельгии «О международном частном праве»).

5.2.18. Закон, наиболее благоприятный для сторон

Закон, наиболее благоприятный для сторон, (*lex benignitatis*) означает применение *права государства, наиболее благоприятное для стороны правоотношения*. Формула прикрепления, являясь гибкой коллизионной нормой, регулирует в основном брачно-семейные отношения и направлена на защиту слабой стороны правоотношения, которой может быть ребенок или лицо, нуждающееся в материальной или иной помощи.

Закон, наиболее благоприятный для сторон, закреплен как в международных договорах, так и в национальном законодательстве.

На международном уровне *lex benignitatis* содержится в двусторонних договорах. Например, в ст. 28/B Договора с Венгрией данная привязка при-

меняется к правоотношениям между ребенком, родившимся от лиц, не состоящих в зарегистрированном браке, и его матерью или отцом.

В национальном законодательстве *lex benignitatis* субсидиарно применяется к правам и обязанностям родителей и детей (ст. 66 Закона Украины «О международном частном праве», опеке и попечительству (п. 3 ст. 1109 ГК Республики Беларусь), установлению происхождения ребенка (ч. 1 ст. 3091 ГК Квебека).

5.2.19. Закон страны суда

Закон страны суда (*lex fori*) означает *право страны, где рассматривается частноправовой спор*. Обращение к закону страны суда может достигаться посредством прямого указания на данную формулу прикрепления в коллизионной норме (например, п. 5 ст. 1104, ст. 1105 ГК Республики Беларусь) или путем применения односторонних коллизионных норм (например, п. 2 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, ч. 1 ст. 229 КоБС Республики Беларусь).

Применение права страны суда удобно для судей (применимым правом является национальное право судьи), но использование *lex fori* не должно носить массового характера при разрешении коллизионных проблем (злоупотребление применением закона страны суда противоречит сущности международного частного права).

5.2.20. Закон, регулирующий существо отношений

Закон, регулирующий существо отношений (*lex causae*). Нередко возникает вопрос о соотношении *lex causae* и *lex fori*. Приведем пример закрепления *lex causae* в коллизионных нормах Республики Беларусь.

Согласно ст. 1118 ГК Республики Беларусь исковая давность определяется по праву страны, применяемому для регулирования *соответствующего отношения*. Так, при рассмотрении спора белорусский суд вначале применит коллизионную норму об исковой давности, закрепленную в ГК (т. е. применит *lex fori*), а затем на основании закона страны суда и обстоятельств конкретного дела отыщет *lex causae*. Если речь идет об исковой давности в области внедоговорных отношений, то, соответственно, суд применит коллизионную норму, регулирующую внедоговорные обязательства (в данном случае ст. 1129 ГК Республики Беларусь).

Критика «жесткости» классических коллизионных начал подвигла на создание нового поколения коллизионных правил — гибких коллизионных норм, четко не указывающих на применимое право, но учитывающих конкретные фактические обстоятельства дела и, как правило, применяющихся субсидиарно.

Вопросы для самоконтроля

1. Назовите основные типы коллизионных привязок.
2. Что представляет собой смешанная система личного закона? Приведите примеры.
3. Назовите изъятия из сферы применения формулы прикрепления «закон места нахождения вещи».
4. Какова сфера расширения автономии воли?
5. Приведите примеры гибких коллизионных привязок. Каково их отличие от жестких коллизионных привязок?

Список литературы

Анцух, Н. С. Коллизионные привязки в брачно-семейной сфере: новые подходы в законодательстве стран СНГ / Н. С. Анцух // Журн. междунар. права и междунар. отношений. 2013. № 4. С. 13—16.

Байбороша, Н. С. Классические типы коллизионных привязок / Н. С. Байбороша // Журн. междунар. права и междунар. отношений. 2011. № 4. С. 18—24.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право : учебник / Н. Ю. Ерпылева. М. : Юрайт, 2011.

Леанович, Е. Б. Международное частное право : учеб. пособие / Е. Б. Леанович. Минск : ИВЦ Минфина, 2008.

ГЛАВА 6
МЕХАНИЗМЫ ПРИМЕНЕНИЯ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ

6.1. Взаимность и реторсии в международном частном праве

6.1.1. Применение института взаимности

Истоки **института взаимности** лежат в глубокой древности: в римском праве действовал принцип *do ut des* (даю, чтобы ты дал), который лег в основу данного института на современном этапе. В настоящее время в доктрине не выработано единого определения взаимности.

Институт взаимности рассматривается в материально-правовом и коллизионно-правовом аспектах.

В *материально-правовом плане* принято выделять два вида взаимности: материальную взаимность (относительно вопросов правового статуса иностранных субъектов); формальную взаимность.

Под *материальной взаимностью* понимается предоставление иностранным субъектам государства таких же прав, которыми пользуются отечественные субъекты на территории этого иностранного государства. В качестве примера можно привести ст. 11 ГК Франции, где устанавливается, что иностранец пользуется во Франции такими же гражданскими правами, которые предоставляются французам по договору с государством, национальную принадлежность которого имеет этот иностранец. Очевидно, что различия в национальном праве зарубежных государств ограничивают широкое применение материальной взаимности.

Формальная взаимность, которая на практике преобладает над использованием материальной взаимности, означает предоставление иностранным субъектам такого же правового режима, которым пользуются отечественные граждане в своем государстве. Объем правомочий иностранных субъектов в рамках таких режимов определяется внутренним правом соответствующего государства. Приведем пример из законодательства иностранного государства, который отражает использование формальной взаимности. Согласно п. 2 ст. 69 Федерального закона Российской Федерации «О связи» иностранные организации или иностранные граждане, осуществляющие деятельность в области связи на территории Российской Федерации, пользуются правовым режимом, установленным для граждан Российской Федерации и российских организаций в той мере, в какой указанный режим предостав-

ляется соответствующим государством гражданам Российской Федерации и российским организациям, если иное не установлено международными договорами Российской Федерации или федеральными законами.

На международном уровне рассматриваемый институт закреплен, например, в ст. 1 Соглашения о взаимном признании прав и регулировании отношений прав собственности 1992 г., согласно которой стороны *взаимно признают* осуществленный в соответствии с их национальным законодательством переход в их собственность имущества, в том числе финансовых ресурсов, предприятий, учреждений, организаций, их структурных единиц и подразделений бывшего союзного подчинения, расположенных на территориях сторон.

В *коллизионно-правовом плане* взаимность выражается в том, что суд отечественного государства применяет иностранное право только в случае, если суд иностранного государства при решении спора по аналогичным отношениям применяет право отечественного государства. Данный механизм ограничивает применение иностранного права наряду с оговоркой о публичном порядке, сверхимперативными нормами (императивными нормами международного частного права), обходом закона, обратной отсылкой и отсылкой к праву третьего государства.

В п. 1 ст. 1098 ГК Республики Беларусь закреплено, что суд применяет иностранное право независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к аналогичным отношениям право Республики Беларусь, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законодательством Республики Беларусь.

Сегодня не существует примеров закрепления оговорки о взаимности в белорусском коллизионном праве.

Взаимность, например, имеет место в вопросах признания действительности акта в брачно-семейных отношениях, осложненных иностранным элементом: заключение браков между иностранными гражданами, а также между иностранными гражданами и лицами без гражданства на территории Республики Беларусь возможно только в дипломатических представительствах и консульских учреждениях иностранных государств и признается действительным в Республике Беларусь *на условиях взаимности*, если эти лица в момент заключения брака являлись гражданами государства, назначившего посла или консула в Республике Беларусь (ч. 1 ст. 229 КоБС Республики Беларусь). Кроме того, взаимность является условием приведения в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений: решения иностранных судов и иностранные арбитражные решения признаются и приводятся в исполнение судами, рассматривающими экономические дела, в Республике Беларусь, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено законодательством или между-

народным договором Республики Беларусь либо *на основе взаимности* (ч. 1 ст. 245 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь).

Пункт 2 ст. 1098 ГК Республики Беларусь закрепляет положение, согласно которому если применение иностранного права зависит от взаимности, то предполагается, что она существует, поскольку не доказано иное, т. е. существует презумпция взаимности.

Таким образом, основное правило для коллизионного регулирования в законодательстве Республики Беларусь — применение отечественными судами иностранного права независимо от наличия взаимности (*безусловное применение*). Исключение составляют случаи, когда в законодательных актах прямо предусмотрено применение взаимности (*условная взаимность*).

Положения, аналогичные нормам п. 1 и 2 ст. 1098 ГК Республики Беларусь, имеют место в ст. 1189 ГК Российской Федерации, ст. 47 Кодекса Болгарии о международном гражданском праве, ст. 1089 ГК Республики Казахстан, ст. 1580 ГК Республики Молдова, ст. 1196 ГК Республики Таджикистан, ст. 11 Закона Украины «О международном частном праве». Нормативные правовые акты некоторых государств закрепляют применение взаимности только к отдельным отношениям. Например, в Законе Республики Азербайджан «О международном частном праве», Законе Грузии «О международном частном праве», Кодексе Бельгии о международном частном праве, Законе Венесуэлы «О международном частном праве», Законе «Реформа итальянской системы международного частного права», Законе Южной Кореи «О коллизиях законов», ГК Квебека положения о взаимности отсутствуют.

Некоторые международные договоры исходят из того, что нормы, закрепленные в них, должны применяться независимо от требований взаимности. В частности, такое положение содержит ст. 11 Конвенции «О праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям» 1971 г., ст. 6 Конвенции о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений 1961 г., ст. 2 Конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам 1973 г. Другие нормы международных соглашений применяются на основе взаимности (например, ст. 15 Конвенции ООН о транзитной торговле внутриконтинентальных государств 1965 г.).

Обращаем внимание, что начало взаимности имеет место преимущественно в законодательстве стран СНГ, которое строится на модельном ГК, разработанном для данного региона.

Что касается порядка установления факта наличия или отсутствия взаимности, то ГК Республики Беларусь не затрагивает вопрос в отношении того, кто и каким образом будет доказывать факт отсутствия взаимности. Однако очевидно, что этот вопрос должен иметь законодательное закрепление в условиях наличия такого института в действующем отечественном праве. В законодательстве ряда зарубежных государств, в частности

Венгрии и Румынии, содержатся пояснения в отношении данного вопроса. Например, ст. 6 Закона Румынии 1992 г. № 105 «применительно к регулированию отношений международного частного права» следует правилу, согласно которому наличие или отсутствие взаимности должно устанавливать Министерство юстиции посредством проведения консультаций с Министерством иностранных дел.

В доктрине проблему, связанную с определением наличия или отсутствия взаимности, предлагается решать посредством механизмов, которые закреплены в норме, регулирующей установление содержания норм иностранного права (например, ст. 1095 ГК Республики Беларусь, ст. 1086 ГК Республики Казахстан, ст. 1191 ГК Российской Федерации). Речь идет о возможности привлечения для констатации факта наличия или отсутствия взаимности Министерства юстиции, иных компетентных государственных органов, в том числе находящихся за границей, экспертов, а также самих лиц, участвующих в деле, которые вправе представлять документы, подтверждающие содержание норм иностранного права.

Введение такого механизма установления факта наличия или отсутствия взаимности влечет значительное увеличение продолжительности рассмотрения дела, усложнение процесса, дополнительную нагрузку на судей, которая и без того очень велика. Представляется, что применение взаимности должно быть правом, но никак не обязанностью суда и должно осуществляться преимущественно заинтересованными лицами, т. е. стороной, которая возражает против применения иностранного права на основании отсутствия взаимности. Суд должен вмешаться в данный процесс *ex officio* только для оценки представленных сторонами доказательств в ситуации, когда доказательства противоречат друг другу.

6.1.2. Реторсии в международном частном праве

Реторсии — правомерные ограничения прав иностранных субъектов на территории отечественного государства как ответ на ограничение прав отечественных субъектов на территории иностранного государства.

Норма ст. 1102 ГК Республики Беларусь допускает установление реторсий Правительством Республики Беларусь (т. е. они в отличие от взаимности вводятся актом исполнительной власти) только как ответные меры в отношении прав граждан и организаций тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав граждан и организаций Республики Беларусь. Реторсии не могут носить предупреждающий характер.

Аналогичные правила закреплены в ст. 1093 ГК Республики Казахстан, ст. 1176 ГК Кыргызской Республики, ст. 1167 ГК Республики Узбекистан, ст. 7 Закона Азербайджанской Республики «О международном частном праве». Схожая норма имеет место в ст. 1194 ГК Российской Федерации,

ст. 1584 ГК Республики Молдова, ст. 1199 ГК Республики Таджикистан с тем лишь отличием, что в них указан круг прав (имущественных и личных неимущественных), в отношении которых могут быть установлены реторсии. В Законе Украины «О международном частном праве», Законе Грузии «О международном частном праве», Кодексе Бельгии о международном частном праве, Законе Венесуэлы «О международном частном праве», Законе Италии «Реформа итальянской системы международного частного права», Законе Южной Кореи о коллизиях законов, ГК Квебека, Федеральном законе Швейцарии «О международном частном праве» положения о реторсиях отсутствуют.

В белорусском праве нормы о реторсиях, кроме ГК, содержатся во многих нормативных правовых актах: Законе Республики Беларусь «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности», постановлении Совета Министров Республики Беларусь от 29 октября 2002 г. № 1496 «О порядке проведения расследования, предшествующего введению ответных мер в области внешнеторговой деятельности» и др.

В частности, согласно ст. 32 Закона Республики Беларусь «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» Президент Республики Беларусь или по его поручению Правительство Республики Беларусь могут ввести ограничения внешней торговли товарами, услугами и объектами интеллектуальной собственности в случае, если иностранное государство или межгосударственное образование:

- не выполняет обязательств, принятых по международным договорам, в отношении Республики Беларусь;
- предпринимает меры, нарушающие экономические интересы Республики Беларусь или резидентов Республики Беларусь, в том числе меры, которые необоснованно закрывают резидентам Республики Беларусь доступ на рынок иностранного государства или межгосударственного образования либо иным образом необоснованно дискриминируют резидентов Республики Беларусь;
- не предоставляет резидентам Республики Беларусь адекватную и эффективную защиту их законных интересов в этом государстве или межгосударственном образовании, в частности защиту от монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции;
- не предпринимает разумных действий для борьбы с противоправным поведением своих граждан и (или) организаций на территории Республики Беларусь.

В международных договорах также закреплены правила, позволяющие применять реторсии. Например, ст. 6 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. устанавливает, что если любая страна, не входящая в союз для охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения, не обеспечивает достаточной охраны про-

изведениям авторов, которые являются гражданами одной из стран союза, эта последняя страна может ограничить охрану, предоставляемую произведениям авторов, которые на дату первого выпуска в свет этих произведений являются гражданами другой страны и которые не имеют своего обычного местожительства в одной из стран союза. Если страна, в которой произведение было впервые выпущено в свет, воспользуется этим правом, другие страны союза не обязаны предоставлять произведениям, подчиненным такому особому режиму, более широкую охрану, чем та, какая предоставлена им в стране первого выпуска в свет.

Примером реторсий может служить введение визового режима для граждан одного государства как ответная мера на введение визового режима для граждан этого государства иностранным государством. Так, в 2003 г. было денонсировано Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Польша «О взаимных безвизовых поездках граждан», результатом стало введение виз для польских граждан, желающих въехать на территорию Беларуси, и для белорусских граждан — для въезда в Польшу.

6.2. Проблема квалификации коллизионных норм, толкование правовых понятий объема и привязки коллизионной нормы

Применению коллизионной нормы, как и любой другой нормы права, предшествует ее *квалификация* (*characterization* (англ.), *caractérisation* (фр.), *calificaciones* (исп.)), т. е. толкование: определение содержания терминов нормы и идентификация понятий нормы с фактическими обстоятельствами дела. Таким образом, применению коллизионной нормы предшествует:

1) определение содержания правовых понятий, ее составляющих;

2) соотнесение фактических обстоятельств дела с правовыми понятиями коллизионной нормы, т. е. наложение кальки юридических категорий на конкретные фактические обстоятельства, определение правовой природы рассматриваемого вопроса.

Толкование коллизионной нормы отличается спецификой, что объясняется ее назначением — решить коллизионную проблему, определить применимое право в правоотношении, которое имеет правовую связь с несколькими государствами.

Серьезные проблемы порождает вопрос отнесения фактических обстоятельств дела к тому или иному статуту. Например: взыскание морального вреда за ненадлежащее качество передаваемых телеграфных сообщений относится к сфере действия деликтного или обязательственного статута? Отмена ранее составленного завещания вступлением в новый брак — вопрос наследственного или брачно-семейного статута? Возможность истре-

бовать возмещения вреда у супруга — область деликтного или брачно-семейного статута? Очевидно, что в зависимости от того, какой ответ будет дан на эти вопросы, зависит, как разрешится дело, поскольку трансграничные отношения не имеют единственной локализации.

Так, в Верховном суде штата Висконсин в 1959 г. рассматривалось дело *Haumschild v. Continental Casualty Co.*, в котором супруга требовала от мужа (оба были домицилированы в штате Висконсин) компенсации вреда, причиненного ей в результате дорожно-транспортного происшествия, которое произошло на территории штата Калифорния (США). Деликтным статутом по закону штата Висконсин являлось право места причинения вреда, т. е. право штата Калифорния. Проблема заключалась в том, что материальное право Калифорнии не допускало возмещения вреда в семейных отношениях. Суд, основываясь на шести прецедентах, квалифицировал вопрос об освобождении супруга от деликтных требований другого супруга как вопрос семейного права и применил семейный статут, т. е. закон штата Висконсин как закон совместного проживания супругов, который не предусматривал таких ограничений. Иск о причинении вреда супруге был удовлетворен.

Ученые отмечают, что данное дело демонстрирует возможность манипулирования судом институтами международного частного права, регулирующими применение коллизионных норм: в вышеприведенном примере того же результата можно было добиться использованием таких институтов международного частного права, как обратная отсылка, оговорка о публичном порядке, сверхимперативные нормы[1].

Приведенное дело наглядно демонстрирует суть механизмов ограничения применения иностранного права — корректировку последствий применения иностранного права. Названные механизмы — квалификация, обратная отсылка, оговорка о публичном порядке, сверхимперативные нормы — именуют в литературе корректирующими механизмами, джокерами, которые судья достает из колоды предлагаемых международным частным правом правовых решений.

Следует обратить внимание на то, что некоторые правовые институты невозможно идентифицировать в рамках одного статута. В таких случаях принято говорить о «*множественной квалификации*». В качестве примера можно привести такой неизвестный европейскому праву институт мусульманского права, как «утреннее вознаграждение». «Утреннее вознаграждение» представляет собой обязанность супруга выплатить супруге на следующее утро после заключения брака часть заранее оговоренного вознаграждения, оставшаяся часть подлежит выплате после расторжения брака. Очевидно, что назначение данного правового института состоит в соблюдении баланса интересов супругов, в частности в установлении негативных

[1] *Clark D. S.* Introduction to the law of the United States. Kluwer Law International, 2002. P. 434—435.

правовых последствий для супруга, прибегающего к использованию «талака» — расторжения брака по желанию супруга, процедура которого состоит только в публичном произнесении три раза за стенами дома слова «талак» (развод). Таким образом, институт «утреннее вознаграждение» должен квалифицироваться и в рамках нескольких статутов: условий действительности брака, имущественных прав и обязанностей супругов, последствий расторжения брака.

Принято выделять первичную и вторичную квалификацию. *Первичная* квалификация происходит на предварительной стадии, т. е. до определения применимого к правоотношению права, *вторичная* квалификация имеет место после установления применимого права, т. е. при толковании норм материального права государства, право которого применимо.

Впервые в доктрине этот вопрос был поставлен представителем французской школы XVII в. Шарлем Дюмуленом, хотя частично затрагивался в работах глоссаторов и постглоссаторов. В хрестоматийном комментарии по поводу статута общего имущества супругов Ш. Дюмулен применил к данному вопросу не брачно-семейный статут и не вещный статут. По его мнению, к указанным отношениям подлежит применению обязательственный статут, так как супруги при вступлении в брак заключили брачный договор[1].

Объем и привязка коллизионной нормы содержат определенные юридические понятия. Так, для формулирования объема используют такие понятия, как «право- и дееспособность», «форма сделки», «брак», «недвижимость» и др. Для обозначения привязок используют такие юридические понятия, как «место совершения сделки», «место причинения вреда», «домицилий».

Несмотря на довольно высокий уровень гармонизации частного права, многие правовые понятия имеют в различных правовых системах различное содержание. Налицо различия между правовыми семьями — англосаксонской и романо-германской. Но и содержание юридических понятий в правовых системах различных государств в рамках одной правовой семьи существенно отличается. *Один и тот же фактический состав, лежащий в основании правоотношения, может получить различную правовую характеристику, т. е. различную правовую квалификацию, в зависимости от того, с точки зрения какой национальной правовой системы фактический состав будет рассмотрен.* Несовпадения в определении правовых терминов и сферах применения статутов правоотношений именуются в международном частном праве конфликтом квалификации или скрытыми коллизиями, а осуществление квалификации — решением предварительного вопроса.

[1] *Clark D. S.* Introduction to the law of the United States. P. 65.

Так, не существует единообразия в понимании термина «недвижимость». Согласно немецкому подходу (ст. 94—96 ГГУ), заимствованному Швейцарией, Австрией, большинством постсоветских государств, включая Республику Беларусь и Российскую Федерацию, недвижимостью признается земля и вещи, прочно связанные с землей: строения, растения на корню, высаженные в почву семена, а также права, связанные с правом собственности на земельный участок. Французское право исходит из значительно более широкого понимания недвижимости, к которой относятся вещи по своей природе, по назначению или объекту использования. Недвижимость по своей природе — это земля и строения, ветряные и водяные мельницы, урожай на корню (в земле и на деревьях), леса и т. д. К недвижимым вещам по их назначению ГК Франции относит машины, инструменты и сырье, используемые на предприятии, сельскохозяйственные орудия, оборудование для котельной и скот в имении и т. д., хотя по своей природе они являются движимыми. К недвижимому имуществу по объекту использования относятся вещные права на землю — сервитут, узуфрукт, ипотека.

Еще более проблематична ситуация с квалификацией понятий привязки коллизионной нормы. Например, в государствах нет единообразия в определении понятия «место совершения сделки». В континентальной системе права местом совершения сделки признается место получения акцепта оферентом, в англосаксонской системе права — место отправки акцепта оференту (*mail box theory*).

Место причинения вреда (*lex loci delicti*) в одних государствах понимается как место совершения деяния, повлекшего причинение вреда, — *lex loci delicti comissi* (Беларусь, Эстония, Франция), в других государствах — как место проявления вредоносных последствий — *lex loci damni* (Швейцария, канадская провинция Квебек).

Понятие «домицилий» (место жительства) имеет различное правовое содержание в различных государствах: согласно законодательству штата Невада лицо считается домицилированным на его территории, если оно находится там более 24 часов, по законодательству штата Колумбия необходимо проживание в течение шести месяцев, Республика Беларусь понимает под этим термином место нахождения (адрес) жилого помещения, право владения, распоряжения и (или) пользования которым возникло у гражданина по основаниям, установленным законодательными актами, либо населенный пункт, где этот гражданин постоянно или преимущественно проживает (п. 1 ст. 19 ГК Республики Беларусь), что на практике для постоянно проживающих иностранцев интерпретируется как место, где лицо зарегистрировано (п. 2 ст. 23 Закона Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь»).

Наиболее яркий пример — исковая давность. В континентальном праве это институт материального права в общем праве долгое время призна-

вался институтом процессуального права[1]. Если в континентальном суде встает вопрос по исковой давности в правоотношении, подчиненном праву Великобритании, суду необходимо решить следующую проблему: с точки зрения какой правовой системы рассматривать понятие исковой давности. Последствия применения той или иной квалификации будут различными. Если суд будет рассматривать исковую давность с позиций материального права (т. е. квалифицировать понятие исковой давности по собственному праву — *lex fori*), то применит сроки исковой давности и порядок их исчисления в соответствии с правом Великобритании. Если же суд станет квалифицировать понятие исковой давности по праву Великобритании (т. е. по праву, которому подчинено правоотношение, — *lex causae*), то не сможет применить английские сроки исковой давности, так как суд не применяет иностранное процессуальное право.

Таким образом, даже если предположить существование во всех странах единообразных коллизионных правил, то нельзя утверждать о единообразной правоприменительной практике, так как суды различных стран, руководствуясь такими единообразными по форме правилами и применяя квалификацию понятий собственной правовой системы, приходили бы к различным решениям по делам с одинаковыми фактическими обстоятельствами в силу различий в материальном праве.

Международной практикой предложено несколько теорий, цель которых — решение проблемы конфликта квалификации (теории квалификации). Каждая из теорий предлагает свою аргументацию для выбора той правовой системы, на основании которой следует толковать юридические понятия в трансграничных правоотношениях. Основными факторами, обосновывающими применение той или иной теории, являются:

1) принадлежность правовой нормы, оперирующей спорными правовыми понятиями, определенной правовой системе;

2) необходимость учета «иностранного элемента», содержащегося в трансграничном правоотношении.

Теория квалификации по закону суда — *lex fori.* Родоначальниками данной теории, возникшей хронологически первой среди остальных, являются немецкий ученый Франц Канн и французский коллизионист Э. Бартен, поддерживал ее и французский исследователь А. Батиффоль. Согласно данной концепции подходить к толкованию правовых понятий необходимо с

[1] Согласно преамбуле Закона Великобритании об иностранных сроках исковой давности от 24 мая 1984 г. исковая давность в трансграничных отношениях квалифицируется как институт материального, а не процессуального права: «An Act to provide for any law relating to the limitation of actions to be treated, for the purposes of cases in which effect is given to foreign law or to determinations by foreign courts, as a matter of substance rather than as a matter of procedure». Аналогичные тенденции имеют место в прецедентной практике США.

позиций правовой системы страны суда, частью которой и является коллизионная норма.

Эта теория общепризнанна. Она предусмотрена законодательством многих государств, например Беларуси, Италии, РФ, Украины. В тех государствах, законодательство которых не регулирует толкование правовых терминов (Азербайджан, Швейцария, Япония), судебная практика придерживается названного правила.

Квалификация по *lex fori* наиболее удобна для правоприменителя, однако не всегда уместна с точки зрения логики, поскольку фактический состав «тяготеет» к определенному правопорядку. Например, для решения вопроса о принадлежности имущества к движимому или недвижимому (т. е. при квалификации правового понятия «имущество») применение *lex fori* нелогично. Принципу применения иностранного права без отрыва от его правовой системы будет противоречить применение закона суда при вторичной квалификации, т. е. толковании юридических понятий, составляющих нормы права иностранного государства, к которому отсылает отечественная коллизионная норма. В данном случае будет применяться чуждая конкретному правовому понятию правовая система. Когда коллизионная норма отсылает к иностранному праву, суд должен применить это право так, чтобы субъективные права сторон, возникшие в рамках данной правовой системы, получили наиболее эффективную защиту.

Немаловажным фактором для ограничения концепции *lex fori* в вопросах квалификации правовых понятий является и его противоречие принципу сотрудничества государств.

На этих позициях базируется теория квалификации по закону правоотношения — *lex causae*. Ее основоположником является немецкий ученый М. Вольф, который, критикуя недостатки теории квалификации по *lex fori*, сравнивал ее использование без обращения к той правовой системе, которой правовое понятие принадлежит, с игнорированием подлинников в пользу коллекции карикатур на них. Цель теории — не допустить извращения коллизионной нормы посредством применения несвойственной для применимого права интерпритации его понятий.

Однако учение М. Вольфа не было сформировано в полноценную теорию, так как, во-первых, оперировало исключительно понятиями, составляющими объем коллизионной нормы, не затрагивая квалификацию понятий привязки, несмотря на то что именно с ними связано наибольшее количество проблем; во-вторых, не предлагало решения на предварительной стадии, до определения применимого к правоотношению права, т. е. основывалось на алогизме: квалификацию правовых понятий следует осуществлять по праву, которое еще только предстоит установить.

Теория квалификации по *lex casae* применяется в исключение из общего правила квалификации по *lex fori* в следующих ситуациях:

1) квалификация имущества, т. е. деление имущества на недвижимое и движимое;

2) квалификация правового понятия, неизвестного правовой системе страны суда либо известного под другим названием или другим содержанием.

Так, в соответствии с п. 2 ст. 38 Закона Украины «О международном частном праве» принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам, а также иная классификация имущества определяются правом государства, в котором это имущество находится.

Согласно п. 2 ст. 1187 ГК Российской Федерации, если при определении права, подлежащего применению, юридические понятия, требующие квалификации, неизвестны российскому праву или известны в ином словесном обозначении либо с другим содержанием и не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом, то при их квалификации может применяться иностранное право.

Автономная квалификация. Автором данной теории является немецкий ученый Э. Рабель. Он исходит из того, что нельзя юридическим понятиям, используемым в коллизионных нормах, придавать то же значение, которое они имеют во внутреннем материальном праве того или иного государства, поскольку применение коллизионной нормы связано с необходимостью надлежащим образом учитывать иностранный элемент (или их совокупность) в правоотношении, а следовательно, квалифицировать правовые институты различных стран. Предлагаемая настоящей доктриной автономная квалификация должна осуществляться посредством обобщения понятий различных правовых систем, приведения их к единому знаменателю в целях нахождения золотой середины.

Очевидно, что такой подход, несмотря на присутствие в нем рационального зерна, утопичен и не может применяться в чистом виде на практике. Во-первых, нельзя ждать от правоприменителя совершенных познаний в сравнительном правоведении, точного знания относительно правовых институтов различных государств, абсолютного умения применять такие методы научного познания, как анализ и синтез. Во-вторых, обобщение — процесс весьма субъективный, что непреклонно повлечет различия в квалификации одних и тех же понятий различными правоприменителями, что противоречит основному межотраслевому принципу права — принципу правовой определенности.

Несмотря на обозначенные проблемы, связанные с применением автономной квалификации с позиций национальных правовых систем, названная теория применяется на международном уровне: как для толкования правовых понятий в унифицирующих актах (международных договорах, актах наднационального права), так и в практике судебных органов интеграционных объедений. Например, ст. 1 Венской конвенции о договорах между-

народной купли-продажи товаров 1980 г. содержит следующую квалификацию понятия международной купли-продажи: «договор купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах».

Ярким примером является деятельность Суда ЕС, который в соответствии со ст. 267 Договора о функционировании Европейского союза правомочен, используя автономную квалификацию, выносить в преюдициальном порядке решения о толковании названного Договора и актов органов ЕС, обязательные для всех судов государств — членов ЕС. Например, квалификация понятия «норма непосредственного применения» дана в решении Суда Европейских сообществ по делу *Arblade* от 23 ноября 1999 г.: «В своей основе сверхимперативная норма (*loi de police*) представляет собой внутригосударственное правовое предписание, соблюдение которого настолько важно для обеспечения политической, социальной и экономической организации государства, что каждое лицо, находящееся на территории этого государства или имеющее правовую связь, локализованную на территории этого государства, обязано его выполнить».

Автономная квалификация находит ограниченное применение и в национальном законодательстве. Так, согласно ст. 27 Кодекса о международном частном праве Туниса, который базовым правилом устанавливает квалификацию по *lex fori*, «при квалификации необходимо учитывать различные международные юридические понятия и особенности международного частного права».

Современные инструменты международного частного права прибегают к использованию нескольких теорий квалификации. Так, ст. 1 Кейптаунской конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. содержит автономную квалификацию видов обеспечительных сделок: соглашения об обеспечении исполнения обязательства, соглашения о резервировании права собственности и лизингового соглашения. Вместе с тем п. 4 ст. 2 указанной конвенции устанавливает, что именно применимое право, а не нормы конвенции определяет, является ли заключенное сторонами соглашение одним из вышеназванных видов обеспечительной сделки.

6.3. Отсылки в международном частном праве

6.3.1. Суть проблемы обратной отсылки

Ситуация **обратной отсылки**, именуемая **коллизией коллизий**, возникает в силу различий в коллизионных принципах различных государств. Обратная отсылка — ситуация, при которой коллизионная норма одной правовой системы в качестве применяемой называет правовую систему другого государства, однако коллизионная норма последней отсылает к ис-

ходной правовой системе (обратная отсылка) или к правовой системе иного государства (отсылка к праву третьей страны). Например, французская коллизионная норма отсылает для определения личного статута подданного Великобритании, домицилированного во Франции, к национальному закону — закону Великобритании, однако британская коллизионная норма подчиняет этот вопрос закону домициля, т. е. французскому праву.

В литературе обратная отсылка в узком смысле получила название «*renvoi au premier degré*» (фр.) или *remission / partial renvoi / single renvoi / first degree renvoi* (англ.) — отсылка первой степени, а отсылка к праву третьего государства — «*renvoi au second degré*» (фр.) или *transmission / total renvoi / double renvoi / second degree renvoi / complex renvoi* (англ.) — отсылка второй степени. В доктрине обратной отсылкой именуют обе ситуации.

Коллизии коллизий бывают двух видов. Положительные коллизии коллизий имеют место, когда два и более государств рассматривают отношение с иностранным элементом предметом регулирования собственного права (например, юридическое лицо зарегистрировано в Великобритании, но осуществляет основную хозяйственную деятельность в Египте). Отрицательные коллизии коллизий мы видим, когда ни одно государство, с которым отношение имеет связь, не рассматривает его в качестве предмета регулирования собственного права (например, наследование не оставившего завещания белорусского гражданина, проживающего в Германии).

Проблема отсылки связана с ответом на вопрос: как расценивать отсылку отечественной коллизионной нормы к иностранному праву — как отсылку только к материальным нормам, исключая коллизионные, или как отсылку ко всей правовой системе, включая коллизионные нормы? Возможны два варианта ответа:

1) не признавая обратную отсылку, суд должен применить иностранное право, рассматривая отсылку как отсылку исключительно к материальным нормам;

2) признавая обратную отсылку, суд должен применить отечественное право (обратная отсылка) или право третьего государства (отсылка к праву третьей страны), рассматривая отсылку коллизионной нормы как отсылку к правовой системе в целом, включая его коллизионное право.

Проблема, которая впервые была обозначена 150 лет назад, не потеряла актуальности и сегодня. До сих пор в доктрине ведутся дискуссии на предмет необходимости названного правового института или несовместимости *renvoi* с классическим коллизионным методом, теория обратной отсылки имеет как сторонников, так и противников. Не наблюдается и сближения законодательства различных государств по данному вопросу, новейшее законодательство о международном частном праве, как национальное, так и наднациональное, исходит из различных подходов. Судебная практика государств, не регулирующих в позитивном праве данную проблему, характеризуется субъективностью и непоследовательностью.

Отказ в признании обратной отсылки обосновывается несколькими аргументами:

1) защита суверенитета и интересов государства. По мнению противников теории *renvoi*, государство суда уклоняется от исполнения обязательства по определению материального применимого права, отдавая вопрос на разрешение иностранного суда, что влечет проблемы конституционного уровня. Однако на названный аргумент можно возразить, что суд подчиняется в данном случае нормоустановлению отечественного законодателя;

2) логическое обоснование. Противники теории отмечают сложность преодоления коллизии коллизий в ситуации замкнутого круга, юридического пинг-понга, отсылки первой степени, когда суд должен решать, в какой момент следует «остановить карусель». Следует отметить, что законы многих государств закрепили прагматический подход к решению этой проблемы, установив, что отсылка к отечественному праву понимается как отсылка исключительно к материальному праву (например, ч. 1 ст. 4 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению). Такой подход, заимствованный из англосаксонской системы и предусматривающий, по сути, решение проблемы отечественным судом на основании подходов иностранного суда, получил название двойной (тотальной) отсылки или теории иностранного суда[1].

Аналогичным образом не все аргументы адептов теории обратной отсылки могут быть приняты. Например, довод в защиту renvoi о способности данного правового института повысить справедливость и гибкость при вынесении решения по индивидуальному делу как средства поиска *better law* также не оправдывает себя в условиях стремительной дифференциации правового регулирования трансграничных частноправовых отношений. Аргумент об упрощении задач правоприменителя не выдерживает критики в сравнении с правом сторон на справедливое разрешение спора. Правоприменительная практика многих государств свидетельствует об отсутствии как полного принятия рассматриваемой теории, так и полного отказа от нее. Доктриной международного частного права подчеркивается, что в некоторых обстоятельствах механизм *renvoi* удобен и способствует вынесению справедливого решения, в то время как в других — неприемлем и должен быть отклонен[2].

Таким образом, причина проблемы обратной отсылки кроется в различных вариантах типов коллизионных привязок, используемых различными государствами: *lex patriae* в варианте *lex domicilii* или *lex nacionalis, lex loci delicti* в варианте *lex loci delicti comissi* или *lex loci damni* и т. д.

---

[1] Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws / under the general editorship of Lord Collins of Mapesbury. 14. ed. ff. London, 2016. P. 80—81.

[2] Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws / under the general editorship of Lord Collins of Mapesbury. 14. ed. ff. London, 2016. P. 87.

6.3.2. Обратная отсылка в судебной практике

В судебной практике проблема обратной отсылки впервые была обозначена в середине XIX в. В деле *Collier v Rivaz*, рассмотренном Кентерберийским судом в 1841 г., встал вопрос относительно действительности завещания[1] и шести дополнений к нему, составленных английским подданным Руаном, домицилированным в Бельгии по смыслу британского права, но не признающимся таковым согласно бельгийскому праву, а вернее, действовавшему там Кодексу Наполеона, ст. 13 которого требовала получения согласия бельгийских властей на домициль иностранца. Завещание и два дополнения к нему были составлены в соответствии с положениями бельгийского права. Остальные четыре дополнения соответствовали положениям британского права и не отвечали требованиям бельгийского права. Согласно коллизионному праву Великобритании завещание должно регулироваться законом места жительства завещателя, т. е. правом Бельгии. На этом основании суд признал действительной форму завещания и двух дополнений к нему. В отношении четырех остальных дополнений суд констатировал, что согласно праву Бельгии завещание иностранцев должно отвечать требованию закона их гражданства/подданства, т. е. права Великобритании, и признал их действительными. Судья сэр Нерберт Дженнер сформулировал в решении следующее правило: «Суд, заседающий здесь, должен рассматривать дело с позиции специалистов в том праве, как если бы он заседал в Бельгии»[2]. Таким образом, завещание и все дополнения признавались действительными. Дело представляет интерес, поскольку признание действительными завещания и двух дополнений, составленных по форме, установленной бельгийским правом, равно как и четырех дополнений, отвечающих требованиям британского права, означает интерпретацию британской коллизионной нормы как допускающей альтернативное обращение и к отечественному праву, и к коллизионному праву домициля наследодателя. В связи с этим говорить о применении теории обратной отсылки в деле *Collier v Rivaz* нельзя. Кроме того, в правоприменительной практике Великобритании имеет место и диа-

[1] Для британской правовой системы XIX в. характерно обращение к теории *renvoi* именно в вопросах формальной действительности завещаний, что связано с жесткими требованиями британского conflict of laws относительно формы завещания: она должна удовлетворять исключительно праву последнего домициля наследодателя. Под влиянием решения по делу *Collier v Rivaz* ситуация изменилась с принятием *Lord Kingsdown's Act 1861*, который при определенных обстоятельствах уполномачивал наследодателей, подданных Великобритании, располагающих движимым имуществом, делать выбор между положениями отечественного наследственного права или иностранного коллизионного права. *Lord Kingsdown's Act 1861* в свою очередь был заменен *Wills Act 1963*, который предоставляет еще больше возможностей для выбора права, применимого к формальной действительности завещания.

[2] *Lorenzen Ernest G*. Renvoi Theory and the Application of Foreign Law: Renvoi in Particular Classes of Cases. 1910. Faculty Scholarship Series. Paper 4523. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4523.

метрально противоположный подход: в решении 1857 г. по делу *Bremer v Freeman* суд в аналогичных обстоятельствах назвал применимым французское право — материальное право государства, к правовой системе которого отсылала британская коллизионная норма, и не принял в расчет наличие в итальянском праве нормы, отсылающей к праву гражданства/подданства.

Другим хрестоматийным примером применения обратной отсылки является рассмотренное французским судом дело незаконнорожденного баварского подданного *Forgo*, проживавшего с пятилетнего возраста во Франции, после смерти которого осталось движимое имущество во Франции. Родственники господина Форго требовали в суде признать их законными наследниками лица, не оставившего завещания. Согласно французскому праву подлежало применению право Баварии как государства национальности наследодателя, которое признавало наследственные права незаконнорожденных. Однако в соответствии с коллизионным правом Баварии наследование без завещания подчинялось *lex rei sitae*, т. е. праву Франции, которое не признавало наследственных прав за незаконнорожденными и согласно которому имущество в таких случаях как выморочное поступало в казну Франции.

Примером отказа в применении обратной отсылки может служить прецедент *The Islamic Republic of Iran v Berend*[1]. Дело касалось фрагмента рельефа эпохи династии Ахеменидов, датированного V в. до н. э. Мадам Берен, предположительно, приобрела титул на данный объект после покупки его посредством услуг агента на аукционе в Нью-Йорке в 1974 г. Мадам Берен пыталась продать фрагмент на аукционе в 2005 г., но по требованию Ирака на объект был наложен арест. По мнению ответчика, возникновение права собственности на объект как движимое имущество в соответствии с коллизионным правом Великобритании подчиняется французскому праву как праву страны местонахождения имущества в момент его доставки (ноябрь 1974 г.). В соответствии с французским гражданским правом право собственности на спорный объект принадлежит ей, поскольку она добросовестно владела им в течение более чем 30 лет. Однако истец утверждал, что в данном деле должна быть применена отсылка к праву третьей страны: английское право отсылает к французскому, коллизионные правила которого устанавливают исключения из *lex rei sitae* в пользу права государства происхождения историко-культурной ценности, т. е. Ирана, материальное право которого требует возврата незаконно вывезенной культурной ценности. Судья *Eady J.* постановил, что «вопрос применения доктрины *renvoi* — это вопрос политики. Названная доктрина часто применяется в отношениях наследования; с другой стороны, она не применяется в договорных отношениях или деликтах. Похоже, что современный подход к проблеме обратной отсылки состоит в отсутствии догматической доктрины, но она может рас-

[1] http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2007/132.html.

сматриваться как полезный инструмент, который будет применяться там, где это необходимо… Я полагаю, что в соответствии с английским правом нет веских оснований для применения доктрины *renvoi* в настоящем деле».

6.3.3. Доктринальные подходы к проблеме обратной отсылки

В нормотворческой практике государств имеют место следующие подходы.

1. *Законодательство предусматривает применение обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства в полном объеме*. В настоящее время такой подход национального законодателя достаточно редок.

2. *Исключительная обратная отсылка*. Обратная отсылка в целом признается, но при соблюдении принципиального условия. Например, ст. 4 Вводного закона к ГГУ предусматривает применение *renvoi*, за исключением ситуации, когда стороны выбрали применимое право или когда цель коллизионной нормы может быть нарушена применением обратной отсылки. Согласно ст. 5 Закона Австрии о международном частном праве отсылка признается, за исключением случаев, когда отсылка специально направляет к определенному закону, причем допускается применение обратной отсылки и отсылки к праву третьего, четвертого государства и так далее до тех пор, пока не будет найдено право, не отсылающее далее. Если иностранное право отсылает к праву государства, которое уже упоминалось, то применяется первая отсылка.

3. *Обратная отсылка признается с определенными исключениями*. Например, ст. 14 Закона Италии «Реформа итальянской системы международного частного права» устанавливает: «...если в соответствии с правилами настоящего закона применимым является иностранное право, отсылка этого права к иному допускается, если а) иностранное право допускает обратную отсылку; б) это отсылка к итальянскому праву. Однако настоящее правило не применяется к праву, выбранному сторонами правоотношения, к формальной действительности актов и внедоговорным обязательствам».

Согласно ст. 40 Кодекса Болгарии о международном частном праве отсылка к иностранному праву понимается как отсылка ко всей правовой системе, включая коллизионные нормы, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. В частности, *renvoi* не допускается в следующих правоотношениях: правовое положение юридических лиц и иных организаций, форма сделки, выбор сторонами применимого права, техническое обслуживание, договорные и внедоговорные обязательства.

Во Франции обозначенный подход признан судебной практикой[1], в соответствии с которой отказ от применения *renvoi* имеет место в случае

[1] *Sfeir R.* Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé : (conflits de lois et conflits de systèmes). 1. éd. Beyrouth, 2009. P. 35—57.

автономии воли сторон в международных договорах и брачно-семейных отношениях.

4. *Признается обратная отсылка только к отечественному праву* (ч. 1 ст. 5 Закона Лихтенштейна о международном частном праве 1996 г., ч. 2 ст. 2559 ГК Румынии).

5. *Признается обратная отсылка только к отечественному праву, но с определенными исключениями*. Например, ст. 5 Закона Польши о международном частном праве устанавливает, что обратная отсылка к отечественному праву не применима, если стороны осуществили выбор, а также к форме сделки и к договорным и внедоговорным обязательствам, равно как и к обязательствам из односторонних сделок. *Renvoi au premier degré* и только в отношении личного статута признается японским правом (*Act on General Rules for Application of Laws, 2006—06—21*). Довольно интересное регулирование предусматривает испанское законодательство, где норма ч. 2 ст. 14 ГК Испании, отвергая отсылку к праву третьего государства, допускает отсылку первого уровня, т. е. к отечественному праву, однако судебная практика еще больше сузила такую возможность: только если это является приемлемым, разумным и справедливым.

6. *Обратная отсылка признается только в предусмотренных законом случаях.* Отсылка иностранного права к швейцарскому праву признается в вопросах гражданского состояния. Такой подход принят в законодательстве о международном частном праве Бельгии, Португалии, Швейцарии, Швеции, Российской Федерации. Так, согласно ст. 16 Кодекса Бельгии о международном частном праве, за исключением отдельных положений, понятие «право государства» исключает нормы международного частного права данного государства. В соответствии со ст. 14 Закона о международном частном праве Швейцарии «если применимое право отсылает к швейцарскому праву или праву другого государства, такая отсылка принимается во внимание, если настоящий закон это допускает». В частности, явно выраженная отсылка к швейцарскому праву допускается в отношении права на имя лица, домицилированного за границей, которое регулируется коллизионными нормами государства его проживания (ч. 1 ст. 37 Закона о международном частном праве Швейцарии), а также в отношении наследования лица, имеющего последнее место жительства за рубежом, которое подчиняется праву последнего домициля данного лица (ч. 1 ст. 91 Закона о международном частном праве Швейцарии). Подразумеваемая *renvoi* имеет место в ч. 3 ст. 119 Закона о международном частном праве Швейцарии: «...форма договора, предметом которого является недвижимость, регулируется правом государства местонахождения имущества, если им не установлено применение иного права».

Согласно ст. 1190 ГК Российской Федерации: «1. Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву

соответствующей страны, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи. 2. Обратная отсылка иностранного права может приниматься в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица».

Схожий подход мы наблюдаем и в британской правоприменительной практике, где *renvoi* допускается в таких правоотношениях, как личный статус и наследование. Напротив, в отношении деликтов, страхования, купли-продажи движимого имущества, дарения, займа, переговоров, товариществ, ликвидации иностранных компаний суды Великобритании применяли материальное иностранное право. Наиболее признано британской судебной практикой непризнание обратной отсылки в договорных отношениях, «поскольку ни один здравомыслящий предприниматель или юрист не выберет применение *renvoi*»[1].

7. *Renvoi не признается.* Так, согласно ч. 3 ст. 2 Закона Турции о международном частном праве «если иностранное право, определенное турецкой коллизионной нормой, отсылает к праву иной страны, применяются материальные нормы последней». Аналогичное регулирование предусмотрено ст. 32 ГК Греции и ст. 6 Вводного закона к нормам Бразилии (*Introductory Law to the Brazilian Rules (LINDB). Decreto-Lei № 4.657, de 4 de setembro de 1942*).

Статья 35 Закона Туниса о международном частном праве устанавливает: «За исключением противоположных положений закона, обратная отсылка не допускается независимо от того, приводит ли она к применению тунисского закона или закона другого государства». Закон Китайской Народной Республики о праве, применимом к трансграничным частноправовым отношениям, от 28 октября 2010 г. не включает в применимое право коллизионные нормы (ст. 9).

8. Вопрос *renvoi* не урегулирован (Алжир, Аргентина).

Таким образом, мы наблюдаем отсутствие единообразия национальной нормотворческой практики в вопросе применения обратной отсылки. Национальные законодательные подходы колеблются от признания *renvoi* с некоторыми ограничениями до полного отказа от нее.

С другой стороны, законодательство о международном коммерческом арбитраже и арбитражная практика свидетельствуют об отказе в применении *renvoi* арбитражем. Так, п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ от 21 июня 1985 г. о международном торговом арбитраже устанавливает, что арбитражный суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Если отсутствует указание об ином, любое обозначение права или системы права какого-либо государства толкуется как непосредственно отсылающее к

[1] *Fawcett James J., Carruthers J. M.* Private international law. Cheshire, North & Fawcett private international. 14. ed., 1. publ. Oxford, 2008. CXLIII, P. 71.

материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. В том же виде данное нормоустановление вошло и в отечественное право (ст. 36 Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. в ред. от 1 июля 2014 г. «О международном арбитражном (третейском) суде».

В международной нормотворческой практике, как правило, имеет место непризнание обратной отсылки. В качестве обоснования такого подхода ссылаются на идею правовой гармонии решений, которая стала доступной благодаря средствам международной правовой унификации и гармонизации и не должна быть подвергнута риску применением обратной отсылки.

Так, в соответствии со ст. 15 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, от 22 декабря 1986 г. «термин "право" в Конвенции означает действующее в государстве право за исключением коллизионных норм».

Согласно ст. 15 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, от 19 июня 1980 г. «применение права любой страны, определенного настоящей Конвенцией, означает применение действующих в этой стране норм права, за исключением норм международного частного права».

По аналогичному пути пошли и источники европейского международного частного права. Регламенты Рим I—III.

Статья 20 Регламента (ЕС) Европейского парламента и Совета № 593/2008 о праве, применимом к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г. (Регламент «Рим I») устанавливает: «Применение указанного настоящим Регламентом права любой страны означает применение норм права, действующих в этой стране, за исключением норм ее международного частного права, если иное не предусмотрено настоящим Регламентом».

Аналогичное регулирование имеет место, соответственно, в ст. 24 Регламента (ЕС) Европейского парламента и Совета № 864/2007 о праве, применимом к внедоговорным обязательствам, от 11 июля 2007 г. (Регламент «Рим II»), в ст. 11 Регламента ЕС № 1259/2010 о продвинутом сотрудничестве в отношении права, применимого к расторжению брака и раздельному проживанию супругов, от 20 декабря 2010 г. (Регламент «Рим III»), а также в ст. 32 Регламента Совета (ЕС) № 2016/1103 от 24 июня 2016 г. о продвинутом сотрудничестве в отношении юрисдикции, применимого права, признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений по вопросу режима собственности супругов и ст. 32 Регламента Совета (ЕС) № 2016/1104 от 24 июня 2016 г. о продвинутом сотрудничестве в отношении юрисдикции, применимого права, признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений по вопросу имущественных последствий зарегистрированных партнерств.

Однако Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета № 650/2012 от 4 июля 2012 г. о юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и принятии и применении аутентичных доку-

ментов и о создании Европейского сертификата о наследовании демонстрирует «ренессанс» обратной отсылки в европейском международном частном праве: ст. 34 определяет применимое право как совокупность всех норм, включая нормы международного частного права, если эти правила отсылают к законодательству государства-члена или закону другого третьего государства, которое применило бы свое собственное право. Названный подход еще раз подтверждает признание целесообразности применения обратной отсылки в вопросах наследования.

6.4. Оговорка о публичном порядке

По причине различий исторических, культурных, национальных, морально-этических традиций, присущих каждому обществу, а также активности интеграционных процессов, в которые вовлечены государства, иностранная норма, а также приведение в исполнение иностранного судебного (арбитражного) решения могут оцениваться как имеющие разрушительное действие на устои данного государства. В таких ситуациях возникает необходимость обращения к защитной клаузуле международного частного права — оговорке о публичном порядке, цель которой заключается в воспрепятствовании влиянию внешних, дестабилизирующих публичный порядок иностранных актов посредством отказа в их применении, признании и исполнении[1]. Таким образом, иностранный закон, к которому отсылает отечественная коллизионная норма, не может быть применен, и основанные на нем права не могут быть признаны судами данного государства, если такое применение или такое признание прав противоречит публичному порядку данной страны. Следует подчеркнуть, что отказ в применении иностранного права имеет место не в случае его (права) противоречия какой-либо конкретной норме данного государства, а когда оно противоречит совокупности принципов, выражающей сущность, цели и задачи данного правопорядка в целом.

Следует обратить внимание на методологическое различие понятий «оговорка о публичном порядке» и «публичный порядок». В доктрине часто эти понятия подменяются. Иногда указывается на неконкретность и расплывчатость понятия «оговорка о публичном порядке». Но это не совсем так. Оговорка — это норма, закрепляющая соотношение иностранного права и базовых устоев государства. Именно оговорка представляет весьма точную и конкретную формулировку о недопустимости применения иностранного права, если это противоречит основам правопорядка данного государства (публичному порядку). А при исследовании понятия «публичный порядок»

[1] *Богатина Ю. Г.* Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ЮрСпектр. М., 2019.

мы уже сталкиваемся с вышеназванными проблемами, т. е. отсутствием точного указания на круг правоотношений, охватываемых этим понятием. Таким образом, говорить о расплывчатости можно только в отношении публичного порядка, но не оговорки о публичном порядке.

Для обозначения категории «публичный порядок» применяется французский термин «ordre public», английский термин «public policy» (публичная политика), немецкий термин «Oeffentliche Ordnung» (общественный порядок), в то время как оговорка обозначается словосочетанием «исключающая клаузула» — «Vorbehaltsklause», итальянский термин «ordine publico». Учение о публичном порядке разрабатывалось в трудах таких знаменитых коллизионистов, как К. Ф. фон Савиньи, Манчини, Эсперсон, Бар, Цительман и др.

Понятие «публичный порядок» многоуровневое. С одной стороны, это «средство привлечения планового элемента в международное частное право»[1], т. е. нормы, которые призваны исключить действие таких принципов гражданского права, как свобода договора, автономия воли сторон. С другой стороны, «публичный порядок» в широком смысле слова можно определить как совокупность правовых предписаний, составляющих основу социально-экономического строя и правовой системы. Это самое широкое определение, оно распространяется как на отношения, осложненные иностранным элементом, так и на внутренние отношения. Это понятие будет применяться как судом, так и другими государственными органами. В узком значении этого слова ссылка на «публичный порядок» может иметь место только в международном частном праве, и применять его может только суд в случаях, когда применение иностранного права или признание и исполнение иностранного судебного решения может привести к нежелательным для суда, рассматривающего дело, последствиям.

Институт оговорки о публичном порядке известен всем без исключения национальным кодификациям международного частного права. В статье 6 (ранее 30) Вводного закона к Германскому гражданскому уложению (в редакции 1994 г.) говорится: «Правовая норма иностранного государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с основными принципами германского права. В особенности она не может быть применена, если применение несовместимо с основными правами» (основные права закреплены в Основном законе Германии — Конституции). Похожие формулировки мы видим и в ст. 12 Гражданского кодекса Испании, в ст. 17 Закона о международном частном праве Швейцарии 1988 г. и в законодательных актах других государств. На уровне судебной практики оговорка о публичном порядке закреплена в Великобритании и США.

[1] *Жильцов А. Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2002. С. 45.

Возможность применения оговорки о публичном порядке предусмотрена не только гражданским, но и гражданско-процессуальным и хозяйственно-процессуальным законодательством Беларуси. В частности, ст. 11 Приложения 4 к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Беларусь «Исполнение в Республике Беларусь судами решений иностранных судов и арбитражей (третейских судов), если стороной по делу является гражданин, не являющийся предпринимателем» устанавливает, что «в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано, если суд найдет, что … признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Беларусь». Пункт 6 ст. 5 данного Приложения санкционирует отказ в разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда, «если исполнение решения противоречило бы суверенитету Республики Беларусь и угрожало бы безопасности Республики Беларусь либо противоречило бы основным принципам законодательства Республики Беларусь». Аналогичные правила закреплены и в ст. 5 Приложения № 2 к Хозяйственному процессуальному кодексу Республики Беларусь.

Поскольку право государства проверять иностранные нормы и решения на соответствие его базовым устоям является логическим следствием принципа суверенитета государства, оговорка о публичном порядке содержится и в международных договорах. Например, в соответствии со ст. 10 Гаагской конвенции о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, от 4 мая 1971 г. «в применении любого из законодательств, которые являются применимыми согласно настоящей Конвенции, может быть отказано, только если такое применение явно противоречит публичному порядку». Более того, не отказываются от защитной клаузулы и акты международных организаций, характеризующихся максимально тесной интеграцией в экономической и политической сферах. Так, оговорка о публичном порядке имеет место и в наднациональном праве — регламентах Европейского союза. Согласно ст. 21 Регламента № 593/2008 Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам, от 17 июня 2008 г., «в применении права любого государства, установленного в соответствии с настоящим Регламентом, может быть отказано лишь в случае, если такое применение явно несовместимо с публичным порядком страны суда». Пункт 1 ст. 34 Регламента Совета (ЕС) № 44/2001 от 22 декабря 2000 г. о юрисдикции, признании и приведении в исполнение решений по гражданским и торговым делам предусматривает, что решение не подлежит признанию, если признание явно противоречит публичному порядку государства, в котором признание испрашивается.

Правовая доктрина выделяет две категории публичного порядка — внутренний и международный. Нормы внутреннего публичного порядка не могут нарушаться или обходиться посредством соглашения сторон. Таким образом сфера действия внутреннего публичного порядка ограничена вну-

тренними правоотношениями. Например, нельзя по соглашению между супругами изменить последствия брака, касающиеся личного статуса супругов[1]. Отсылка же к международному публичному порядку применяется только в случае, когда в правоотношении участвует иностранный элемент и подлежит применению, по общему правилу, иностранное право, однако такое применение, равно как и признание и приведение в исполнение иностранного судебного и арбитражного решения, может привести к нежелательным для государства последствиям. Именно в таком значении и применяется понятие «публичный порядок» в законодательной и правоприменительной практике. Именно в этом значении используем этот термин и мы в нашем исследовании. В данном значении механизм публичного порядка выполняет явно негативную функцию в виде непризнания и неприменения нежелательных для государства правовых норм и судебных и арбитражных решений.

Заметим, что выделение двух видов публичного порядка имеет место не только на доктринальном уровне, но и в законодательной практике на международном уровне. Например, такое деление проводилось уже в 1928 г. Кодексом международного частного права (Кодексом Бустаманте). В частности, ст. 3 этого международного договора устанавливает: «В отношении осуществления гражданских прав и пользования одинаковыми гарантиями личности законы и правила, действующие в каждом из Договаривающихся государств, рассматриваются как входящие в одну из следующих трех категорий:

I) относящиеся к лицам в силу их домициля или гражданства и следующие за лицами даже при переезде в другую страну; они называются нормами личными или внутреннего публичного порядка;

II) обязывающие одинаково всех лиц, находящихся на территории, будь то граждане или нет; они называются нормами территориальными, местными или международного публичного порядка;

III) применяемые только по изъявлению, толкованию или презумпции воли Сторон или одной из Сторон; они называются нормами добровольными или частного порядка».

Статья 8 этого же международного договора дополняет вышеназванные правила: «Права, предоставляемые согласно правилам настоящего Кодекса, имеют полное экстерриториальное действие в Договаривающихся государствах, кроме случаев, когда любой из их результатов или следствий противоречит норме международного публичного порядка».

Проблема применения оговорки о публичном порядке заключается в том, что ни один из правовых актов или судебных решений не содержит точной формулировки, что именно понимается под такими нормами права, что именно вкладывается в это понятие. Таким образом, только посредством

[1] *Жильцов А. Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы). С. 51.

толкования норм права суд в каждом конкретном деле определяет, затрагивает ли рассматриваемое правоотношение с иностранным элементом национальный публичный порядок или нет, отдавая такой чрезвычайно важный вопрос на усмотрение одного лица — судьи. «Публичный порядок — оценочная категория, наполнение содержанием которой зависит от конкретных обстоятельств места и времени… Она очень подвижна и развивается вместе с национальным позитивным правом и судебной практикой»[1]. Эта неопределенность и «размытость» понятия «*ordre publique*» подвергается жесткой критике в современной европейской и постсоветской доктрине. Аналогичный подход мы видим и в советской доктрине. «…Общая формулировка допускает чрезвычайно широкое толкование на практике и в применении к конкретным казусам страдает значительной неопределенностью. Понятно поэтому стремление перевести эту общую формулу в ряд конкретно оформленных правовых положений…Обезвредить неопределенность оговорки можно, очевидно, только точно перечислив те случаи, когда иностранная материальная норма не подлежит по соображениям публичного порядка применению: взамен общей формулы, отсылающей к «добрым нравам», мы получим конкретный перечень случаев, когда применимая по общему правилу иностранная норма не должна применяться, когда она должна, по исключению, уступить место норме страны суда»[2].

Доктрина и судебная практика различных государств выработала несколько принципов отнесения правовых норм к нормам публичного порядка. В частности, российская доктрина относит к публичному порядку следующие нормы:

1) основополагающие, фундаментальные принципы российского права, в первую очередь конституционного, частного, процессуального;

2) общепринятые принципы морали, лежащие в основе российского правопорядка;

3) законные интересы российских граждан и юридических лиц, общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;

4) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека[3].

---

[1] *Медведев И. Г.* Международное частное право и нотариальная деятельность. 2-е изд. М., 2005. С. 37.

[2] *Макаров А. Н.* Основные начала международного частного права. М., 2007. С. 71—72. Данный автор весьма позитивно оценивает конкретизацию понятия «публичный порядок» в тексте Гаагской конвенции 1902 г. о браке, которая, устанавливая в качестве общего правила, что личные условия вступления в брак определяются национальным законом будущих супругов, перечисляет затем пять случаев, когда закон места совершения брака может устранить в свою пользу национальную норму брачующихся.

[3] Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2000. С. 164.

Очевидно, что четко очертить круг «*ordre publique*» на уровне закона не представляется возможным, однако попытку обозначения его границ негативным образом, предпринятую российским законодателем, можно оценить как успешную. Часть 2 ст. 1193 ГК Российской Федерации устанавливает: «Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической *системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы* Российской Федерации». Белорусское право в ст. 1099 ГК предоставляет суду только право не применять иностранное право в особых случаях: «Иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Республики Беларусь, а также в иных случаях, прямо предусмотренных законодательными актами. В этих случаях применяется право Республики Беларусь».

6.5. Сверхимперативные нормы

Сверхимперативную норму[1] можно определить как норму, которая в силу особого народно-хозяйственного и социально-политического значения применяется независимо от факта, что данное правоотношение должно в силу коллизионных принципов или автономии воли сторон регулироваться иностранной правовой системой. Таким образом, это нормы, соблюдение которых необходимо в целях обеспечения защиты политической, экономической и социальной организации конкретного государства. Весьма удачное определение данному правовому институту дано в решении Суда Европейских сообществ по делу *Arblade* от 23 ноября 1999 г.: «В своей основе императивная норма (*loi de police*) представляет собой внутригосударственное правовое предписание, соблюдение которого настолько важно для обеспечения политической, социальной и экономической организации государства, что каждое лицо, находящееся на территории этого государства или имеющее правовую связь, локализованную на территории этого государства, обязано его выполнить»[2].

По механизму действия сверхимперативные нормы представляют собой специальные нормы, «так как они регулируют конкретные международные частные отношения и, соответственно, должны обладать приоритетом над

[1] Основы теории норм «непосредственного применения» были заложены в середине XX в. французским ученым Франсескакисом Ф. (*Francescakis F.*), который путем обобщения судебной практики и используя постулаты учения Савиньи пришел к заключению о существовании особых материально-правовых норм, выпадающих из общей коллизионной схемы определения применимого права в отношениях с иностранным элементом.

[2] Решение Суда Европейских сообществ по делу Arblade от 23 ноября 1999 г. // Revue critique de droit international privé. 2000. P. 710.

коллизионными нормами. Законодатель специально установил материально-правовую норму прямого действия, в которой реализуется государственный интерес»[1].

Нормы непосредственного применения обладают особой превалирующей целью — защита интересов общества. Исследователь механизмов ограничения действия коллизионного метода правового регулирования В. В. Кудашкин в связи с этим отмечает: «Речь идет об интересах частных, в которых государство не участвует непосредственно, однако в силу их особого значения участвует в их охране и защите. Более того, указанные права и интересы участников гражданского оборота потому и обеспечиваются и охраняются государством, что в своей совокупности они формируют основу связей и отношений в гражданском обществе. Именно людям, их социальным группам, составляющим общество, и призвано прежде всего служить государство. Нельзя рассматривать интересы государства в отрыве от интересов общества. Последствия такого подхода могут быть весьма печальными. Социальное предназначение государства — в формировании условий для функционирования гражданского общества и, соответственно, составляющих это общество акторов (людей, их социальных групп и т. д.)»[2].

Можно признать довольно успешным определение норм непосредственного применения, которое дается в ч. 1 ст. 9 Регламента Европарламента и Совета ЕС № 593 от 17 июня 2008 г. о праве, применимом к договорным обязательствам: «Нормами непосредственного применения являются положения, соблюдение которых признано государством в качестве имеющего существенное значение для охраны ее публичных интересов, таких как политическое, социальное или экономическое устройство, в такой степени, что они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, независимо от того, какое право в ином случае подлежало бы применению к договору согласно настоящему Регламенту». Российское законодательство в сфере международного частного права дополняет данное определение ссылкой на структуру такой нормы. Часть 1 ст. 1192 ГК Российской Федерации «Применение императивных норм» устанавливает: «...правила настоящего раздела не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

Законодательное закрепление вопросов, связанных с применением сверхимперативных норм, на международном уровне датируется концом

[1] *Кудашкин В. В.* Правовое регулирование международных частных отношений. СПб., 2004. С. 248—254.

[2] *Кудашкин В. В.* Актуальные вопросы международного частного права. М., 2004. С. 30—31.

XX в.: универсальный международный договор, регулирующий применение императивных норм международного частного права, — Гаагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г. — вступила в силу в 1992 г., региональный международный договор — Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. — вступила в силу в 1990 г. На национальном уровне проблема императивных норм стала включаться во внутренние законы о международном частном праве в 70—90 гг. XX в. (например, в Швейцарии, Венгрии, Австрии). Социалистическим законодательством вопрос применения судом императивных норм других государств не затрагивался вообще. И только новейшее белорусское и российское законодательство регулирует данный институт.

Одной из проблем, связанных с применением императивных норм международного частного права, являются проблемы терминологии. Нельзя смешивать понятия «императивные нормы внутреннего (гражданского) права» и «императивные нормы международного частного права». Первые представляют собой антоним понятия «диспозитивная норма», т. е. норма, которая применяется при отсутствии соглашения сторон об ином. Классическим примером таковых является норма об исковой давности[1].

Достаточно сложная ситуация, связанная с разграничением этих двух понятий, сложилась и в международном законодательстве. Так, в переводе на русский язык Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, в различных статьях используются разные понимания понятия «императивные нормы», несмотря на использование одного термина. В п. 3 ст. 3 «Свобода выбора» говорится: «Выбор сторонами иностранного права… при условии, что все остальные элементы, относящиеся к договору, были расположены на момент выбора права на территории одного и того же государства, не может противоречить правилам, применение которых, согласно праву этой страны, невозможно исключить договором (далее “императивные нормы”)». Очевидно, что в данном случае речь идет об императивных нормах внутреннего гражданского права, которые становятся неприменимыми, если ситуация будет правомерно регулироваться иностранным правом.

Официальный текст на французском языке самой Римской конвенции и заменяющего ее Регламента Европарламента и Совета ЕС № 593 от 17 июня 2008 г. (как и проекта данного регламента № 650 от 15 декабря 2005 г.) такой

[1] Дискуссия в доктрине по поводу правовой природы норм об исковой давности беспочвенна в силу наличия в праве специальной правовой нормы, определяющей право, применимое к исковой давности, — ч. 1 ст. 1118 ГК. Однако ч. 2 данной статьи содержит исключение из общего правила и применима только к требованиям, на которые исковая давность не распространяется. Для данного вида правоотношения с участием белорусских лиц применимо только право Республики Беларусь, следовательно, данная норма выступает в роли сверхимперативной нормы.

проблемы не имеют, поскольку используют различную терминологию для обозначения разных понятий: «*disposition imperatives*» для обозначения императивных положений внутреннего гражданского права и «*lois de police*» для обозначения императивных норм международного характера. Однако указанного противоречия не лишен текст этих документов на английском языке, поскольку для обозначения двух разных понятий в различных статьях он содержит один термин «*mandatory rules*».

Такой подход, по нашему мнению, приводит к неопределенности, смешению и подмене понятий. Целесообразно было бы применять разные термины для обозначения различных понятий при том, что доктрина и национальная законодательная практика предложила их (терминов) огромное множество. Целесообразно ввести в русский и международный юридический обиход различие в терминах «императивные нормы» и «императивные нормы международного характера» или «сверхимперативные нормы».

Нормы непосредственного применения часто сами определяют сферу своего действия при помощи специального «квалифицирующего элемента», т. е. указания на территориальную и/или персональную сферу действия нормы. В структуру императивной нормы включается особый признак, выделяющий ее из общей массы правовых норм, т. е. императивная норма международного частного права состоит из двух частей: материально-правовое содержание и «квалифицирующий элемент». Примером такой нормы является ч. 2 ст. 1116 ГК Беларуси, в соответствии с которой «внешнеэкономическая сделка, хотя бы одним из участников которой является юридическое лицо Республики Беларусь или гражданин Республики Беларусь, совершается независимо от места заключения сделки в письменной форме». Данная норма в отличие от предыдущего примера будет применяться независимо от места заключения, от права, выбранного сторонами или определяемого согласно коллизионным принципам.

Характерной чертой белорусского права является большое количество норм непосредственного применения в сфере правового регулирования внешнеэкономической деятельности. Нельзя не вспомнить норму ст. 2 Закона Республики Беларусь «О валютном регулировании и валютном контроле»: «Порядок обращения валютных ценностей, права и обязанности нерезидентов при проведении валютных операций устанавливаются валютным законодательством Республики Беларусь», которая будет применяться несмотря на общую отсылку к праву, избранному сторонами или праву государства места осуществления деятельности контрагента, осуществляющего характерное исполнение по договору в силу ст. 1124—1125 ГК Республики Беларусь.

Примеры сверхимперативных норм содержатся и в брачно-семейном законодательстве. Так, п. 1 ст. 158 Семейного кодекса Российской Федерации «Признание браков, заключенных за пределами территории Российской

Федерации» устанавливает: «Браки между гражданами Российской Федерации и браки между гражданами Российской Федерации и иностранными гражданами или лицами без гражданства, заключенные за пределами территории Российской Федерации с соблюдением законодательства государства, на территории которого они заключены, признаются действительными в Российской Федерации, если отсутствуют предусмотренные статьей 14 настоящего Кодекса обстоятельства, препятствующие заключению брака». Данная формулировка дает возможность сделать вывод, что положения ст. 14 Семейного кодекса Российской Федерации должны применяться независимо от места заключения брака и права, его регулирующего, т. е. ст. 14 отвечает признакам сверхимперативной нормы: имеет «квалифицирующий элемент», проявляющийся в субъекте и объекте правоотношения.

Аналогичные требования содержит ч. 2 ст. 230 КоБС Республики Беларусь, отсылая к ст. 17—19 данного кодекса. Следовательно, законодатель недвусмысленно относит нормы о материальных условиях действительности брака (взаимном согласии и возрасте супругов), а также препятствиях к заключению брака (наличие другого официально зарегистрированного брака, близкое родство или отношения усыновления, признанная судом недееспособность вследствие душевной болезни или слабоумия) к сверхоперативным нормам.

Императивная норма может и не иметь такой специальной структуры, а заключать императив в цели, для которой эта норма была принята. Как отмечает французский ученый П. Майер, «законодатель не всегда затрудняет себя указанием сферы применения разрабатываемых им норм… Очевидно, что определение четких границ категории норм непосредственного применения представляет собой очень сложную задачу»[1]. Таким образом, суд должен не только внимательно рассматривать структуру правовой нормы, но и толковать эту норму для определения ее императивного характера. Такой подход вносит элемент непредсказуемости, однако он устраняет основной недостаток коллизионного метода, заключающийся в отсутствии учета конкретных фактических обстоятельств, и, соответственно, приводит к вынесению более справедливого судебного решения.

Ограничения, вводимые государством посредством императивных норм, могут преследовать несколько целей. Во-первых, это защита слабой стороны в договоре. Во-вторых, это защита прав третьей стороны (например, прав кредитора). В-третьих, это цели, направленные на обеспечение правопорядка и общественной безопасности.

В современном белорусском и российском гражданском праве императивные нормы, направленные на защиту слабой стороны в договоре, связаны прежде всего со специальным правовым режимом в отношении потребителя.

[1] *Mayer P.* Droit International Privé. 4 ed. Paris, 1991. P. 87—88.

Следует согласиться с высказываемой в белорусской доктрине точкой зрения относительно того, что «с учетом обеспечения гражданских прав наиболее уязвимой стороны в договоре и широкой сферы распространения соответствующих отношений нормы законодательства о защите прав потребителей должны применяться судом как императивные в контексте п. 1 ст. 1100 ГК Республики Беларусь в случае, если они в большей степени отвечают интересам потребителя, чем соответствующие нормы избранного в качестве компетентного правопорядка иностранного права»[1].

Кроме того, в ряду норм, преследующих цель защиты слабой стороны в договоре, следует назвать и нормы ГК о признании недействительными сделок, совершенных лицом в состоянии, при котором он не был способен понимать последствия своих действий или руководить ими, либо лицами, которые заключили сделку под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения их представителя с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств, либо лицом, ограниченно дееспособным вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами.

К императивным нормам, направленным на защиту прав третьих лиц, можно отнести, в частности, нормы о солидарных обязательствах, правила, предусматривающие необходимость получения согласия кредитора на перевод должником своего долга на другое лицо, предоставляющие кредитору во всех случаях нарушения или возникновения денежного обязательства право требовать уплаты процентов в указанном размере и порядке, нормы, предоставляющие гарантии кредиторам при реорганизации юридического лица, нормы о защите прав кредиторов в процедуре банкротства[2] и многие другие. Так, в российской доктрине в последнее время поднимается вопрос применения сверхимперативных норм к правоотношениям, связанным с обращением ценных бумаг[3].

---

[1] См.: *Салей Е.* Императивные норы права Республики Беларусь как ограничение применения иностранного права // Юстиция Беларуси. 2008. № 2. С. 58—59 ; *Толочко О.* Порядок и пределы применения норм иностранного права судами Республики Беларусь: проблемы совершенствования законодательства // Юстиция Беларуси. 2007. № 4. С. 45—48.

[2] Белорусское законодательство о банкротстве доказывает, что его императивные нормы в большей степени направлены не на защиту интересов третьих лиц, а на защиту интересов государства, т. е. относятся к третьей группе императивных норм. В соответствии с положениями ст. 144 Закона об экономической несостоятельности (банкротстве) 2000 г. обязательства по выплате налоговых и иных платежей в бюджет идут ранее обязательств перед иными кредиторами. В России же в соответствии со ст. 134 Закона 2002 г. требования государства и иных кредиторов находятся в одной очереди.

[3] См.: *Кабатова Е. В.* Отдельные соображения о развитии современного международного частного права // Актуальные проблемы международного частного и гражданского права : сб. ст. М., 2006. С. 95—102 ; *Соловьев Д.* Коллизионные вопросы обращения иностранных ценных бумаг: право и практика России и США // Вест. НАУФОР. 2001. № 5.

К императивным нормам третьей группы можно отнести нормы, устанавливающие определенную форму и обязанность регистрации для отдельных категорий договоров, о лицензировании, таможенном оформлении и т. д., а также норму, содержащуюся в российском и отсутствующую в белорусском Гражданском кодексе, признающую сделку ничтожной, если она противоречит основам правопорядка и нравственности. Пожалуй, к этой категории следует отнести и нормы в области правового режима имущества. Примеров, особенно в российской практике, перевода движимого и недвижимого имущества за границу в качестве взносов в уставный капитал различных обществ, фондов или трастовых компаний, создаваемых в одной из офшорных юрисдикций, множество. Подобные операции позволяют через подчинение имущества иностранному правопорядку экономить значительные суммы нередко в обход императивных норм отечественного налогового законодательства. С проблемой оценки таких действий сталкиваются не только судебные, но и иные правоприменительные органы, в том числе нотариальные. В частности, в книге И. Г. Медведева «Международное частное право и нотариальная деятельность» приводится такой интересный пример правовых последствий обхода сверхимперативных норм. Проект завещания, представленный для удостоверения нотариусу одним известным российским предпринимателем, предполагал передачу всего имущества завещателя, в том числе недвижимого, частному пенсионному фонду на Каймановых островах, учредителями которого являются сам предприниматель, его супруга и двое совершеннолетних детей. Это позволяет избежать уплаты налога на имущество, переходящее в порядке наследования, так как законодательство Каймановых островов, во-первых, не предусматривает налога на наследство и, во-вторых, разрешает титульному наследнику (пенсионному фонду) получить в местном суде правоустанавливающие документы на наследственное имущество независимо от места жительства наследодателя, при наличии имущественных интересов последнего в данной экономической зоне. Устав пенсионного фонда, представленный нотариусу, предполагал, в частности, выплату остальным учредителям ренты из наследственного имущества в течение 5 лет с момента смерти завещателя и последующую ликвидацию фонда с распределением оставшегося имущества между учредителями.

Несмотря на очевидность попытки вывести имущество из-под действия российских императивных налоговых норм, в данной ситуации у нотариуса нет оснований для отказа в удостоверении завещания, так как обратное противоречило бы принципу свободы его совершения. Однако в данном случае имело место уклонение от применения императивных предписаний российского налогового законодательства, поскольку ст. 1 Закона Российской Федерации «О налоге на имущество, переходящее в порядке

наследования или дарения»[1] относит к плательщикам налога физических лиц, которые принимают имущество, переходящее в их собственность в порядке наследования или дарения (исключение в соответствии со ст. 4 данного закона, представляют относительно рассматриваемой ситуации только наследственные права пережившего супруга). Кроме того, подлежит применению императивная коллизионная норма о наследовании (п. 1 ст. 1224 ГК Российской Федерации), согласно которой к наследованию применяется право страны, где наследодатель имел последнее место жительства, а именно российское право. К наследованию недвижимого имущества применяется также российское право, поскольку наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, — по российскому праву. Из всего вышеизложенного вытекает исключительная компетенция российского нотариуса по месту жительства наследодателя или по месту нахождения недвижимого имущества при выдаче свидетельства о праве наследования. Получая правоустанавливающие документы (решение суда на Каймановых островах) на наследственное имущество в обход обязательной компетенции российского нотариуса, наследники могут столкнуться с невозможностью признания и приведения в исполнение на территории России решения иностранного суда, подтверждающего права наследника, противоречащего российским императивным нормам[2].

В целях корректного использования рассматриваемого механизма весьма важным является решение вопроса, сверхимперативные нормы какого правопорядка подлежат обязательному применению, а какого могут использоваться по усмотрению суда.

Все исследуемые источники правового регулирования требуют обязательного применения *loi de police* правовой системы, которой принадлежит суд (ч. 1 ст. 1100 ГК Республики Беларусь, ч. 1 ст. 1192 ГК Российской Федерации, ч. 2 ст. 7 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., ч. 2 ст. 9 Регламента Европарламента и Совета ЕС № 593/2008 от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»)[3], равно как и ч. 2 ст. 8 проекта данного регламента № 650/2005 от 15 декабря 2005 г.[4]

---

[1] Данный закон утратил силу с 1 января 2006 г. в соответствии с Законом РФ от 1 июля 2005 г.

[2] *Медведев И. Г.* Международное частное право и нотариальная деятельность. 2-е изд. М., 2005. С. 38—40.

[3] Journal officiel de l'Union europeenne. 2008. L 177. P. 6 ; Official J. of the European Union. 2008. L 177. P. 6.

[4] Proposal for a regulation of the European parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) 2005 [Electronic resource] / Commission of the European Communities. URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf. Date of access: 14.03.2018.

Более проблематичным и по сей день дискуссионным вопросом международного частного права является вопрос о применении императивных положений государств, с которыми правоотношение имеет тесную связь, т. е. государств, отличных от государств *lex fori* или *lex causae*. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 1100 ГК Республики Беларусь «при применении права какой-либо страны (кроме Республики Беларусь), согласно правилам настоящего раздела, суд может использовать императивные нормы права другой страны, имеющие тесную связь с рассматриваемым отношением, если, согласно праву этой страны, такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Суд должен принимать во внимание назначение и характер таких норм, а также последствия их применения». Аналогичный подход закреплен в нормах ч. 2 ст. 1192 ГК Российской Федерации, ч. 1 ст. 7 Римской конвенции 1980 г., а также в ч. 3 ст. 8 Регламента «Рим I» от 15 декабря 2005 г. Тесная связь контракта с определенной правовой системой может иметь место в следующих проявлениях: место исполнения договора, место осуществления хозяйственной деятельности одной из сторон, место жительства стороны — физического лица, в некоторых случаях — гражданства физического лица. Некоторые авторы называют в качестве возможного критерия право страны, рынок которой оказался затронут действиями сторон по договору, направленными на ограничение конкуренции[1].

Критики положения о возможности учета сверхимперативных норм государства, с которым правоотношение имеет тесную связь, указывают на пробел, существующий в Римской конвенции, а именно отсутствие критериев определения тесной связи, что влечет в некоторых случаях необходимость для суда учета большого количества иностранных правопорядков, порой содержащих противоположное императивное правовое регулирование[2]. В вопросе применения императивных норм речь не может идти о положениях правовых систем, имеющих отдаленную связь с рассматриваемым правоотношением. Интересно, что в первоначальном

[1] *Жильцов А. Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы). С. 94.

[2] Некоторые международные договоры закрепляют непосредственно сферы, в которых должны применяться сверхимперативные нормы иностранных государств. Так, ст. VIII (2) (b) Бреттон-Вудского соглашения от 27 декабря 1945 г. об учреждении Международного валютного фонда (МВФ) предусматривает, что договоры, предметом которых является обмен валюты, затрагивающие валюту одного из государств — членов МВФ и противоречащие положениям валютного законодательства этого государства соответствующего Бреттон-Вудского соглашения, должны признаваться недействительными на территории любого государства-члена. Комментарий к данной статье, содержащийся в Решении Совета исполнительных директоров МВФ № 446-4 от 10 июня 1949 г., уточняет, что признание недействительными таких договоров будет иметь место независимо от того, что в соответствии с коллизионными нормами страны суда правом, применимым к договору, является право иного государства, нежели то, валютным предписаниям которого противоречит сделка.

варианте речь шла о «любой» связи, а во втором варианте — о «существенной» связи. Рабочая группа подчеркнула, что связь с иностранной правовой системой должна быть реальной, что может выражаться, например, в месте исполнения договора, в месте нахождения или месте осуществления деятельности одной из сторон. Именно эти проблемы применения ч. 1 ст. 7 для государств стали причиной предложенного разработчиками конвенции права сделать при подписании конвенции в соответствии с ч. 1 (а) ст. 22 оговорку о неприменении данной нормы. Таким правом воспользовались Великобритания, Ирландия, Люксембург и Германия. В частности, немецкий проект Вводного закона к ГГУ содержал в первом варианте положения, основанные на ч. 1 ст. 7, но они были встречены бурными дискуссиями, и минимальным количеством голосов было принято решение о необходимости сделать оговорку о неприменении положений ч. 1 ст. 7 Римской конвенции.

Проект Регламента «Рим I», следуя подходу Римской конвенции, сохранил право суда применять сверхимперативные нормы государства, с которым правоотношение имеет тесную связь. Обращает на себя внимание тот факт, что в отличие от предыдущей формулировки настоящая учитывает последствия применения или неприменения такой нормы не только в целях самой нормы, но и для сторон. Такой подход приводит на практике к учету всей массы фактических обстоятельств и, как следствие, более объективному разрешению споров.

Однако в окончательном тексте регламента возможность суда применять сверхимперативные нормы права, иного чем *lex fori* и *lex causae*, ограничена только правом места исполнения: «Также могут учитываться сверхимперативные нормы права страны, где возникающие на основании договора обязательства должны быть или были исполнены в той мере, в какой эти положения делают исполнение договора незаконным. При решении вопроса о придании действия этим нормам должны учитываться их характер и цель, а также последствия их применения или неприменения» (п. 3 ст. 9).

Следует отметить, что европейской правоприменительной практикой тесная связь в первую очередь устанавливалась с государством места исполнения договора. Примером может служить преюдициальное решение пятой палаты Суда Евросоюза № C-381/98 от 9 ноября 2000 г.[1] Данное решение было вынесено по запросу апелляционной инстанции Суда Великобритании в связи с рассмотрением дела между *Ingmar GB Ltd u Eaton Leonard Technologies Inc*. Этот вопрос был поставлен в рамках спора между обществом *Ingmar*, расположенным в Великобритании, агентом по агентскому соглашению и *Eaton Leonard Technologie* — обществом, расположенным

[1] Arret de la Cour de justice des Communautes Europeennes (cinquieme chambre). Affaire C-381/98 9 novembre 2000 [Ressource électronique] / Jurisprudence. Mode d'accès: http://www.tripalium.com/jurisprudence/arrets/arret48.htm. Date d'accès: 14.09.2018.

в Калифорнии (США), принципалом, по поводу выплаты коммерческому агенту специфического вознаграждения за приобретенную клиентуру после прекращения агентского соглашения. Дело в том, что Директива Совета ЕС № 86/653 от 18 декабря 1986 г. о координации законодательства государств — членов ЕС относительно торговых агентов[1] в ст. 17 и 18 предусматривает обязанность для принципала выплатить коммерческому агенту специфическое вознаграждение после прекращения агентского соглашения в виде вознаграждения за клиентуру или возмещения ущерба, причиненного ему прекращением договора, оговаривая специальные условия выплаты такого вознаграждения. Причем ст. 19 четко устанавливает, что стороны не могут отступить от применения положений ст. 17 и 18, т. е. определяет эти нормы как нормы непосредственного применения. Положения европейской директивы 1986 г. были имплементированы в британское право посредством регламента, вступившего в силу 1 января 1994 г.: *The Commercial Agents Regulations 1993 № 3053*. Сферой применения британского регламента является деятельность коммерческого агента на территории Великобритании, однако п. 3 ст. 1 предусматривает, что если применимым правом по соглашению сторон является право иного государства, чем Великобритания, то положения ст. 3—22 данного нормативного акта не применяются.

В качестве применимого права в договоре стороны выбрали право Калифорнии.

Решением от 23 октября 1997 г. британский суд постановил, что положения регламента не распространяются на правоотношения сторон в данном договоре. *Ingmar GB Ltd* подало апелляцию, по которой Апелляционный суд поставил преюдициальный вопрос перед Судом ЕС. Суть вопроса состояла в следующем: должны ли императивные нормы европейского законодательства применяться к агентскому соглашению между агентом, осуществляющим свою деятельность на территории государства — члена ЕС, и принципалом, осуществляющим свою деятельность за пределами ЕС, когда применимым правом в контракте является право государства, не участвующего в ЕС?

У суда не вызвал сомнений факт отнесения положений ст. 17—19 Директивы к императивным нормам в смысле международного частного права.

Целями этих статей является защита прав коммерческого агента, осуществляющего деятельность в рамках ЕС, равно как и свобода деятельности и честная деловая конкуренция на внутреннем рынке. Поэтому для европейского юридического порядка важно, что осуществление деятельности принципала, агент которого действует в ЕС, за пределами Евросоюза не может отменить действие императивных норм европейского сообщества. Данный

[1] Текст см.: *Бабкина Е. В.* Международные агентские соглашения // Пром.-торговое право. 2004. № 5—6. С. 179—188.

договор имеет тесную связь с Евросоюзом независимо от факта национальности и места осуществления деятельности принципала, а также вне зависимости от выбора права в контракте.

На основании вышеизложенного Европейский суд признал применимыми к договору императивные нормы европейского права. Истец получил право на специфическое вознаграждение за приобретенную клиентуру после прекращения агентского соглашения.

К констатации наличия тесной связи по иному, нежели место исполнения договора, критерию правоприменительные органы подходят весьма осторожно. Так, несмотря на часто встречающуюся в голландских судебных решениях ссылку на возможность применения закона третьего государства, с которым правоотношение имеет тесную связь, судьи не слишком часто констатируют наличие такой связи. Существует несколько прецедентов использования положений Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г., которая также затрагивает проблематику норм непосредственного применения. Согласно ст. 16 указанной конвенции при применении конвенции может быть признано действие императивных предписаний любого государства, с которым данная ситуация имеет эффективную связь, если в соответствии с законом этого государства такие предписания должны исполняться независимо от права, применимого в соответствии с коллизионными нормами этого государства. В решении голландского суда в г. Гроенло от 2 ноября 1994 г. было установлено, что императивные положения Гражданского кодекса Нидерландов, на которые ссылается истец *Poelenjee*, голландец по национальности, проживающий и осуществляющий агентскую деятельность в Италии в момент заключения договора, валютой платежа по которому являлись голландские гульдены, не могут быть приняты во внимание на том основании, что данное лицо ни осуществляет свою деятельность в Нидерландах, ни проживает там[1]. В данном деле суд констатировал отсутствие эффективной связи агентского договора с правом Нидерландов как государства валюты платежа и национальности одной из сторон.

Анализ законодательной и правоприменительной практики позволяет сделать вывод о недопустимости отождествления понятия «нормы непосредственного применения» и «публичный порядок» в позитивном варианте. Эти понятия близки друг другу, но не взаимозаменяемы. Прежде всего имеет место различие по сфере применения исследуемых правовых институтов. Когда речь идет о публичном порядке, рассматриваются фундаментальные принципы только закона суда, что касается же императивных норм международного частного права, то перед судом часто встает необхо-

[1] Les nouvelles conventions de la Haye (leur application par les juges nationaux). La Haye, 1996. T. 5. P. 321—322.

димость в применении не только отечественных, но и иностранных норм непосредственного применения.

Второе различие можно провести по содержательному критерию. Публичный порядок составляют фундаментальные принципы, лежащие в основе *lex fori*. Нормы же непосредственного применения направлены на обеспечение защиты определенных интересов, достижение определенных целей, указанных выше. Эти цели и интересы могут отражать публичный порядок государства, но не обязательно. Таким образом, норма может быть сверхимперативной, но не затрагивать публичный порядок. С другой стороны, каждая норма, составляющая публичный порядок в позитивном варианте, будет нормой непосредственного применения. На наш взгляд, понятие императивных норм международного частного права шире понятия публичного порядка в позитивном варианте по сфере применения и по содержанию.

В условиях схожести этих механизмов и часто — совпадения их целей, пробела в толковании и специальном правовом регулировании оговорки о публичном порядке и норм непосредственного применения судам следует детально аргументировать использование того или иного механизма ограничения действия коллизионного метода. Так, объясняя отсутствие необходимости применять оговорку о публичном порядке, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 мая 2003 г. устанавливает, что «вынесенное Третейским судом решение не нарушает основополагающие принципы российского права, и этот вывод суда основан на всестороннем исследовании материалов третейского дела, рассмотренного без каких-либо нарушений таких норм права, которые можно было бы отнести к числу основополагающих принципов права (государственных, конституционных, экономических, общественно-политических, морально-культурных устоев Российской Федерации), подрыв которых невозможен и явно незаконен»[1].

Имеется незначительная судебная практика по применению оговорки о публичном порядке в Беларуси. Однако в отличие от рассмотренного выше российского дела, к сожалению, в судебных постановлениях судов Республики Беларусь нет объяснения тех элементов публичного порядка Беларуси, которые были затронуты данным делом. Так, в определении Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 17 октября 2003 г. по иску *Allianz Elementar Versicherung Ag* (Австрия) о разрешении принудительного исполнения в Республике Беларусь решения Торгового суда Франции о взыскании с белорусского ОАО денежных сумм суд отказывает в иске, ссылаясь на то, что такое признание и приведение в исполнение французского судебного решения противоречит основным принципам законодательства Республики Беларусь[2].

[1] Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2000. С. 164.
[2] Дело № 1ИП-13/2003.

Анализ данного судебного определения позволяет сделать вывод о не совсем корректном применении белорусским судом понятия «публичный порядок». Как мы установили выше, одной из основных категорий публичного порядка является противоречие иностранного права или приведения в исполнение иностранного судебного решения основополагающим принципам белорусского права. В данном же деле, на наш взгляд, эти основополагающие, т. е. сверхзначимые, принципы конституционного, частного или процессуального права не затронуты. Решение суда достаточно логично и аргументировано ссылками на белорусское законодательство, но применение в судебном определении термина «основные принципы законодательства», как нам представляется, не совсем целесообразно. Возможно, более правильным было бы для суда в мотивировочной части судебного определения сослаться на норму ст. 1100 ГК Республики Беларусь о применении императивных норм, которой по своей сути является белорусская норма о процессуальном правопреемстве.

Вопросы для самоконтроля

1. Назовите виды взаимности в материально-правовом плане. В чем заключаются их основные отличия?
2. Что представляют собой реторсии в международном частном праве? Приведите примеры из законодательства Республики Беларусь.
3. Перечислите механизмы ограничения применения иностранного права.
4. Чем отличаются механизмы сверхимперативных норм и оговорки о публичном порядке?
5. В каких отношениях в Республике Беларусь применима обратная отсылка?
6. Каким образом нотариус, суд и международный коммерческий арбитраж устанавливают содержание применимого права?

Список литературы

Асосков, А. В. Основы коллизионного права / А. В. Асосков. М. : Инфотропик-Медиа, 2012.

Богатина, Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика / Ю. Г. Богатина. М. : Статут, 2010.

Современное международное частное право в России и Евросоюзе / А. Алиев [и др.] ; под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М. : Норма, 2013. Кн. 1.

РАЗДЕЛ III

СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

ГЛАВА 7
СТАТУС СУБЪЕКТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Основные субъекты международного частного права — это физические и юридические лица, выступающие участниками частноправовых отношений с иностранным элементом. Основной задачей в исследовании правового положения этих лиц является выявление особенностей их правового статуса в иностранной юрисдикции.

7.1. Основные положения о субъектах международного частного права

Исходя из того, что наибольшее распространение в современной практике международного частного права имеют отношения с участием физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, а также юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, в настоящем разделе сделан упор на вопросах их правового статуса. Индивидуальные предприниматели и некоммерческие организации выступают участниками отношений, регулируемых международным частным правом, в своем особом статусе, который учитывается в источниках и коллизионно-правового, и материально-правового регулирования. Так, в п. 4 ст. 1104 ГК Республики Беларусь сказано: «Способность физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, быть индивидуальным предпринимателем и иметь связанные с этим права и обязанности определяется по праву страны, где физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. При отсутствии страны регистрации применяется право страны основного места осуществления индивидуальной предпринимательской деятельности».

Физические и юридические лица являются субъектами частноправовой природы. Правосубъектность этих участников гражданско-правовых от-

ношений с иностранным элементом определяется частным правом, и они совершают юридически значимые действия исключительно в плоскости частного права. Механизмы международного публичного права оказывают значительное воздействие не только на регулирование отношений, составляющих предмет международного частного права, но и на правовой статус некоторых «особых» участников гражданско-правовых отношений с иностранным элементом, к которым относят транснациональные корпорации, государства и межправительственные организации.

Транснациональная корпорация (ТНК) — это совокупность самостоятельных субъектов права, преимущественно юридических лиц, которые носят разную национальность. Поставить под контроль ТНК в целом со стороны одного государства невозможно. Поэтому вопрос о единой правосубъектности данного конгломератного образования активно обсуждается в рамках международных организаций и в доктрине вызывает разные позиции, но на практике не имеет однозначного решения. В учебной литературе по международному частному праву и международному публичному праву уделяется значительное внимание правовым аспектам статуса и деятельности транснациональных корпораций. В международном частном праве изучаются различные правовые способы установления связи между структурными подразделениями ТНК, которые обеспечивают единство их деятельности, а также нормативные правовые акты и документы международных организаций, в которых закреплены стандарты поведения ТНК и механизмы привлечения их к ответственности за действия, принятые на уровне ТНК (материнской компании — центра ТНК), но повлекшие ущерб на территории одного государства по месту деятельности структурного подразделения ТНК (дочернего предприятия). ТНК в целом не выступают субъектом частноправовых отношений с иностранным элементом и изучаются в теме «Юридические лица».

Государства и межправительственные организации создаются и действуют в плоскости публичного права. Необходимость изучения правового статуса этих субъектов в международном частном праве обусловлена рядом причин. С одной стороны, ширится практика участия этих субъектов публично-правовой природы в отношениях, регулируемых международным частным правом. Так, государства заключают соглашения с физическими и юридическими лицами иностранных государств. С другой стороны, отношения, в которых одновременно участвуют лица разной правовой природы, очень сложны в плане правовой регламентации и разрешения.

Международная правосубъектность государств и межправительственных организаций вызывает сложные проблемы подчинения их юрисдикции иностранного государства. Государства и межправительственные организации находятся в ином, более выигрышном положении, нежели их контрагенты. К ним сложно предъявить иск и добиться исполнения судебного решения. Публичная власть государства не может быть использована про-

тив другого государства или против межправительственной организации, представляющей собой объединения нескольких государств. Государства и межправительственные организации обладают иммунитетом от предъявления иска, применения мер против их имущества, в частности мер по принудительному обеспечению иска и исполнению вынесенного решения. Иногда возникает и вопрос о применении иммунитета от коллизионного регулирования. В международном частном праве особые проблемы правового статуса межправительственных связей связаны с определением его в странах-членах и в странах, которые не являются членами данной организации.

Таким образом, систему субъектов международного частного права составляют:

- физические лица;
- юридические лица;
- государства;
- межправительственные организации.

7.2. Режимы, определяющие правовое положение субъектов международного частного права

Основными режимами, определяющими правовое положение субъектов международного частного права (в основном иностранных физических и юридических лиц), являются национальный режим, режим наибольшего благоприятствования, специальный режим и преференциальный режим.

1. *Национальный режим* означает распространение на иностранных физических и юридических лиц тех же правил, что и на отечественных лиц. Национальный режим может быть установлен в международных договорах и актах законодательства. В самом широком виде он закреплен в ст. 11 Конституции Республики Беларусь. Примером закрепления национального режима в международных договорах выступает Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г.

2. *Режим наибольшего благоприятствования* означает, что физическим и юридическим лицам какого-либо государства предоставляются те же права, что и физическим и юридическим лицам любого другого иностранного государства. Данный режим закрепляется в источниках международного права.

Режимы могут распространяться не только на физических и юридических лиц, но также и на других субъектов международного частного права. Международные договоры нередко упоминают государств-участников в качестве лиц, на которых распространяются режимы. Вместе с тем к международному частному праву положения этих международных договоров имеют отношение в том случае, когда выполнение международно-правовых обязательств государств-участников означает получение определенных преимуществ для лиц, происходящих из этих государств.

Вышеназванные режимы играют определяющую роль в правовом положении физических и юридических лиц, выступающих участниками гражданско-правовых отношений с иностранным элементом. Могут быть и другие режимы. Например, в договорах о содействии и защите инвестиций часто упоминаются режимы равенства, недискриминации. Эти режимы в большей степени относятся к обязательствам государств-участников. Для лиц из развивающихся стран в международном праве действует система преференций.

3. *Специальный режим* предусматривает особые правила для иностранцев и устанавливается нормами национального права. Специальные правила, представляющие собой отступления от национального режима, действуют для иностранных физических и юридических лиц всегда. Именно специальный режим и определяет специфику их правового положения. Поскольку специальный режим тесно сопряжен с национальным, то виды правовых источников закрепления и регламентации обоих режимов совпадают.

4. *Преференциальный режим* предусматривает предоставление льгот и преимуществ на односторонней основе в целях содействия развитию некоторых стран, сталкивающихся с серьезными экономическими проблемами. Данный режим устанавливается согласно международным договорам и актам законодательства.

Вопросы для самоконтроля

1. Перечислите субъектов международного частного права.
2. В чем специфика правового положения физических и юридических лиц в международном частном праве?
3. Какие вопросы изучаются в отношении ТНК в международном частном праве?
4. Почему государства и межправительственные организации обладают особым статусом в частноправовых отношениях с иностранным элементом?
5. Назовите основные режимы правового положения субъектов международного частного права.
6. Чем отличается национальный режим от режима наибольшего благоприятствования?

Список литературы

Международное частное право : в 2 т. / С. Н. Лебедев [и др.] ; под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М. : Статут, 2011. Т. 1 : Общая часть.

Международное частное право : учеб. пособие / В. П. Мороз [и др.] ; под ред. В. П. Мороза. Минск : Адукацыя і выхаванне, 2016.

ГЛАВА 8
ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

8.1. Физические лица как субъекты международного частного права

Физические лица, участвующие в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом, могут быть условно разделены на две группы:

- граждане Республики Беларусь;
- иностранные граждане и лица без гражданства (далее — иностранцы).

Под *иностранцами* понимаются все физические лица, не являющиеся гражданами Республики Беларусь, поскольку именно это обстоятельство в основном и определяет специфику их правового положения в международном частном праве. Производя дальнейшую классификацию физических лиц как участников отношений, выходящих за рамки одной национальной юрисдикции, в группе «иностранцы» выделяют иностранцев, постоянно проживающих, временно проживающих и временно пребывающих. Эта классификация исходит из оснований, целей и срока пребывания в стране.

Постоянно проживающими в Республике Беларусь являются иностранцы, которые получили разрешение на постоянное проживание и оформили вид на жительство. Право на получение разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь имеют следующие лица:

- близкие родственники граждан Республики Беларусь, постоянно проживающих в Республике Беларусь;
- имеющие статус беженца или убежище в Республике Беларусь;
- имеющие право на воссоединение семьи;
- прожившие на законных основаниях в Республике Беларусь последние семь и более лет;
- имеющие основания для приобретения гражданства Республики Беларусь в порядке регистрации;
- состоявшие ранее в гражданстве Республики Беларусь;
- являющиеся работниками и специалистами, в которых нуждаются организации Республики Беларусь;
- обладающие исключительными способностями и талантом или имеющие выдающиеся заслуги перед Республикой Беларусь, высокие достижения в области науки, техники, культуры и спорта;
- являющиеся иностранными инвесторами, вложившими инвестиции в размере не менее ста пятидесяти тысяч евро в объекты инвестиционной деятельности на территории Республики Беларусь;

• являющиеся этническими белорусами или их кровными родственниками по прямой нисходящей линии: детьми, внуками, правнуками, родившимися за пределами современной территории Республики Беларусь.

Разрешение на постоянное проживание может быть выдано и иным иностранцам на основании решения Совета Министров Республики Беларусь по согласованию с Президентом Республики Беларусь. Например, вьетнамским гражданам, прибывшим в Республику Беларусь до 1 января 1992 г., в соответствии с Соглашением между СССР и Социалистической Республикой Вьетнам от 2 апреля 1981 г. и постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 9 декабря 2006 г. № 1650 «О выдаче разрешений на постоянное проживание в Республике Беларусь некоторым гражданам Социалистической Республики Вьетнам» предоставлено право обращаться за получением разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь.

Вид на жительство — это документ, удостоверяющий личность иностранца и подтверждающий получение этим лицом разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь. Для получения разрешения на постоянное проживание иностранец, находящийся за пределами Республики Беларусь, обращается в дипломатическое представительство или консульское учреждение Республики Беларусь в государстве постоянного проживания, а иностранец, временно пребывающий или временно проживающий в Республике Беларусь, обращается в орган внутренних дел Республики Беларусь по месту фактического проживания.

Иностранцы, обращающиеся за разрешением на постоянное проживание, должны представить предусмотренный законодательством перечень документов и сообщить о себе подробные сведения. Разрешение на постоянное проживание выдается органами внутренних дел Республики Беларусь. Иностранцу, получившему разрешение на постоянное проживание, который находится за границей, загранучреждение Республики Беларусь выдает в случае необходимости визу Республики Беларусь или иной документ, подтверждающий выдачу ему разрешения на постоянное проживание. В частности, этим лицам может быть выдана виза на постоянное жительство.

Иностранцу, получившему разрешение на постоянное проживание, оформляется вид на жительство. По содержанию этот документ схож с национальным паспортом. В вид на жительство вносятся сведения о личности лиц: имя, дата рождения, гражданство или бывшее гражданство, сведения о детях, не достигших 16-летнего возраста, и т. д.

Правовой статус постоянно проживающих иностранцев наиболее близок к гражданско-правовому положению граждан Республики Беларусь. Так, 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.

Временно пребывающими в Республике Беларусь иностранцами являются лица, прибывшие в Республику Беларусь на срок не более девяноста суток в календарном году со дня первого въезда в Республику Беларусь на основании визы или в порядке, не требующем получения визы, и не имеющие разрешения на временное проживание в Республике Беларусь (далее — разрешение на временное проживание) или разрешения на постоянное проживание, если иное не определено настоящим Законом и международными договорами Республики Беларусь; а *временно проживающими в Республике Беларусь иностранцами* — лица, получившие разрешение на временное проживание. Например, в эту группу иностранцев входят студенты, обучающиеся в белорусских учреждениях образования.

Порядок занятия трудовой деятельностью иностранцами, временно пребывающими и временно проживающими в Республике Беларусь, определяется специальными законодательными актами Республики Беларусь. Иностранцы, временно пребывающие и временно проживающие в Республике Беларусь, не вправе осуществлять в Республике Беларусь предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, если иное не определено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь. Иная деятельность осуществляется иностранцами в порядке, установленном законодательством Республики Беларусь.

Специфика правового статуса иностранцев наряду с национальным законодательством определяется международными договорами. Важное место среди них занимают договоры о равных правах граждан государств-участников. Например, Договор между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о равных правах граждан от 1998 г.

8.2. Коллизионное регулирование правового положения физических лиц

К вопросам правового положения физических лиц относят вопросы их правоспособности и дееспособности, вопросы признания физических лиц безвестно отсутствующими и объявления их умершими, а также вопросы имени.

8.2.1. Коллизионное регулирование вопросов правоспособности и дееспособности физических лиц

Наиболее распространенной из закрепленных в национальных законодательствах коллизионных привязок в отношении вопросов правоспособности и (или) дееспособности физических лиц (возникновение и прекращение правоспособности, ее содержание, приобретение дееспособности и ее

объем, восполнение дееспособности и др.) является коллизионная привязка «*личный/национальный закон*» (*lex personalis*).

Так, согласно п. 1 ст. 1104 ГК Республики Беларусь правоспособность и дееспособность физического лица определяются его личным законом. Нормы аналогичного содержания закреплены в п. 1 и 2 ст. 1095 ГК Казахстана, п. 1 ст. 1178 ГК Кыргызстана, п. 1 ст. 11 Закона Республики Польша от 4 февраля 2011 г. «О международном частном праве», ст. 1196 и п. 1 ст. 1197 ГК РФ, п. 1 ст. 17 и п. 1 ст. 18 Закона Украины от 23 июня 2005 г. «О международном частном праве» (далее — Закон Украины об МЧП). В соответствии со ст. 35 Федерального закона Швейцарии от 18 декабря 1987 г. «О международном частном праве» гражданская дееспособность лица определяется по праву домициля. Согласно ст. 11 и п. 1 ст. 13 Закона Республики Корея от 7 апреля 2001 г. «О международном частном праве» правоспособность и дееспособность физического лица определяются по праву его гражданства.

Согласно п. 2 ст. 1197 ГК РФ физическое лицо, не обладающее гражданской дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности. Как отмечает известный российский ученый И. В. Гетьман-Павлова, такая норма связана с одним из общих постулатов МЧП: лицо, дееспособное по своему личному закону, всегда признается дееспособным за границей; лицо, недееспособное по своему личному закону, может быть признано дееспособным за границей[1].

В Республике Беларусь (ст. 1103 ГК), а также ряде других стран (Кыргызстан, Россия, Узбекистан, Украина и др.) понятие личного закона дифференцировано в зависимости от того, о какой категории физических лиц идет речь.

Так, п. 1 указанной статьи содержит разъяснения относительно личного закона граждан (подданных) какого-либо одного государства и лиц с двойным или множественным гражданством. В отношении первой категории субъектов установлено, что их личным законом считается право страны, гражданство (подданство) которой они имеют. Выбор белорусского законодателя в данной ситуации в пользу *lex patriae* можно объяснить несколькими факторами. В частности, гражданство (подданство) представляет собой объективную и достаточно стабильную связь лица с определенным государством, что служит препятствием обходу закона. Кроме того, установление гражданства (подданства) не сопряжено со значительными сложностями.

[1] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : краткий курс лекций. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 70—71.

В качестве наличия доказательств принадлежности лица к гражданству (подданству) того или иного иностранного государства могут выступать официальные документы, содержащие указание на гражданство (подданство) (см., например, п. 45 Положения о порядке рассмотрения вопросов гражданства Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 1325).

Личным законом второй, указанной в ст. 1103 ГК Республики Беларусь категории лиц по общему правилу считается право страны, с которой соответствующее лицо наиболее тесно связано. Вместе с тем, если лицо с множественным гражданством обладает наряду с гражданством двух или более иностранных государств гражданством Республики Беларусь, его личным законом считается право Республики Беларусь.

Следует иметь в виду, что п. 1 ст. 1103 ГК Республики Беларусь касается только лиц, которые имеют доказательства принадлежности к гражданству (подданству) какого-либо государства. При отсутствии таковых их личным законом считается право страны, в которой они постоянно проживают (п. 2 ст. 1103 ГК Республики Беларусь). Отсылка к данному праву выражает наиболее стабильный и устойчивый признак связи такого лица с территорией того или иного государства[1]. Понятие страны постоянного проживания в законодательстве Республики Беларусь не раскрывается. Экономический суд Содружества Независимых Государств в своем решении от 15 января 2002 г. № 01-1/3-2001 указал, что установление того, является ли место жительства гражданина в том или ином государстве местом его постоянного жительства, должно осуществляться на основе выяснения всех обстоятельств, характеризующих его как место «средоточения его жизненных связей» (постоянная работа, длительность проживания, наличие вида на жительство и т. д.).

Это означает, что правоспособность и дееспособность апатридов, не имеющих страны постоянного проживания, по общему правилу должна определяться на основании закрепленного в п. 3 ст. 1093 ГК Республики Беларусь резервного коллизионного правила — «закона наиболее тесной связи».

Пунктом 3 ст. 1103 ГК Республики Беларусь предусмотрено, что личным законом физического лица, которому предоставлены статус беженца или иные формы защиты, в государстве, не являющемся государством его гражданства (подданства), является право страны, в которой это лицо постоянно проживает[2]. Комментируя схожую норму ГК РФ (п. 6 ст. 1195), О. В. Воробьева справедливо утверждает, что она отражает тот факт, что

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) [Электронный ресурс] / отв. ред. Н. И. Марышева, К. Б. Ярошенко. 3-е изд., испр. и доп. М., 2010 // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2017.

[2] Пунктом 59 Закона Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 135-З «О внесении изменений и дополнений в некоторые законы Республики Беларусь» (вступил в силу 1 февраля 2019 г.) данный пункт изложен в новой редакции.

в силу особых обстоятельств, при которых беженцы были вынуждены покинуть страну своего гражданства или постоянного проживания, их связь с данной страной утрачивается и определяющим для правового положения беженцев в целом становится право принявшей их страны[1].

В законодательстве ряда государств правоспособность и (или) дееспособность физических лиц определяется на основании формулы прикрепления «*закон страны суда*». Например, в соответствии с п. 1 ст. 34 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве» правоспособность физических лиц регулируется *швейцарским правом*.

В нормативных правовых актах некоторых государств закреплены *материальные нормы*, устанавливающие пределы правоспособности физических лиц. Так, согласно п. 2 ст. 1104 ГК Республики Беларусь иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Республике Беларусь гражданской правоспособностью наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не определено Конституцией, законами и международными договорами Республики Беларусь. Схожие нормы закреплены, в частности, в п. 1 ст. 1095 ГК Казахстана, п. 2 ст. 1178 ГК Кыргызстана, ст. 1196 ГК РФ, ст. 17 Закона Украины о МЧП.

Согласно законодательству некоторых стран (Азербайджан, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Российская Федерация, Таджикистан и др.) *lex personalis* неприменима к следующим вопросам (всем или некоторым из них):

1) сделкоспособности;

2) деликтоспособности;

3) способности физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, быть индивидуальным предпринимателем и иметь связанные с этим права и обязанности.

В первом случае применимое право должно в большинстве указанных государств определяться на основании *lex loci actus* (п. 10.2 ст. 10 Закона Азербайджанской Республики «О международном частном праве» (далее — Закон Азербайджана о МЧП), п. 3 ст. 1095 ГК Казахстана, п. 3 ст. 1178 ГК Кыргызстана, п. 3 ст. 1201 ГК Таджикистана).

Во втором случае упомянутые нормы указанных стран, а также п. 1 ст. 1219 ГК РФ предусматривают формулу прикрепления *lex loci delicti commissi*.

В то же время в соответствии с п. 3 ст. 1104 ГК Республики Беларусь изъятие из правила применения *lex personalis* в отношении деликтоспособности и сделкоспособности касается только сделок, совершаемых в Республике Беларусь, и обязательств, возникающих вследствие причинения

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей [Электронный ресурс] / Ин-т государства и права РАН ; Т. Е. Абова [и др.] ; под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова. М., 2004 // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2017.

вреда в Республике Беларусь. В данной ситуации подлежит применению право Республики Беларусь. Аналогичная норма содержится в п. 3 ст. 1590 ГК Молдовы.

В третьем случае должно применяться право страны регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя, а при ее отсутствии (как верно отмечает известный белорусский ученый В. В. Подгруша, это «…может быть обусловлено не только отсутствием предписаний об обязательной регистрации, но и осуществлением предпринимательской деятельности в качестве индивидуального предпринимателя без регистрации при наличии в законодательстве требования об обязательной регистрации»[1]) — право страны основного места осуществления данным лицом индивидуальной предпринимательской деятельности (п. 4 ст. 1104 ГК Республики Беларусь, п. 4 ст. 1095 ГК Казахстана, п. 4 ст. 1178 ГК Кыргызстана, ст. 1201 ГК РФ).

Во многих государствах отдельному коллизионному регулированию подчинено *признание физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным*. Как правило, для этой цели предусмотрена коллизионная привязка *lex fori* (например, в п. 10.3 ст. 10 Закона Азербайджана о МЧП, п. 5 ст. 1104 ГК Республики Беларусь, п. 5 ст. 1095 ГК Казахстана). Вместе с тем в соответствии со ст. 13 Закона Республики Польша от 4 февраля 2011 г. «О международном частном праве» признание физического лица недееспособным регулируется его национальным законом. Польское право подлежит применению в случае, если решение о признании иностранца недееспособным принимается польским судом.

В Европейском союзе на наднациональном уровне содержится лишь коллизионное регулирование деликтоспособности. Исходя из п. 12) преамбулы Регламента «Рим II» вопросы деликтоспособности регулируются в соответствии с правом, применимым в соответствии с данным Регламентом.

Согласно ст. 27 Кодекса Бустаманте правоспособность и дееспособность физических лиц регулируется их личным законом, кроме случаев ограничений его применения, установленных данным Кодексом или местным правом. Отдельного коллизионного регулирования вопросов признания физических лиц недееспособными или ограниченно дееспособными Кодекс Бустаманте не содержит.

В п. 1 и 2 ст. 23 Минской конвенции и в п. 1 и 2 ст. 26 Кишиневской конвенции в отношении *дееспособности* физических лиц в качестве генеральной закреплена коллизионная привязка «закон страны гражданства», в качестве субсидиарной — «закон страны постоянного места жительства».

[1] *Подгруша В. В.* Правовой статус физических лиц в коллизионных нормах Гражданских кодексов Беларуси и России [Электронный ресурс] : [по состоянию на 01.06.2003 г.] // КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

В обеих конвенциях отсутствует коллизионное регулирование правоспособности физических лиц, дееспособности иностранцев, не обладающих гражданством ни одного из государств-участников, а также лиц без гражданства, которые не имеют ни в одном из государств-участников постоянного места жительства.

Киевским соглашением предусмотрено, что гражданская правоспособность и дееспособность предпринимателей определяется по законодательству государства — участника Содружества Независимых Государств, на территории которого они зарегистрированы (п. «а» ст. 11).

Большинство двусторонних международных договоров Республики Беларусь о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (далее — двусторонние договоры о правовой помощи), как и указанные конвенции, содержат только *коллизионные нормы относительно дееспособности* физических лиц. Исключение — Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Венгерской Народной Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 15 июля 1958 г., Договор между Республикой Беларусь и Республикой Польша о правовой помощи по гражданским, семейным, трудовым и уголовным делам от 26 октября 1994 г. и Договор между Республикой Беларусь и Социалистической Республикой Вьетнам о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным, трудовым и уголовным делам от 14 сентября 2000 г.: в них закреплены коллизионные нормы, объем которых охватывает как дееспособность, так и правоспособность. В качестве единственной коллизионной привязки к дееспособности или правоспособности и дееспособности практически во всех этих договорах закреплена привязка *lex patriae*. Лишь в п. 2 ст. 16 Договора между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Куба о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 28 ноября 1984 г. дополнительно содержится иная формула прикрепления — *lex loci contractus*, которая применима только для определения дееспособности физического лица при заключении мелких бытовых сделок.

Минская и Кишиневская конвенции, а также договоры о правовой помощи с Сирией и Венгрией не содержат специального коллизионного регулирования вопросов *признания физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным*. Договоры о правовой помощи с Кубой, Вьетнамом, Польшей, Латвией, Литвой, Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Чехословацкой Социалистической Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 12 августа 1982 г. в качестве единственного или общего правила закрепляют в их отношении *lex patriae*. Некоторые из указанных договоров допускают применение *lex fori* в случаях признания

судом одной договаривающейся стороны гражданина другой договаривающейся стороны недееспособным или ограниченно дееспособным при соблюдении определенных условий. Так, п. 1 и 3 ст. 23 Договора о правовой помощи с Вьетнамом установлено, что если суд одной Договаривающейся Стороны определит, что есть основания для признания недееспособным, ограниченным в дееспособности гражданина другой Договаривающейся Стороны, имеющего место жительства или место нахождения на территории одной Договаривающейся Стороны, то он сообщает об этом соответствующему суду другой Договаривающейся Стороны. Если этот суд заявит, что он предоставляет дальнейшее производство дела суду по месту жительства или месту нахождения этого лица, или не выскажется в трехмесячный срок, то суд по месту жительства или месту нахождения этого лица может рассмотреть дело о признании его недееспособным, ограниченным в дееспособности в соответствии с законодательством своего государства, если такие же основания для признания недееспособным, ограниченным в дееспособности предусматривает законодательство Договаривающейся Стороны, гражданином которой это лицо является.

8.2.2. Коллизионное регулирование признания физических лиц безвестно отсутствующими и объявления их умершими

Для определения права, применимого к соответствующим вопросам (основания, порядок и последствия признания физического лица безвестно отсутствующим и объявления его умершим и отмены решений о таком признании, последствия явки физического лица, объявленного умершим, и др.), в национальных законодательствах многих стран (например, в ст. 44 Кодекса Тунисской Республики о международном частном праве от 27 ноября 1998 г., п. 1 ст. 22 Закона Итальянской Республики от 31 мая 1995 г. «Реформа итальянской системы международного частного права», ст. 20 Закона Украины о МЧП) закрепляется коллизионная привязка «личный/национальный закон». Поскольку он может изменяться на протяжении его жизни в силу тех или иных обстоятельств (например, в связи со сменой им гражданства или места жительства), уточняется, что речь идет о последнем «личном/национальном законе».

В нормативных правовых актах некоторых стран в отношении вышеуказанных вопросов в качестве единственной либо субсидиарной по отношению к коллизионной привязке «личный/национальный закон» предусмотрена формула прикрепления *lex fori*. Так, например, согласно ст. 1105 ГК Республики Беларусь, ст. 1096 ГК Казахстана, ст. 1179 ГК Кыргызстана признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление его умершим подчиняется праву страны суда. В соответствии со ст. 11 Закона Турецкой Республики от 27 ноября 2007 г. «О международном частном и

процессуальном праве» решение, касающееся объявления лица отсутствующим или умершим, принимается в соответствии с национальным законом этого лица. Если же имущество лица, которое не может быть объявлено отсутствующим или умершим, находится в Турции или его супруг (супруга) или наследники являются гражданами Турции, решение об объявлении лица отсутствующим или умершим принимается в соответствии с законодательством Турции.

На уровне ЕС отсутствует унификация коллизионных норм о признании физических лиц безвестно отсутствующими и объявлении их умершими.

Кодекс Бустаманте для коллизионного регулирования презумпции смерти пропавших без вести физических лиц и их любых прав закрепляет коллизионную привязку «личный закон» (ст. 82), для коллизионного регулирования вопросов презумпции отсутствия физических лиц — коллизионную привязку «личный закон» либо «закон страны суда» (вопросы представительства лица, отсутствие которого презюмируется, а также вопрос о том, кому принадлежит право на иск с целью добиться объявления лица отсутствующим, и об определении порядка и условий назначения администраторов определяются в соответствии с личным законом (ст. 79 — 80)), вопросов об обязанности и способе отчета и о том, когда осуществляется и вступает в силу объявление лица отсутствующим, когда и как должно прекращаться управление имуществом отсутствующего, — «закон страны суда» (ст. 81).

В соответствии с п. 3 ст. 25 Минской конвенции и п. 3 ст. 28 Кишиневской конвенции при рассмотрении дел о признании безвестно отсутствующим или объявлении умершим и дел об установлении факта смерти учреждения юстиции государств — участников конвенций применяют законодательство своих государств.

В двусторонних договорах о правовой помощи для коллизионного регулирования указанных вопросов используются коллизионные привязки «закон страны суда» (например, в п. 4 ст. 25 Договора о правовой помощи с Венгрией, п. 3 ст. 26 Договора о правовой помощи с Литвой) либо «закон страны гражданства» (например, в п. 1 ст. 25 Договора о правовой помощи с Польшей, п. 2 ст. 21 Договора о правовой помощи с Ираном).

8.2.3. Коллизионное регулирование вопросов имени физического лица

В международном частном праве к вопросам имени физического лица относятся вопросы права на имя, на пользование именем и права на его защиту.

Наиболее часто встречающейся в национальных законодательствах коллизионной привязкой, позволяющей определить право, применимое к данным вопросам, является привязка «личный/национальный закон». Она

закреплена, в частности, в ст. 1106 ГК Республики Беларусь, ст. 1097 ГК Казахстана, ст. 1198 ГК РФ, ст. 42 Кодекса Тунисской Республики «О международном частном праве», ст. 21 Закона Украины о МЧП.

Исходя из указанной статьи ГК Республики Беларусь, независимо от того, право какого государства применимо к вопросам имени физического лица на основании коллизионной привязки *lex personalis*, подлежат применению нормы законодательства Республики Беларусь об обязанности гражданина принимать необходимые меры для уведомления своих должников и кредиторов о перемене своего имени и несении им риска последствий, вызванных отсутствием у этих лиц сведений о перемене его имени, а также о недопустимости приобретения прав и обязанностей под именем другого лица (данные нормы являются императивными в смысле п. 1 ст. 1100 ГК Республики Беларусь).

В законодательстве ряда стран существует дифференциация коллизионного регулирования вопросов имени. Так, согласно § 13 Федерального закона Австрии «О международном частном праве» использование имени физического лица определяется в соответствии с его личным законом вне зависимости от оснований приобретения имени; защита имени регулируется правом страны, в которой имеет место посягающее на него [имя] действие.

Следует иметь в виду, что в странах, законодательство которых допускает применение в отношении вопросов имени обратной отсылки и (или) отсылки к праву третьей страны (например, п. 2 ст. 1096 ГК Республики Беларусь, п. 2 ст. 1087 ГК Казахстана, п. 2 ст. 1190 ГК РФ), данные вопросы должны разрешаться в соответствии с правом, к которому осуществляется отсылка.

Акты Европейского союза, Минская и Кишиневская конвенции, а также двусторонние договоры о правовой помощи не содержат коллизионного регулирования вопросов, касающихся права на имя.

В Кодексе Бустаманте предусмотрено только коллизионное регулирование вопросов права ребенка на фамилию (ст. 57, 64, 74). В качестве единственной коллизионной привязки используется коллизионная привязка «личный закон» (ребенка либо его отца).

8.3. Правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь

Основополагающее значение для определения правового статуса иностранцев в Республике Беларусь имеет ст. 11 Конституции Республики Беларусь. В соответствии с ней иностранные граждане и лица без гражданства на территории Беларуси пользуются правами и свободами и исполняют обязанности наравне с отечественными гражданами, если иное не определено Конституцией, законами и международными договорами. Таким об-

разом, Конституция закрепляет для иностранцев, находящихся на территории Республики Беларусь, равный правовой статус со статусом граждан Республики Беларусь. Особенности в правовом статусе иностранцев могут быть установлены Конституцией, законами и международными договорами, заключенными с участием Республики Беларусь. С позиций международного частного права это означает распространение на иностранцев национального режима при допущении изъятий из него. Причем то, что закрепление исключений может осуществляться только посредством самой Конституции, законов или международных договоров, является важной гарантией от необоснованного сужения прав иностранцев. Сочетание национального режима с установлением некоторых ограничений в правах для иностранцев — обычная практика большинства государств, позволяющая обеспечить надлежащий уровень прав национальных граждан, защитить национальные интересы, в том числе в экономической сфере, создать преграды для нежелательной трудовой миграции.

Предоставление национального режима иностранцам в белорусском законодательстве не связывается с требованием о предоставлении аналогичных или сопоставимых прав и свобод белорусским гражданам в зарубежных странах. При этом роль международных договоров, затрагивающих вопросы правового положения иностранцев, как правило, заключается в повышении, сближении, уравнивании правового статуса иностранцев со статусом национальных граждан государства пребывания. В соответствии с ч. 2 ст. 3 Закона Республики Беларусь от 4 января 2010 г. «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» (далее — Закон о правовом положении иностранцев), если международным договором Республики Беларусь установлены иные правила, чем те, что содержатся в этом законе, применяются правила международного договора. В связи с этим по источникам правового регулирования и объему предоставляемых прав иностранные граждане в Республике Беларусь могут быть разделены на две группы: иностранцев, чей правовой статус определяется международным договором и законами Республики Беларусь, и иностранцев, чей правовой статус определяется только законами Республики Беларусь. В ряду международных договоров особое место занимают договоры, в которых равноправие граждан государств — участников договора при их пребывании в других государствах-участниках закрепляется по отношению к широкому спектру прав и свобод. Такими договорами, в частности, являются Договор между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о равных правах граждан 1998 г., Договор о правовом статусе граждан одного государства, постоянно проживающих на территории другого государства, заключенный между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой и Российской Федерацией в 1996 г. Динамичным является двустороннее и многостороннее международно-договорное со-

трудничество по вопросам, касающимся прав иностранцев в определенных сферах — труда, предпринимательства, здравоохранения, образования, свободы передвижения и выбора места жительства и др.

Важное влияние на правовое положение в Республике Беларусь гражданина определенного государства могут оказать реторсии, т. е. ответные ограничения в отношении прав граждан этого государства, установленные Правительством Республики Беларусь в связи с наличием специальных ограничений прав граждан Республики Беларусь в этом государстве. Возможность их введения предусмотрена ч. 4 ст. 4 Закона о правовом положении иностранцев, ст. 1102 ГК Республики Беларусь, ч. 3 ст. 541 ГПК Республики Беларусь, ч. 4 ст. 242 ХПК Республики Беларусь. Установление реторсий носит исключительный характер, в то же время возможность их введения свидетельствует об определенной связи национального режима с требованием взаимности. При введении ограничений они не могут распространяться на иностранцев, ходатайствующих о предоставлении статуса беженца, или дополнительной защиты, или убежища в Республике Беларусь, а также иностранцев, которым предоставлены статус беженца, или дополнительная либо временная защита, или убежище (ч. 4, 2 ст. 4 Закона о правовом положении иностранцев).

Правовое положение специальных групп иностранных граждан (дипломаты, консулы и др.) регулируется нормами законодательства Республики Беларусь с учетом обязательств по международным договорам.

Существенное значение для определения объема прав и порядка их реализации имеет отнесение иностранца к лицам, получившим право на постоянное проживание, временное проживание, или вхождение его в категорию лиц, временно пребывающих в Республике Беларусь. Иностранные граждане, получившие в установленном порядке разрешение на постоянное проживание в Республике Беларусь, имеют наибольший объем прав и свобод, их правовое положение в большей степени приближено к правовому положению граждан Республики Беларусь. В частности, в соответствии с ч. 1 ст. 11 Закона о правовом положении иностранцев 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 с учетом некоторых ограничений, определенных этим Законом. Пункт 5 ст. 3 Кодекса Республики Беларусь об образовании устанавливает равенство права на образование иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь (и некоторых других), и граждан Республики Беларусь.

Правовой статус иностранцев, временно проживающих или временно пребывающих в Республике Беларусь, определяется законами и международными договорами Республики Беларусь и практически одинаков. Как правило, реализация прав и свобод именно этих категорий иностранцев тре-

бует соблюдения установленных законодательством дополнительных процедур и условий.

Ограничения, устанавливаемые белорусским законодательством, в ряде случаев касаются иностранцев всех категорий. Прежде всего речь идет об избирательном праве, а также праве занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. В соответствии со ст. 19 Закона о правовом положении иностранцев иностранцы не могут избирать и быть избранными в выборные государственные органы Республики Беларусь и принимать участие в референдумах. Иностранцы не могут занимать должности, назначение на которые в соответствии с законодательством Республики Беларусь связано с принадлежностью к гражданству Республики Беларусь (ст. 20 Закона о правовом положении иностранцев). В частности, иностранцы не могут быть государственными служащими, прокурорскими работниками, судьями, государственными и частными нотариусами, работниками Комитета государственного контроля и его территориальных органов, сотрудниками органов внутренних дел, работниками органов финансовых расследований, адвокатами, поступать на службу в таможенные органы Республики Беларусь. Иностранцы не могут быть приняты на дипломатическую службу. Статья 51 КТМ Республики Беларусь предусматривает, что в состав экипажа судна наряду с гражданами Республики Беларусь могут входить иностранные граждане, а также лица без гражданства, однако должности капитана судна, старшего помощника капитана судна, старшего механика и радиоспециалиста могут занимать только граждане Республики Беларусь. Летный экипаж воздушного судна, как правило, должен быть сформирован из лиц, имеющих белорусское гражданство. Иностранцы могут включаться в него в порядке, установленном специально уполномоченным органом в области гражданской авиации или в области обороны в зависимости от того, является ли воздушное судно гражданским или государственным. В летный экипаж экспериментального воздушного судна иностранец может быть включен в порядке, установленном специально уполномоченным органом в области экспериментальной авиации (ч. 4 ст. 39 Воздушного кодекса Республики Беларусь).

8.3.1. Иностранцы как субъекты гражданских прав

В сфере международных частноправовых отношений гражданско-правовые отношения занимают главенствующее место. Для любого иностранца, проживающего в Республике Беларусь, правовое регулирование имущественных и личных неимущественных отношений, объем возможного участия в этих отношениях имеют первостепенное практическое значение. Национальный режим в этих отношениях для иностранцев наряду с Конституцией и Законом 2010 г. закреплен в ч. 2 п. 3 ст. 1 и п. 2 ст. 1104 ГК.

Вещные права иностранцев. Иностранцам и лицам без гражданства предоставлено право иметь в Республике Беларусь имущество на праве собственности, наследовать и завещать его, причем объектами права собственности иностранцев могут быть не только движимое имущество, но и многие виды недвижимого имущества (предприятия как имущественные комплексы, капитальные строения и др.). Как и собственники — граждане Республики Беларусь, собственники-иностранцы вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего им имущества любые действия, не противоречащие законодательству, общественной пользе и безопасности, не наносящие вреда окружающей среде, историко-культурным ценностям и не ущемляющие прав и защищаемых законом интересов других лиц, в том числе отчуждать свое имущество другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, а также распоряжаться им иным образом. Собственник-иностранец вправе использовать свое имущество для осуществления в Республике Беларусь предпринимательской и иной не запрещенной законодательными актами деятельности, а также передать имущество в доверительное управление другому лицу (доверительному управляющему), которое обязано осуществлять управление имуществом в интересах собственника или указанного им третьего лица. Частная собственность физических лиц пользуется такой же защитой, как и другие виды собственности.

Установленные белорусским законодательством ограничения права собственности иностранцев сопряжены прежде всего с определенным сужением круга объектов, которые могут находиться в их собственности. Законом Республики Беларусь «Об объектах, находящихся только в собственности государства, и видах деятельности, на осуществление которых распространяется исключительное право государства» (далее — Закон) установлено, что физические лица имеют право создавать объекты, перечисленные в ст. 7 Закона, или иным образом приобретать право собственности на них исключительно в случаях, предусмотренных законами или актами Президента Республики Беларусь (п. 3 ст. 8 Закона). По общему правилу эти объекты не подлежат приватизации. К числу таких объектов отнесены определенные категории земель; большинство объектов использования атомной энергии (ядерные установки, ядерные материалы); наркотические средства и психотропные вещества, подлежащие государственному контролю в Республике Беларусь; средства республиканского и местных бюджетов, государственных внебюджетных фондов, золотовалютные резервы; оборонные объекты; средства правительственной связи; государственные секреты и др. Поскольку в Законе используется термин «физические лица», постольку указанные объекты не могут находиться в собственности не только иностранных граждан и лиц без гражданства, но и в собственности граждан

Республики Беларусь. Закон допускает передачу в случаях, предусмотренных законами или актами Президента Республики Беларусь, этих объектов, в том числе физическим лицам, в аренду без права выкупа или в безвозмездное пользование (п. 5 ст. указанного Закона). Объекты, находящиеся только в собственности государства, могут быть предоставлены в концессию (п. 7 ст. 8 Закона).

Кодекс Республики Беларусь о недрах (п. 1 ст. 5, ст. 4), Водный кодекс Республики Беларусь (п. 1 ст. 8, ст. 7), Лесной кодекс Республики Беларусь (ч. 1 ст. 7, ст. 9), закрепляя исключительную собственность государства на недра, воды, леса, признают иностранных граждан и лиц без гражданства субъектами, которые вправе получать эти объекты в пользование в установленном законодательством порядке.

В отличие от ранее действовавших норм, в соответствии с Кодексом Республики Беларусь о земле 2008 г. (далее — КоЗ Республики Беларусь), не только граждане Республики Беларусь, но и иностранные граждане, а также лица без гражданства могут становиться собственниками земельных участков в Республике Беларусь. КоЗ Республики Беларусь устанавливает существенные особенности приобретения ими земельных участков в частную собственность. К иностранцу земельный участок может перейти на указанном праве исключительно в результате его наследования от лица, которому земельный участок принадлежал на праве частной собственности, и при этом иностранец должен являться родственником наследодателя (ч. 4 ст. 12 КоЗ Республики Беларусь). Иное может быть установлено законодательными актами.

Будучи собственниками земельных участков, иностранцы, как и граждане Республики Беларусь, вправе совершать с земельными участками, а также правами на них сделки с соблюдением правил, установленных КоЗ (ст. 17, 47—51 КоЗ Республики Беларусь). Общими и для граждан Республики Беларусь, и для иностранцев являются правила отчуждения и перехода по наследству земельных участков, находящихся у них на праве частной собственности. Вместе с тем при применении этих правил необходимо учитывать следующее. Во-первых, земельные участки могут отчуждаться только Минскому городскому, городским (городов областного, районного подчинения), районным, сельским, поселковым исполнительным комитетам или гражданам Республики Беларусь либо негосударственным юридическим лицам Республики Беларусь при условии сохранения целевого назначения этих земельных участков (ч. 1 ст. 51, ст. 4 КоЗ Республики Беларусь). Таким образом, приобретателем земельного участка по договорам купли-продажи, мены, дарения, ренты иностранец быть не может. Во-вторых, по наследству земельные участки могут передаваться гражданам Республики Беларусь, иностранным гражданам и лицам без гражданства (ч. 2 ст. 69 КоЗ Республики Беларусь). Для приобретения иностранным наследником по за-

вещанию права собственности на переходящий по наследству участок необходимо, чтобы он состоял с наследодателем в родственных отношениях.

КоЗ Республики Беларусь впервые признал иностранных граждан и лиц без гражданства субъектами права пожизненного наследуемого владения земельным участком. Земельный участок на этом праве тоже может быть получен иностранцем при наследовании им земельного участка, ранее предоставленного наследодателю, являющемуся родственником, в пожизненное наследуемое владение. В частности, это может иметь место при наследовании расположенного на таком участке жилого дома, зарегистрированной организацией по государственной регистрации квартиры в блокированном жилом доме, дачи, садового домика, если иное не установлено законодательными актами (ч. 3 ст. 14 КоЗ Республики Беларусь).

Кроме прочего, КоЗ устанавливает и другие, частные, ограничения прав иностранцев в области земельных отношений. Являясь членами садоводческого товарищества или дачного кооператива, иностранный гражданин или лицо без гражданства, постоянно проживающие на территории Республики Беларусь, вправе получить земельный участок в аренду (ч. 2 ст. 39 КоЗ Республики Беларусь). Гражданам Республики Беларусь земельные участки для этих целей могут предоставляться в частную собственность, пожизненное наследуемое владение или аренду. Только в аренду иностранные граждане и лица без гражданства вправе получать земельные участки для ведения крестьянского (фермерского) хозяйства из земель сельскохозяйственного назначения (ст. 37 КоЗ Республики Беларусь). Иностранные граждане и лица без гражданства, являющиеся арендаторами земельных участков и надлежащим образом исполняющие условия договора аренды, не имеют преимущественного перед иными лицами права при прочих равных условиях на приобретение в установленном законодательством порядке используемого земельного участка в частную собственность (ч. 6 ст. 69 КоЗ Республики Беларусь). За гражданами Республики Беларусь, арендующими земельные участки, такое право закрепляется, хотя оно и не может быть реализовано в отношении земель всех категорий и видов (ч. 6 ст. 69, ст. 13 КоЗ Республики Беларусь).

Вместе с тем иностранцам, осуществляющим инвестиции на территории Республики Беларусь, земельные участки могут предоставляться во временное пользование на основании концессионных договоров на срок до 99 лет (абз. 4 ч. 1 ст. 16 КоЗ Республики Беларусь).

В отношении права иностранцев приобретать в собственность жилые дома (квартиры) в Республике Беларусь отечественное законодательство также прошло существенную трансформацию. Ранее действовавшие правила обусловливали возможность приобретения ими жилых домов (квартир) в населенных пунктах Беларуси наличием вида на жительство и занятием на законных основаниях трудовой, хозяйственной или иной деятельно-

стью. Иностранцы, не проживавшие на территории Республики Беларусь постоянно, были вправе приобретать квартиры (дома) в Республике Беларусь в соответствии с международными договорами[1]. Согласно п. 3 ст. 73 Жилищного кодекса Республики Беларусь (далее — ЖК Республики Беларусь) иностранные граждане и лица без гражданства вправе приобретать в Республике Беларусь жилые помещения *частного* жилищного фонда по договорам купли-продажи, мены или на основании иной сделки по отчуждению жилого помещения, если иное не установлено законодательными актами. Таким образом, в настоящее время право приобретать дома (квартиры) в Беларуси имеют любые категории иностранцев (как постоянно или временно проживающие или временно пребывающие, так и не имеющие ни одного из указанных статусов). Право приобретать жилые помещения *государственного* жилищного фонда закрепляется за иностранцами в том случае, если оно предусмотрено международными договорами Республики Беларусь (ч. 2 ст. 73 ЖК Республики Беларусь). Это ограничение не распространяется на иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, которые, как это вытекает из п. 3 ст. 1 ЖК Республики Беларусь, уравнены в правах с гражданами Республики Беларусь в сфере жилищных отношений. Равные с гражданами Республики Беларусь права в вопросе приобретения квартир (домов) в Республике Беларусь предоставлены гражданам Российской Федерации[2].

Таким образом, ограничение вещных прав иностранцев в Республике Беларусь заключается в том числе в невозможности для них использовать сделки для приобретения определенных видов недвижимого имущества, что в конечном счете означает создание для иностранцев препятствий к доступу на рынок недвижимости. В области вещных прав на земельные участки равными правами с гражданами Республики Беларусь не пользуются даже постоянно проживающие в Беларуси иностранцы. С другой стороны, динамика белорусского законодательства с очевидностью свидетельствует о расширении их прав как субъектов вещных правоотношений.

Право иностранцев заниматься предпринимательской и иной не запрещенной деятельностью. Важным элементом гражданской правоспособности граждан в соответствии со ст. 17 ГК является способность заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законодательными актами деятельностью. Предпринимательская деятельность в Республике Беларусь может осуществляться в двух формах: без образова-

[1] Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 31 августа 1993 г. № 589 «Об установлении порядка купли-продажи квартир (домов)» // Собр. постановлений Правительства Респ. Беларусь. 1993. № 25. Ст. 486; Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2001. № 5/8294.

[2] Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 10 июля 1998 г. № 1086 «О реализации Решения Высшего совета Сообщества Беларуси и России от 2 апреля 1997 г. № 3» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2001. № 5/6786.

ния юридического лица (индивидуальная предпринимательская деятельность) и с образованием юридического лица. Новеллой белорусского законодательства является запрет для иностранцев, временно пребывающих или временно проживающих в Республике Беларусь, на занятие индивидуальной предпринимательской деятельностью, если иное не определено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь (ч. 3 ст. 11 Закона о правовом положении иностранцев). Названные категории иностранцев ранее могли заниматься указанной деятельностью на основании специальных разрешений.

Частью 3 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь и Указом Президента Республики Беларусь от 9 октября 2017 г. № 364 «Об осуществлении физическими лицами ремесленной деятельности» иностранцам, как и гражданам Республики Беларусь, предоставлено право заниматься ремесленной деятельностью при условии подачи заявления в налоговый орган о постановке на учет и уплаты сбора. Ремесленная деятельность не является предпринимательской.

Часть 4 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь закрепляет за гражданами Республики Беларусь и за иностранцами любых категорий право осуществлять определенные виды деятельности, также не относящиеся к индивидуальной предпринимательской, в частности использовать собственные ценные бумаги и банковские счета в качестве средства платежа или в целях сохранения денежных средств и получения дохода. Без привлечения иных физических лиц по трудовым и (или) гражданско-правовым договорам иностранцы вправе заниматься репетиторством, фотосъемкой, изготовлением фотографий, видеосъемкой событий, майнингом, приобретением и отчуждением цифровых знаков (токенов). Они вправе оказывать услуги по уходу за взрослыми и детьми, по дизайну интерьеров, графическому дизайну, осуществлять деятельность по письменному и устному переводу, специализированную офисную деятельность и т. д.

В сфере осуществления торговой деятельности права иностранцев разнятся в зависимости от режима пребывания (проживания) в Республике Беларусь. Временно пребывающие и временно проживающие в Республике Беларусь иностранцы вправе осуществлять реализацию произведений живописи, графики и скульптуры, изделий народных художественных ремесел, продукции растениеводства и пчеловодства на рынках и (или) в иных установленных местными исполкомами местах не более пяти дней в календарном месяце (абз. 12 ч. 4 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь). В Законе о правовом положении иностранцев закрепляется требование о получении ими на этот случай специального разрешения (ч. 4 ст. 11 Закона о правовом положении иностранцев). Его форма утверждена постановлением Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 20 июля 2010 г. № 230. Права иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, касающиеся

торговой деятельности, — более широкие и равные с правами отечественных граждан (см. абз. 13 ч. 4 п.1 ст. 1 ГК Республики Беларусь).

Вместе с тем только постоянно проживающим в Республике Беларусь иностранцам наряду с отечественными гражданами предоставлено право без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя предоставлять принадлежащие им на праве собственности жилые помещения, садовые домики, дачи иным физическим лицам для краткосрочного проживания, а также осуществлять деятельность по заказам граждан, приобретающих или использующих товары (работы, услуги) исключительно для нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (абз. 33, 34 ч. 4 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь).

Право иностранцев создавать юридические лица. Важной для осуществления иностранцами предпринимательской деятельности в Республике Беларусь является возможность для них создавать коммерческие юридические лица. Ограничения, сопряженные с реализацией этого права, предопределены особыми требованиями, предъявляемыми в ряде случаев законодательными актами к учредительскому составу юридического лица определенной организационно-правовой формы. В частности, в соответствии с ч. 1 п. 4 ст. 63 ГК Республики Беларусь участниками полных товариществ и полными товарищами в коммандитных товариществах могут быть индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации. Поскольку иностранцам, временно пребывающим (проживающим) в Республике Беларусь, запрещено заниматься индивидуальной предпринимательской деятельностью в Республике Беларусь, постольку они не вправе выступать в качестве полных товарищей в этих юридических лицах. Юридические препятствия существуют и для членства временно пребывающих (проживающих) иностранцев в производственных кооперативах, что обусловлено требованием о личном трудовом участии членов в деятельности организации (п. 1 ст. 107 ГК Республики Беларусь). В соответствии с прямым указанием Закона Республики Беларусь «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» право на создание хозяйства имеют дееспособные граждане Республики Беларусь, иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно проживающие на территории Республики Беларусь (п. 1 ст. 4). Учредительство для иностранцев в хозяйственных обществах и унитарных предприятиях не требует учета каких-либо специальных правил.

Иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно не проживающие в Республике Беларусь, осуществляющие инвестиции на территории Республики Беларусь, в том числе путем участия в уставных фондах коммерческих организаций, признаны законом иностранными инвесторами (ч. 2 ст. 1 Закона Республики Беларусь «Об инвестициях»). Им предоставлены некоторые важные гарантии, направленные на защиту их капиталовложений (ст. 12 Закона Республики Беларусь «Об инвестициях»).

Иностранцы являются субъектами приватизации и вправе приобретать доли в уставных фондах, а также предприятия как имущественные комплексы на соответствующих аукционах и конкурсах (абз. 3 ст. 1, ст. 4 Закона Республики Беларусь «О приватизации государственного имущества и преобразовании государственных унитарных предприятий в открытые акционерные общества»).

В определенных сферах экономики не допускается создание коммерческих юридических лиц со стопроцентным иностранным капиталом. Это касается страховых, банковских организаций.

В ряде установленных законом случаев осуществление инвестиций запрещено или ограничено (ст. 6 Закона Республики Беларусь «Об инвестициях»).

Согласно пп. 3.5 п. 3 ст. 10 Закона Республики Беларусь «О средствах массовой информации» (далее — Закон о СМИ) иностранные граждане и лица без гражданства не вправе учреждать в Беларуси СМИ, однако вправе участвовать в уставном фонде юридического лица, на которое возложены функции редакции СМИ (пп. 2.1 п. 2 ст. 8 Закона о СМИ).

Свои устремления, связанные с удовлетворением духовных, культурных, образовательных потребностей, а также с защитой своих социальных, трудовых прав, иностранцы имеют возможность реализовывать, участвуя в ряде некоммерческих юридических лиц. Однако белорусское законодательство устанавливает в этом отношении и определенные запреты. Статьи 9 и 13 Закона Республики Беларусь «О политических партиях» исключают для иностранцев возможность как учреждать политические партии, так и вступать в них. Согласно ч. 2 ст. 9 Закона о правовом положении иностранцев иностранцы не вправе членствовать и в иных преследующих политические цели общественных объединениях, действующих в Беларуси. Уставы профессиональных союзов и иных общественных объединений, созданных в Республике Беларусь, могут предоставлять иностранцам право вступать в них (ч. 1 ст. 9 Закона о правовом положении иностранцев, ч. 2 ст. 2 Закона Республики Беларусь «О профессиональных союзах»). Вместе с тем равным с отечественными гражданами правом на вступление в профессиональные союзы пользуются постоянно проживающие в Республике Беларусь граждане России, Казахстана и Кыргызстана в силу ст. 4 Договора о правовом статусе граждан одного государства, постоянно проживающих на территории другого государства, заключенного 29 марта 1996 г.

Иностранцы могут являться учредителями международных общественных объединений, в том числе молодежных и детских, создаваемых на территории Республики Беларусь (ч. 3 ст. 2, ст. 8 Закона Республики Беларусь «Об общественных объединениях»), в том числе учреждать в Беларуси международные общественные объединения в сфере культуры, включая творческие союзы (п. 3 ст. 40 Кодекса Республики Беларусь о культуре).

Белорусское законодательство не допускает участия иностранцев в создании религиозных общин в качестве их учредителей (ч. 1 ст. 14 Закона Республики Беларусь «О свободе совести и религиозных организациях»). Иностранцы не вправе учреждать фонды (ч. 1 п. 1 ст. 118 ГК Республики Беларусь).

Как установлено п. 2 ст. 117^1 ГК Республики Беларусь, учредителями республиканских государственно-общественных объединений могут являться в том числе физические лица, а значит, и иностранцы.

ГК Республики Беларусь разрешает иностранцам создавать в Республике Беларусь и такие некоммерческие организации, как учреждения, поскольку единственным требованием к учредителю в соответствии со ст. 120 ГК выступает наличие у него в собственности имущества, которое составит материальную базу деятельности этой организации.

Согласно ч. 3 п. 3 ст. 46 ГК Республики Беларусь некоммерческие организации могут создаваться для удовлетворения материальных (имущественных) потребностей граждан либо граждан и юридических лиц в случаях, предусмотренных этим кодексом и другими законодательными актами. Право участвовать в учреждении садоводческих товариществ предоставлено только иностранцам, постоянно проживающим в Республике Беларусь (п. 4 Положения о садоводческом товариществе, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 28 января 2008 г. № 50). Причем учредительство в таком товариществе обусловлено наличием полной дееспособности. Постоянно проживающие в Республике Беларусь дееспособные иностранцы вправе являться членами (учредителями) жилищно-строительных, жилищных кооперативов, гаражных кооперативов и кооперативов, осуществляющих эксплуатацию автомобильных стоянок (ЖК Республики Беларусь, Указ Президента Республики Беларусь от 28 января 2008 г. № 43). Вопрос о возможности для иностранцев участвовать в учреждении потребительских обществ, создаваемых в форме потребительского кооператива, ст. 116 ГК Республики Беларусь, ст. 7, 11 Закона Республики Беларусь «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Республике Беларусь» определенно не решен.

8.3.2. Правовой статус иностранцев в трудовых отношениях

Внутригосударственное право Республики Беларусь. Как указывалось выше, постоянно проживающие в Республике Беларусь иностранцы имеют право наравне с отечественными гражданами заниматься в Беларуси трудовой деятельностью. Порядок занятия трудовой деятельностью иностранцами, временно пребывающими (проживающими) в Республике Беларусь, определяется специальными законодательными актами, в частности Законом Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции» (да-

лее — Закон № 225). 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, в соответствии с Законом № 225 признается трудящимся-иммигрантом (абз. 11 ст. 1 Закона № 225). Указанный Закон, следует отметить, регулирует также отношения, связанные с трудоустройством за пределами Республики Беларусь граждан Республики Беларусь и постоянно проживающих в Республике Беларусь иностранцев, которые в данном случае именуются «трудящимися-эмигрантами».

Под действие этого Закона не подпадают иностранцы, приглашенные в Республику Беларусь на срок не более 90 суток для учебной работы в учреждениях образования, обеспечивающих получение высшего образования, повышение квалификации и (или) переподготовку кадров, а также приглашенные для проведения монтажа (шефмонтажа) оборудования и (или) оказания услуг по обучению персонала эксплуатации этого оборудования (абз. 4 ч. 2 ст. 2 Закона № 225).

Действие Закона № 225 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. 5 ч. 2 ст. 2 Закона № 225). Из сферы действия Закона № 225 исключены иностранцы, аккредитованные в Республике Беларусь в качестве журналистов иностранных средств массовой информации (абз. 6 ч. 2 ст. 2 Закона № 225); иностранцы, являющиеся священнослужителями, приглашенными религиозными объединениями 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); иностранцы, трудоустраивающиеся в нашей стране по получаемой специальности в период обучения в белорусском учреждении высшего образования или в течение года после получения в нем специальности и присвоения квалификации (абз. 10, 11 ч. 2 ст. 2).

Действие Закона № 225 не распространяется на иностранцев, являющихся руководителями представительств иностранных организаций (абз. 7 ч. 2 ст. 2), а также иностранцев, обязанных возмещать расходы, затраченные государством на содержание детей, находящихся на государственном обеспечении (абз. 12 ч. 2 ст. 2).

Закон № 225 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, обязательствами, возникающими на основе договоров, предусмотренных гражданским законодательством Республики Беларусь;

недопустимость нарушения законодательства Республики Беларусь о труде и иного законодательства Республики Беларусь при использовании труда трудящихся-иммигрантов (ст. 4 Закона № 225).

Указанные принципы внешней трудовой миграции 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; недопустимость подмены трудовых отношений, вытекающих из трудовых договоров, заключенных с трудящимися-иммигрантами, обязательствами, возникающими на основе договоров, предусмотренных гражданским законодательством Республики Беларусь; недопустимость нарушения законодательства Республики Беларусь при использовании труда трудящихся-иммигрантов.

В соответствии с ч. 1 ст. 23 Закона № 225 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 № 225). До настоящего времени введение квот не

практиковалось. Но даже если квоты будут установлены, то не в отношении всех иностранцев, поскольку интересы трудящихся-иммигрантов из ряда государств защищены международными договорами, отменяющими действие ограничений, направленных на защиту национальных рынков труда.

Ранее в рамках Таможенного союза на уровне правительств Казахстана, России и Беларуси 19 ноября 2010 г. было заключено Соглашение о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей (далее — Соглашение 2010 г.), вступившее в силу 1 января 2012 г., которым устанавливалось, что деятельность, связанная с привлечением трудящихся-мигрантов, должна осуществляться работодателями государства трудоустройства без учета ограничений по защите национального рынка труда (ст. 3). При этом для трудящихся государств-членов отменялась необходимость получать разрешения на осуществление трудовой деятельности в государстве трудоустройства. В связи с заключением Договора о ЕАЭС Соглашение 2010 г. прекратило свое действие, однако Договор о ЕАЭС включает аналогичные нормы (п. 1 ст. 97). Вместе с тем Договором о ЕАЭС допускается установление государствами-членами в виде исключения ограничений в отношении осуществляемой трудящимися государств-членов трудовой деятельности, рода занятий и территории пребывания в целях обеспечения национальной безопасности (в т. ч. в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение) и общественного порядка (п. 2 ст. 97).

Назначение второго специального принципа — недопустимости подмены трудовых отношений, вытекающих из трудовых договоров, заключенных с трудящимися-иммигрантами, гражданско-правовыми обязательствами — 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 договоров 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, то на иностранцев, временно пребывающих (проживающих) в Республике Беларусь, этот Указ не распространяется.

Некоторые двусторонние соглашения по вопросам внешней трудовой миграции, например заключенное Республикой Беларусь с Азербайджанской Республикой (ч. 1 ст. 8), 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 соответствующей стороны и выполняющих работу на основании заключенного гражданско-правового договора.

Договор о ЕАЭС устанавливает также общие правила, касающиеся трудовой деятельности трудящихся-иммигрантов, независимо от того, на основании трудового или гражданско-правового договора она осуществляется (ст. 96, 97).

Третий специальный принцип внешней трудовой миграции, требующий соблюдения законодательства Республики Беларусь о труде и иного законодательства Республики Беларусь при использовании труда трудящихся-иммигрантов, имеет целью противодействие незаконной миграции, а также обеспечение защиты прав, свобод и законных интересов отечественных граждан и иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь.

Осуществление трудящимся-иммигрантом трудовой деятельности в Республике Беларусь обусловлено двумя требованиями: 1) о наличии специального разрешения, 2) о заключении трудового договора (ч. 2 ст. 23 Закона № 225).

Специальное разрешение выдается нанимателю Республики Беларусь (ч. 1 ст. 29 Закона № 225). При осуществлении трудящимся-иммигрантом трудовой деятельности у нескольких нанимателей Республики Беларусь каждый из них обязан получить специальное разрешение (ч. 5 ст. 29 Закона № 225).

Порядок выдачи специального разрешения на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь урегулирован Инструкцией, утвержденной постановлением Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 24 июня 2016 г. № 173 (далее — Инструкция № 173). Согласно Инструкции № 173 обратиться с заявлением о выдаче специального разрешения вправе как наниматель, так и его представитель (ч. 1 п. 16). Заявление подается в подразделение по гражданству и миграции по месту государственной регистрации нанимателя Республики Беларусь. При подаче заявления должны использоваться формы, различающиеся между собой в зависимости от того, на осуществление трудовой деятельности какого работника испрашивается специальное разрешение — «обычного» или высококвалифицированного (ч. 3 п. 16 Инструкции № 173).

Специальное разрешение выдается при наличии заключения о возможности осуществления иностранцем трудовой деятельности по трудовому договору в Республике Беларусь комитета по труду, занятости и социальной защите областного (Минского городского) исполнительного комитета (далее — орган по труду, занятости и социальной защите), за исключением случая выдачи специального разрешения в отношении иностранца, при-

влекаемого в качестве руководителя коммерческой организации, в создании которой он участвовал (в качестве собственника имущества, учредителя, участника) (ч. 3 ст. 29 Закона № 225, ч. 2 п. 16 Инструкции № 173). Инструкция о порядке и условиях выдачи указанных заключений утверждена постановлением Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь от 28 июня 2016 г. № 30 (далее — Инструкция № 30).

Согласование вопроса о выдаче специального разрешения с органом по труду, занятости и социальной защите служит реализации принципа защиты национального рынка труда. В частности, отрицательное заключение может быть выдано этим органом, если нанимателем в управление (отдел) по труду, занятости и социальной защите городского, районного исполнительного комитета, соответствующий комитет Минского городского исполнительного комитета не представлены сведения о вакансии, на которую привлекается иностранец (абз. 2 п. 10 Инструкции № 30). Наличие отрицательного заключения этого органа является основанием для отказа в выдаче специального разрешения (абз. 6 ч. 2 ст. 30 Закона № 225).

Помимо этого основания ст. 30 Закона № 225 устанавливает и другие основания для отказа в выдаче специального разрешения, разделяя их на такие, которые могут влечь, и такие, которые безусловно влекут принятие указанного решения. В выдаче специального разрешения может быть отказано:

в интересах национальной безопасности Республики Беларусь, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод граждан Республики Беларусь и других лиц;

если иностранец, не имеющий разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь, является гражданином (подданным) государства, неблагополучного в миграционном отношении;

если иностранец во время своего пребывания в Республике Беларусь неоднократно (пять и более раз) в течение одного календарного года привлекался к административной ответственности и не истек срок, по окончании которого он считается не подвергавшимся административному взысканию (ч. 1 ст. 30 Закона № 225).

В выдаче специального разрешения отказывается в случае:

представления нанимателем Республики Беларусь документов, содержащих ложные сведения и (или) сведения, не соответствующие требованиям законодательства Республики Беларусь, в том числе подложных, поддельных или недействительных документов;

осуждения в Республике Беларусь иностранца, привлекаемого для осуществления трудовой деятельности в Республике Беларусь, за совершение преступления с назначением наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, для занятия которой указанный иностранец привлекается в Республику Беларусь, если судимость за данное преступление не снята или не погашена;

включения иностранца, не имеющего разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь, в список лиц, въезд которых в Республику Беларусь запрещен или нежелателен;

невыполнения нанимателем Республики Беларусь требований законодательства Республики Беларусь о внешней трудовой миграции (ч. 2 ст. 30 Закона № 225).

Помимо оснований для отказа в выдаче специального разрешения Закон № 225 устанавливает «возможные» и «обязательные» основания для его аннулирования (ст. 31).

Специальное разрешение является документом с определенной степенью защиты, оформляется в двух экземплярах, один из которых выдается нанимателю Республики Беларусь либо его представителю, второй экземпляр хранится в подразделении по гражданству и миграции (ч. 2 ст. 21 Инструкции № 173). Внесение изменений в специальное разрешение по профессии рабочего или должности служащего иностранца не допускается. В этом случае выдается специальное разрешение, оформленное на новом бланке (п. 24 Инструкции № 173). Однако изменения в специальное разрешение в связи с изменением места нахождения нанимателя Республики Беларусь должны вноситься в обязательном порядке (п. 25, 26 Инструкции № 173).

Срок действия специального разрешения может быть продлен однократно по заявлению нанимателя Республики Беларусь. После окончания срока действия специального разрешения наниматель Республики Беларусь имеет право обратиться за получением нового разрешения (ч. 7 ст. 29 Закона № 225).

Наниматель Республики Беларусь обязан выдать трудящемуся-иммигранту копию специального разрешения, полученного в отношении данного трудящегося-иммигранта (абз. 4 ч. 2 ст. 36 Закона № 225), а трудящийся-иммигрант обязан иметь копию специального разрешения (абз. 3 ч. 2 ст. 35 Закона № 225).

На основании заверенной нотариусом Республики Беларусь копии специального разрешения или на основании поступившего в загранучреждение по электронной почте уведомления подразделения по гражданству и миграции о выдаче 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») (пп. 19.9 п. 19 Визовых правил).

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 2010 г.).

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, нанимающие трудящихся-иммигрантов для работы в своем представительстве, созданном на территории Республики Беларусь. Всем указанным субъектам белорусским законодательством должно быть предоставлено право заключения и прекращения трудовых договоров с трудящимися-иммигрантами (абз. 8 ст. 1 Закона № 225).

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). Согласно п. 2 Указа № 285 индивидуальные предприниматели вправе привлекать по трудовым и (или) гражданско-правовым договорам не более трех физических лиц. Это требование должно приниматься в расчет и при найме на работу трудящихся-иммигрантов.

Для использования труда трудящихся-иммигрантов в количестве, превышающем 10 человек, наниматель Республики Беларусь обязан получить разрешение на привлечение иностранной рабочей силы. В установленное число не включаются иностранцы, являющиеся высококвалифицированными работниками, и иностранец, привлекаемый в качестве руководителя коммерческой организации, в создании которой он участвовал (в качестве собственника имущества, учредителя, участника) (ч. 1 ст. 26 Закона № 225). Высококвалифицированным для целей Закона № 225 считается работник, который имеет высокий уровень профессиональных знаний, умений и навыков, подтвержденный документами об образовании и стажем работы по специальности не менее пяти лет. Для отнесения работника к таковым необходимо также, чтобы величина указанной в трудовом договоре месячной заработной платы превышала пятнадцатикратную величину месячной минимальной заработной платы, установленной в Республике Беларусь (абз. 3 ст. 1 Закона № 225).

Порядок выдачи разрешения на привлечение иностранной рабочей силы урегулирован упоминавшейся Инструкцией № 173. 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 социальной защите (п. 8 Инструкции № 173). Несмотря на то что Инструкция № 173 адресована ко 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.

Указом Президента Республики Беларусь от 27 сентября 2016 г. № 349 (далее — Указ № 349) установлены определенные особенности применительно к найму по трудовому договору иностранцев, не имеющих разрешений на постоянное проживание в Республике Беларусь, *иностранными организациями*, занимающимися в Республике Беларусь реализацией определенных инвестиционных проектов. Перечень таких иностранных организаций и объектов строительства, при найме на которые должен применяться Указ № 349, содержится в Приложении к этому Указу. Для иностранных организаций также необходимо получение разрешений на привлечение в Республику Беларусь иностранной рабочей силы и специальных разрешений, выдаваемых им на условиях и в порядке, определенных законодательством для юридических лиц Республики Беларусь. Однако выдача этих документов не требует получения заключений органов по труду, занятости и социальной защите, о которых говорилось выше. Причем срок принятия решения о выдаче, отказе в выдаче, об однократном продлении срока действия разрешений не может превышать 5 календарных дней (ч. 2, 3 п. 1 Указа № 349).

Законом № 225 установлены перечни оснований для отказа в выдаче разрешения на привлечение иностранной рабочей силы и для его аннулирования (ст. 27, 28).

Срок трудового договора с трудящимся-иммигрантом не должен превышать срока действия специального разрешения (ч. 3 ст. 32 Закона № 225). Поскольку Договором о ЕАЭС отменены разрешения для трудящихся-мигрантов, являющихся гражданами государств — членов ЕАЭС, в нем устанавливается, что срок временного пребывания (проживания) трудящегося государства-члена и членов семьи на территории государства трудоустройства определяется сроком действия трудового или гражданско-правового договора, заключенного с работодателем или заказчиком работ (услуг) (п. 5 ст. 97 Договора о ЕАЭС). Кроме того, Договор о ЕАЭС разрешает гражданам государств-членов, прибывшим для осуществления трудовой деятельности или трудоустройства на территорию другого государства-члена, и членам их семей пребывать на территории государства въезда без регистрации (постановки на учет) в течение 30 суток с даты въезда. За пределами 30 суток регистрация необходима, если она требуется по законодательству государства въезда (п. 6 ст. 97 Договора о ЕАЭС).

Трудовой договор между трудящимся-иммигрантом и нанимателем Республики Беларусь заключается в письменной форме на русском и (или) белорусском языках. Если русский и белорусский языки не являются родными или понятными для трудящегося-иммигранта, трудовой договор заклю-

чается также на родном или ином понятном для трудящегося-иммигранта языке (ч. 4 ст. 32 Закона № 225).

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 Трудового кодекса Республики Беларусь (далее — ТК) (ч. 1 ст. 32 Закона № 225). 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). В связи с этим 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 выезда 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. (далее — Соглашение 1994 г.) (ч. 1 ст. 4), по большей части схожая — в Договоре о ЕАЭС (ч. 1 п. 3 ст. 97). Однако в соответствии с Договором о ЕАЭС прохождение процедуры признания документов об образовании требуется для претендента на занятие педагогической, юридической, медицинской или фармацевтической деятельностью в другом государстве-члене (ч. 2 п. 3 ст. 97).

Возможность занятия определенных должностей, как указывалось, в соответствии с законодательством Республики Беларусь связана с принадлежностью к гражданству Республики Беларусь. Эти должности трудящиеся-иммигранты занимать не вправе (ст. 25 Закона № 225).

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, основания прекращения, изменения и продления трудового договора;
- условия переезда в Республику Беларусь, питания, проживания, медицинского обслуживания трудящегося-иммигранта (ч. 2 ст. 32 Закона № 225).

В трудовой договор, заключаемый на территории Республики Беларусь, могут быть включены и дополнительные сведения и условия (абз. 2 ч. 1 ст. 36 Закона № 225).

Заключение трудового договора на территории Республики Беларусь между трудящимся-иммигрантом и нанимателем Республики Беларусь осуществляется в порядке, определенном законодательством Республики Беларусь (ч. 1 ст. 32 Закона № 225). Если трудовой договор заключается на территории иностранного государства между трудящимся-иммигрантом и нанимателем Республики Беларусь, являющимся иностранной организацией, осуществляющей наем трудящихся-иммигрантов для работы в своем представительстве, созданном на территории Республики Беларусь, то подлежит соблюдению порядок, установленный законодательством иностранного государства (ч. 5 ст. 32 Закона № 225).

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, 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 законодательство. Например, Соглашение 1994 г. (ч. 1 ст. 3), Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств — участников Содружества Независимых Государств от 14 ноября 2008 г. (далее — Конвенция 2008 г.) (п. 2 ст. 6), Договор о ЕАЭС (п. 4 ст. 97) исходят из коллизионной привязки *lex loci laboris*, подчиняя трудовые отношения трудящегося-мигранта с работодателем законодательству государства трудоустройства. При этом следует отметить, что привязка *lex loci laboris* отражает презумпцию тесной связи трудового договора с правом государства, на территории которого выполняется работа.

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 ГК. Предписания ч. 2 ст. 19 ТК и ч. 2 ст. 32 Закона № 225, 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.

Трудовые договоры с трудящимися-иммигрантами, заключенные на территории Республики Беларусь, а также изменения и дополнения, касающиеся условий, подлежащих обязательному включению в трудовой договор в силу белорусского законодательства, должны регистрироваться нанимателями Республики Беларусь в подразделении по гражданству и миграции в месячный срок со дня заключения договора или внесения в него изменений и дополнений (абз. 6 ч. 2 ст. 36 Закона № 225).

Закон № 225 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 существенно повышает защищенность трудящихся-мигрантов. В связи с этим следует обратить внимание на то, что Законом о внешней трудовой миграции 1998 г. предусматривалось возмещение вреда при повреждении здоровья работника или причинении ему смерти не в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь, а в соответствии с трудовым договором (ч. 1 ст. 16 Закона 1998 г.).

Кроме того, трудящимся-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 № 225 закрепляет права трудящихся-иммигрантов:

• на доступное медицинское обслуживание за счет собственных средств, средств нанимателей Республики Беларусь и иных не запрещенных белорусским законодательством источников;

• пенсионное обеспечение в соответствии с международными договорами Республики Беларусь;

• беспрепятственный перевод за пределы Республики Беларусь заработанных 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 Закона № 225).

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. 10 ч. 2 ст. 36 Закона № 225). 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 законодательства о труде, коллективного договора или трудового договора, равно как и в случае аннулирования специального разрешения по вине нанимателя, выезд работника осуществляется за счет нанимателя. 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 Закона № 225).

Международно-договорное регулирование. В Республике Беларусь, как и в большинстве государств, положение трудящихся-иммигрантов находится под сильным воздействием международных норм. Соответствующие 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 № 225. Соглашение 1994 г., Конвенция 2008 г., Договор о ЕАЭС имеют особую важность в связи с тем, что поток трудящихся-мигрантов из стран — участниц этих международных договоров наиболее значителен.

Некоторые вопросы трудовой миграции в настоящее время урегулированы только на международном уровне. В частности, Соглашение 1994 г. регулирует «приграничную миграцию», а Конвенция 2008 г., помимо этого, регулирует также «сезонную миграцию». В соответствии с Соглашением 1994 г. (абз. 5 ст. 2) и Конвенцией 2008 г. (абз. 3 ст. 1) приграничный трудящийся — трудящийся-мигрант, который работает на приграничной территории 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 трудящийся — трудящийся-мигрант, работа которого по своему характеру связана с сезонными условиями и выполняется в течение определенного периода года (абз. 4 ст. 1 Конвенции 2008 г.). В отношении этих категорий работников Соглашение 1994 г. и Конвенция 2008 г. используют идентичное регулирование: их трудоустройство осуществляется в упрощенном порядке на основе международных договоров (ст. 3-1 Соглашения 1994 г., ст. 14 Конвенции 2008 г.).

Оба упомянутых международных договора, равно как и Договор о ЕАЭС, имеют ту отличительную черту, что распространяют нормы защиты, ими предусмотренные, не только на самих трудящихся-мигрантов, но и на членов их семей, находящихся на территории принимающей Стороны на законных основаниях. Под членами семьи понимаются лицо, состоящее в браке с трудящимся-мигрантом, находящиеся на иждивении дети, а также другие лица, которые признаются членами семьи в соответствии с законодательством Стороны трудоустройства (абз. 3 ст. 2 Соглашения 1994 г., абз. 6 ст. 1 Конвенции 2008 г., абз. 12 п. 5 ст. 96 Договора о ЕАЭС). Действующее же законодательство Республики Беларусь на членов семьи трудящегося-иммигранта не распространяется, поэтому значение «конвенционной» 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 соглашениями (ст. 8). Согласно ч. 1 п. 3 ст. 98 Договора о ЕАЭС социальное обеспечение (социальное страхование) (кроме пенсионного) трудящихся государств-членов и членов семей осуществляется на тех же условиях и в том же порядке, что и граждан государства трудоустройства. Договором о ЕАЭС за трудящимся государства-члена и членами семьи закрепляется право на беспрепятственный перевод денежных средств (пп. 3 п. 2 ст. 98).

В ряде случаев международные нормы о трудовой миграции отдельно закрепляют права именно членов семьи трудящегося-мигранта. Например, в соответствии с п. 1 ст. 13 Конвенции 2008 г. 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. Право на образование детей трудящихся государств-членов закрепляется и регулируется п. 8 ст. 98 Договора о ЕАЭС.

Конвенция 2008 г., учитывая то, что трудящийся-мигрант и, как правило, члены его семьи являются иностранцами, детализирует их права в рамках общего закрепления правового положения иностранцев в национальных конституциях и специальном законодательстве о правовом положении иностранцев. В соответствии с п. 1 ст. 7 Конвенции 2008 г. трудящиеся-мигранты и члены их семей в соответствии с международными договорами и законодательством принимающей Стороны пользуются правами:

на жизнь, свободу и личную неприкосновенность;

на вступление в брак;

на равенство с гражданами принимающей Стороны перед законом и судом;

на защиту от незаконного вмешательства в личную или семейную жизнь;

на защиту от незаконного посягательства на неприкосновенность жилища;

на защиту тайны личной переписки или других форм связи;

на защиту чести, достоинства и деловой репутации;

на защиту принадлежащей на законных основаниях частной собственности;

на получение образования;

на доступ к культурной жизни и участие в ней и др.

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 2008 г.). 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 2008 г.). Они могут быть выдворены, подвергнуты депортации или реадмиссии только на законном основании (п. 1 ст. 12 Конвенции 2008 г.). 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 2008 г.). Уничтожение этих документов запрещается. Факт их изъятия должен быть подтвержден выдачей официального документа (ч. 2 п. 2 ст. 12 Конвенции 2008 г.).

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, организации), 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. 2, 3 ст. 4 Соглашения 1994 г.).

В соответствии с п. 1 ст. 6 Конвенции 2008 г. 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 2008 г.).

В соответствии со ст. 10 Конвенции 2008 г. 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 п. 9 ст. 97 Договора о ЕАЭС в случае досрочного расторжения трудового или гражданско-правового договора после истечения 90 суток с даты въезда на территорию государства трудоустройства трудящийся государства-члена имеет право без выезда с территории государства трудоустройства в течение 15 дней заключить новый трудовой или гражданско-правовой договор. Пунктом 5 ст. 98 Договора о ЕАЭС трудящимся государств-членов предоставлено право вступать в профессиональные союзы наравне с гражданами государства трудоустройства. Эти положения впервые закреплялись упоминавшимся Соглашением 2010 г., действовавшим в рамках Таможенного союза. Последнее из указанных положений свидетельствует о существенном расширении прав трудящихся-мигрантов, поскольку и Соглашение 1994 г., и Конвенция 2008 г., как указывалось, отсылают по вопросу членства в профессиональных союзах к законодательству принимающей Стороны.

Значительную роль в регулировании внешней трудовой миграции играют двусторонние договоры (о временной трудовой деятельности и социальной защите, о временном трудоустройстве). По сфере своего действия они разнятся между собой. Двусторонние соглашения, заключенные на межправительственном уровне Республикой Беларусь с Российской Федерацией (ст. 1), Республикой Казахстан (ч. 1 ст.1, абз. 2 ст. 1-1), Республикой Молдова (ст. 1), 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), 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). В отдельных соглашениях речь идет только о гражданах государств-сторон, занимающихся временной трудовой деятельностью в другом государстве (например, с Азербайджаном, Литвой, Польшей).

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 целях реализации договоров, которые предусматривают выполнение работ, требующих высокой профессиональной квалификации. Аналогичные по сути 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).

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 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, при которых законодательством государства-трудоустройства и трудовым договором предусмотрены компенсации для высвобождаемых работников.

Соглашения возлагают на работодателя в случае смерти работника обеспечение перевозки тела умершего к месту его постоянного проживания, несение 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 законодательства Стороны трудоустройства, повлекших смерть трудящегося-мигранта (ч. 2 ст. 10 Соглашения с Вьетнамом). В других же случаях работодатель обязан незамедлительно проинформировать о смерти дипломатическое представительство 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 работ-

ников на ввоз и вывоз личного имущества и необходимых для профессиональной деятельности переносных рабочих инструментов и оборудования. В частности, устанавливается, что указанные действия осуществляются беспошлинно. 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 Соглашения 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 предостав-

ляется 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 обусловливает 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).

8.3.3. Право иностранцев на охрану здоровья

Праву иностранцев на охрану здоровья посвящена отдельная статья в Законе о правом положении иностранных граждан 2010 г. (ст. 13). Суть правил, установленных в ней и согласованных со ст. 11 Конституции Республики Беларусь и ч. 1 ст. 4, ст. 10 Закона 2010 г., заключается в следующем: 1) иностранцы, постоянно проживающие в Республике Беларусь, имеют право на доступное медицинское обслуживание наравне с гражданами Республики Беларусь; 2) иностранцы, временно пребывающие и временно проживающие в Республике Беларусь, имеют право на такое обслуживание на платной основе за счет собственных средств, средств юридических лиц и иных источников, не запрещенных законодательством Республики Беларусь. Причем в отношении всех категорий иностранцев иные правила могут быть установлены законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь. Аналогичные положения закреплены в ст. 5 Закона Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. «О здравоохранении» (далее — Закон о здравоохранении).

Закон о здравоохранении закрепляет приоритет международно-договорных норм по отношению к нормам национального права (ч. 2 ст. 2).

В соглашениях Республики Беларусь, заключенных в рамках СНГ и в двусторонних соглашениях, вопрос об условиях предоставления иностран-

цам медицинской помощи на территории государства пребывания решается по-разному.

Согласно ч. 1 ст. 2 Соглашения об оказании медицинской помощи гражданам государств — участников Содружества Независимых Государств от 27 марта 1997 г. (далее — Соглашение 1997 г.) скорая и неотложная медицинская помощь при внезапных острых состояниях и заболеваниях, угрожающих жизни больного или здоровью окружающих, несчастных случаях, отравлениях, травмах, родах и неотложных состояниях в период беременности оказывается гражданам беспрепятственно, бесплатно и в полном объеме на территории государства временного пребывания лечебно-профилактическими учреждениями (далее — ЛПУ) независимо от организационно-правовых форм, ведомственной принадлежности и форм их собственности. Иностранцам, постоянно проживающим в государстве на основании вида на жительство, бесплатная медицинская помощь оказывается также только в указанных случаях (ст. 5). Оказание плановой медицинской помощи осуществляется на платной основе с проведением взаиморасчетов по договорным ценам или действующим прейскурантам (ч. 1 ст. 3).

Таким образом, Соглашение 1997 г. «ухудшает» правовое положение иностранцев из государств — членов СНГ, постоянно проживающих в Беларуси, в аспекте условий предоставления им медицинской помощи по сравнению с общим правилом, закрепленным в отечественном законодательстве.

При идентичности положений Соглашения 1997 г. с правилами, закрепленными в заключенном на межправительственном уровне Соглашении о взаимном предоставлении гражданам Республики Беларусь, Республики Казахстан, Кыргызской Республики и Российской Федерации равных прав в получении скорой и неотложной медицинской помощи от 24 ноября 1998 г., последнее из соглашений отмечено следующими особенностями: 1) более узкой сферой действия: распространяется исключительно на временно пребывающих или временно проживающих иностранцев; 2) медицинская помощь по экстренным показаниям оказывается им бесплатно только в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения.

В целях реализации положений Договора между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о равных правах граждан 1998 г. 24 января 2006 г. между правительствами названных государств было заключено Соглашение о порядке оказания медицинской помощи гражданам Республики Беларусь в учреждениях здравоохранения Российской Федерации и гражданам Российской Федерации в учреждениях здравоохранения Республики Беларусь (вступило в силу 6 марта 2008 г.). В нем равные с гражданами Республики Беларусь права на получение медицинской помощи, включая бесплатное лечение, в государственных учреждениях здравоохранения предоставлены:

1) постоянно проживающим в Беларуси гражданам Российской Федерации (ст. 3);

2) героям Советского Союза и кавалерам ордена Славы трех степеней из числа россиян независимо от режима пребывания (ст. 4);

3) гражданам Российской Федерации, не имеющим права на постоянное проживание в Республике Беларусь, но работающим в организациях Республики Беларусь по трудовым договорам (ч. 2 ст. 6). Причем в данном случае россияне уравнены в соответствующих правах с гражданами Республики Беларусь, работающими в данных организациях.

Другие граждане Российской Федерации, не имеющие права на постоянное проживание в Республике Беларусь, уравнены с гражданами Республики Беларусь в правах на получение скорой медицинской помощи и медицинской помощи в случае возникновения у них в период пребывания в Беларуси социально опасных заболеваний (ч. 2 ст. 5).

Симметричные нормы закреплены и в отношении граждан Республики Беларусь, проживающих в Российской Федерации.

Анализ динамики положений международных документов свидетельствует о расширении прав граждан Российской Федерации на оказание медицинской помощи в Беларуси. С другой стороны, отсутствие международно-договорного регулирования по вопросам медицинского обслуживания с другими государствами при учете положений отечественного законодательства предоставляет больше возможностей постоянно проживающим в Республике Беларусь иностранцам, не являющимся гражданами государств — членов СНГ. Представляется, что назрела необходимость как в пересмотре Соглашения 1997 г., так и в большем учете международных договорных реалий в отечественном законодательстве.

8.3.4. Право иностранцев на образование

Предоставление иностранцам, проживающим на территории государства, такого же доступа к образованию, что и для своих граждан, является одним из обязательств, взятых на себя государствами — участниками Конвенции ООН «О борьбе с дискриминацией в области образования» от 14 декабря 1960 г. (пп. «е») ст. 3).

Систематизированные нормы, закрепляющие права иностранцев на получение образования в Республике Беларусь, аккумулированы в Кодексе Республики Беларусь об образовании (далее — Кодекс). Положения, касающиеся прав иностранцев на получение образования в нашей стране, содержатся и в Законе 2010 г. (ст. 14).

Согласно Кодексу равное с гражданами Республики Беларусь право на образование в Беларуси имеют:

- иностранцы, постоянно проживающие в Республике Беларусь;
- иностранцы белорусской национальности, постоянно проживающие на территории иностранных государств;

• иностранцы, которым предоставлены статус беженца или убежище в Республике Беларусь (п. 5 ст. 3 Кодекса).

Иное может быть установлено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь.

Однако образование по некоторым специальностям может быть получено исключительно гражданами Республики Беларусь, если иное не предусмотрено международными договорами Республики Беларусь (п. 6 ст. 3 Кодекса). В частности, это касается подготовки специалистов для отечественных Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований, органов внутренних дел, Следственного комитета, органов финансовых расследований Комитета государственного контроля, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям и др. (п. 6 ст. 3 Кодекса).

Иностранцы, временно пребывающие (проживающие) в Республике Беларусь, имеют право на получение образования в Республике Беларусь в соответствии с ее международными договорами и (или) договорами, заключаемыми между учреждением образования Республики Беларусь (иной организацией системы образования Республики Беларусь) и организацией иностранного государства (международной организацией, иностранцем, временно пребывающим (проживающим) в Республике Беларусь), если иное не установлено Кодексом (ст. 120 Кодекса).

Несовершеннолетние иностранцы, временно проживающие в Республике Беларусь, а также несовершеннолетние иностранцы, которым предоставлены статус беженца, дополнительная защита или убежище в Республике Беларусь либо которые ходатайствуют о предоставлении указанных статусов, имеют право на дошкольное, общее среднее и специальное образование наравне с несовершеннолетними гражданами Республики Беларусь (п. 5 ст. 3 Кодекса).

Международное сотрудничество Республики Беларусь с другими государствами в сфере образования развивается достаточно динамично. Основными его направлениями являются:

• участие в региональных соглашениях (в рамках СНГ и др.) о сотрудничестве в сфере образования и в соглашениях о взаимном признании документов об образовании, ученых степенях и званиях;

• заключение двусторонних, как правило межправительственных, соглашений о сотрудничестве в сфере образования. Обычно такие соглашения касаются высшего и послевузовского (последипломного) образования и только в редких случаях — также и общего среднего, профессионально-технического и среднего специального образования;

• заключение двусторонних межправительственных соглашений о взаимном признании документов об образовании, ученых степенях и ученых званиях.

Многосторонние соглашения, заключенные с участием Республики Беларусь, или непосредственно содержат нормы, касающиеся прав ино-

странцев на получение образования в Республике Беларусь, или содействуют реализации этих прав в конечном счете. Наиболее ярким примером первых международных договоров являются:

• Соглашение государств — участников СНГ о сотрудничестве в области образования от 15 мая 1992 г., в котором за лицами, не являющимися гражданами государства-участника, но *постоянно проживающими* в нем, закреплено право на получение образования на всех уровнях, а также ученых степеней и званий на условиях, установленных для граждан государства проживания (ст. 1);

• Договор между Российской Федерацией, Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Кыргызской Республикой об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях от 29 марта 1996 г., которым граждане Сторон были уравнены в правах при поступлении в *государственные* учебные заведения как на места, финансируемые из государственного бюджета, так и на места с оплатой стоимости обучения; для этих целей признавалась эквивалентность документов об образовании государственного образца (ст. 1).

В ряду договоров, содействующих получению образования в государствах — участниках СНГ, могут быть названы Соглашение о сотрудничестве по формированию единого (общего) образовательного пространства от 17 января 1997 г., Соглашение о сотрудничестве в области распространения знаний и образования взрослых от 17 января 1997 г., Соглашение о порядке создания и функционирования филиалов высших учебных заведений в государствах-участниках от 28 сентября 2001 г., Соглашение о координации работ в области информатизации систем образования государств-участников от 22 ноября 2007 г., Соглашение о взаимном признании документов о высшем/высшем профессиональном образовании от 31 мая 2013 г., Соглашение об обмене информацией в сфере образования от 31 мая 2013 г.

Республикой Беларусь заключен массив двусторонних межправительственных соглашений, касающихся сферы образования, как с государствами на постсоветском пространстве (Украина, Таджикистан, Туркменистан, Республика Казахстан и др.), так и со многими другими государствами (Италия, Лаос, Эквадор, Вьетнам, Венесуэла, Ливан, Государство Израиль, Сирия, Ливия, Иран, Куба и др.).

Двусторонними соглашениями с участием Республики Беларусь предусматривается возможность получения иностранцами образования в Республике Беларусь, как правило высшего и послевузовского, «по обмену». Во многих соглашениях закрепляется количество обучающихся, которые могут быть приняты для подготовки по каждой ступени образования, порядок определения учреждений образования, в которых будет проходить их подготовка, решается вопрос о том, какая из сторон осуществляет отбор кандидатов на обучение. Как правило, согласно соглашениям участвующие в обмене:

• освобождаются от платы за обучение, пользование учебными изданиями;

• обеспечиваются стипендией и пользуются правом на медицинское обслуживание в соответствии с законодательством принимающего государства;

• оплачивают проживание в студенческом общежитии в размере, установленном для граждан принимающей Стороны (ч. 1 ст. 4 Соглашения с Украиной от 23 октября 2012 г.; ст. 8 Соглашения с Монголией от 4 сентября 2013 г.; ст. 7 Соглашения с Кыргызской Республикой от 27 ноября 2006 г.; ст. 3 Соглашения с Республикой Таджикистан от 31 мая 2013 г.; ст. 4 Соглашения с Вьетнамом от 29 ноября 2012 г.; п. 4 ст. III Соглашения с Болгарией от 21 февраля 1996 г.; ст. 3 Соглашения с Казахстаном от 10 июня 2009 г.).

Часто в заключенных соглашениях подчеркивается, что обмен обучающимися не влияет на возможность граждан обоих государств поступать в высшие учебные заведения другого государства с оплатой обучения за счет направляющей Стороны (организации) или личных средств обучающегося.

Вместе с тем ряд соглашений отмечен определенной спецификой. В соглашениях, заключенных с Вьетнамом, Монголией, Словацкой Республикой, Румынией, Туркменистаном, содержатся положения, касающиеся языковой подготовки обучающихся, направляемых по обмену в учреждения образования другой Стороны. В Протоколе к Соглашению, заключенному с Румынией, устанавливаются размеры стипендий, подлежащих выплате обучающимся при получении ими образования в Республике Беларусь. В Соглашении, заключенном с Украиной, закреплено, что прием лиц на полный курс обучения по первой и второй ступени высшего образования осуществляется без вступительных испытаний на основании ходатайств уполномоченных органов Сторон (ч. 2 ст. 3).

8.3.5. Право иностранцев на защиту прав и свобод

Конституция Республики Беларусь гарантирует каждому защиту его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки (ч. 1 ст. 60). Часть 1 ст. 541 ГПК закрепляет за иностранными гражданами и лицами без гражданства право на беспрепятственное обращение в суды Республики Беларусь и признает за ними равные с гражданами Республики Беларусь гражданские процессуальные права. При обращении в суды должны соблюдаться правила подведомственности и подсудности, установленные ГПК. В целях защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности иностранные граждане и лица без гражданства вправе обращаться в суды Республики Беларусь, рассматривающие экономические дела. Будучи участниками хозяйственного процесса, они должны представить в суд, рассматривающий экономические дела, доказательства, подтверждающие их юридический статус и право

на осуществление предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности (ч. 3 ст. 242 ХПК). Установление юридического статуса означает подтверждение статуса участника процесса как иностранного лица, что может обуславливать применение иностранного права на основании ст. 1125 ГК. Согласно международным договорам Республики Беларусь юридический статус иностранных участников хозяйственного процесса определяется по их личному закону. В соответствии с ч. 5, 6 п. 20 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 г. № 21 «О некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц» юридический статус иностранного физического лица определяется по праву страны, гражданином которой он является, в отношении лица без гражданства — по праву страны, в которой оно постоянно проживает, а юридический статус иностранного лица — предпринимателя определяется по законодательству той страны, где оно зарегистрировано как предприниматель. В качестве доказательства юридического статуса иностранного лица могут использоваться доказательства, признаваемые в качестве таковых законодательством страны учреждения, гражданства или местожительства.

Судебная защита прав и свобод имеет первостепенное значение для восстановления нарушенных прав и свобод в силу исключительной роли и значимости суда в этом вопросе. Статья 16 Закона 2010 г. закрепляет за иностранцами право использовать «все средства правовой защиты прав и свобод личности, предусмотренные законодательством Республики Беларусь». К этим средствам следует относить не только рассмотрение споров в судах, но и защиту нарушенных прав в административном порядке, когда таковой допускается законодательством, обращение к другим компетентным государственным органам, использование иных предусмотренных законом средств защиты, вплоть до защиты прав самостоятельными действиями.

Обеспечение правовой защиты прав и свобод иностранцев в государствах, не являющихся государствами их гражданства, занимает существенное место в международных договорах. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная государствами — участниками СНГ в 1993 г., устанавливает, что граждане любого объединенного конвенцией государства, а также лица, проживающие на его территории, пользуются на территориях других подписавших конвенцию государств равной правовой защитой с собственными гражданами, имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру, органы внутренних дел и иные учреждения, к компетенции которых относятся гражданские, семейные и уголовные дела, могут выступать в них, подавать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и собственные граждане (ст. 1). Аналогичное положение содержится и в Кишиневской конвенции 2002 г.

8.3.6. Обязанности иностранцев

Иностранные граждане, находясь за пределами своих государств, сохраняют с ними правовую связь и должны соблюдать законы своих государств. Одновременно иностранцы, находящиеся на территории Республики Беларусь, обязаны соблюдать Конституцию и законодательство Республики Беларусь (ст. 22 Закона 2010 г.). Следует подчеркнуть, что при решении вопроса в отношении обязанностей иностранцев белорусское законодательство придерживается такого же подхода, что и при закреплении их прав: национальный режим сочетается со специальным режимом. Причем специальный режим проявляется как в отмене для них некоторых обязанностей, установленных для граждан Республики Беларусь (например, воинской), так и в возложении определенных дополнительных обязанностей. Так, ст. 22 Закона 2010 г. возлагает на иностранцев обязанность уважать национальные традиции нашего государства, ст. 23 — обязанность пройти регистрацию по прибытии в Республику Беларусь, ст. 25 — обязанность выехать из республики до окончания срока временного пребывания или временного проживания.

8.4. Правила въезда, выезда и транзитного проезда иностранцев

Вопросы о порядке въезда иностранцев в Республику Беларусь и их выезда из Республики Беларусь, транзитного проезда через ее территорию и пребывания в республике урегулированы широким перечнем нормативных правовых актов, содержащих нормы национального административного права. В их числе Закон Республики Беларусь от 4 января 2010 г. «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» (далее — Закон 2010 г.), Указ Президента Республики Беларусь от 26 апреля 2010 г. № 200 «Об административных процедурах, осуществляемых государственными органами и иными организациями по заявлениям граждан», глава 2 Правил пребывания иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 20 января 2006 г. № 73 (далее — Правила пребывания иностранцев), и др.

Действующим законодательством предусмотрены три порядка въезда (выезда) иностранцев (иностранных граждан и лиц без гражданства) в Республику Беларусь — визовый, упрощенный и безвизовый.

Визовый порядок связан с необходимостью оформления по установленной белорусским законодательством процедуре разрешения (визы), предоставляющего иностранцу право на пересечение государственной границы

Республики Беларусь с целью въезда в Республику Беларусь и (или) выезда из нее, пребывания на ее территории или транзитного проезда через территорию. Действительность визы ограничена определенным сроком, указанным в ней. Визовый порядок въезда (выезда) иностранцев закреплен в качестве общего правила (ч. 1 ст. 27 Закона 2010 г.).

Упрощенный порядок предусматривается международными договорами Республики Беларусь, заключенными в 2010 г. с некоторыми сопредельными государствами (Литва, Латвия, Польша) и направленными на упрощение правил, касающихся взаимных поездок жителей приграничных территорий. В рамках этих договоров для определенных в договоре лиц предусматривается возможность многократно въезжать, выезжать и пребывать на приграничных территориях Республики Беларусь не на основании виз, а на основании разрешений на приграничное движение в течение указанного в разрешении срока.

При *безвизовом порядке* оформление визы не требуется. Как и упрощенный порядок, безвизовый порядок применяется, если он предусмотрен законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь или установлен Президентом Республики Беларусь (ч. 1, 4 ст. 27 Закона 2010 г.).

8.4.1. Правовые основания въезда, выезда и транзитного проезда

Общим требованием, подлежащим соблюдению при всех порядках, выступает требование о наличии у иностранца при въезде, выезде или транзите действительного паспорта или иного документа, его заменяющего, предназначенного для выезда за границу, выданного соответствующим органом государства гражданской принадлежности либо обычного места жительства иностранца или международной организацией (далее — документ для выезда за границу).

Документы для выезда из Республики Беларусь и (или) въезда в Республику Беларусь могут выдаваться иностранцам уполномоченными государственными органами Республики Беларусь. Определенные категории иностранцев вправе выезжать из Республики Беларусь и (или) въезжать в нее по *проездному документу*, выданному органом внутренних дел по месту жительства иностранца в Республике Беларусь и удостоверяющему личность владельца в целях выезда-въезда. Частью 1 п. 54, ч. 1—4 п. 61 Положения о документах для выезда из Республики Беларусь и (или) въезда в Республику Беларусь, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 3 июня 2008 г. № 294 (далее — Положение о документах для выезда), к таким категориям иностранцев отнесены:

- иностранные граждане, постоянно проживающие в Республике Беларусь, не имеющие в течение двух лет документа для выезда за границу;

• лица без гражданства, постоянно проживающие в Республике Беларусь;

• иностранцы, которым предоставлен статус беженца в Республике Беларусь;

• иностранцы, которым предоставлена дополнительная защита в Республике Беларусь и которые не имеют действительного документа для выезда за границу;

• иностранцы, которым предоставлено убежище в Республике Беларусь и которые не имеют действительного документа для выезда за границу;

• иностранцы, у которых аннулировано разрешение на постоянное проживание в Республике Беларусь и нет действительного документа для выезда за границу;

• иностранцы, которым предоставлена временная защита в Республике Беларусь, не имеющие действительного документа для выезда за границу и изъявившие желание добровольно возвратиться в государство гражданской принадлежности либо прежнего обычного места жительства;

• иностранцы, выдаваемые иностранному государству для осуществления уголовного преследования и (или) отбывания наказания, у которых нет действительного документа для выезда за границу;

• иностранцы, депортируемые или высылаемые из Республики Беларусь, у которых нет действительного документа для выезда за границу, при невозможности его получения в трехмесячный срок.

Проездной документ последних четырех категорий иностранцев не предоставляет им права обратного въезда в Республику Беларусь.

Однократный въезд в Республику Беларусь может осуществляться иностранцами в установленных случаях на основании *свидетельства на возвращение в Республику Беларусь*. По такому свидетельству въезд в Беларусь осуществляется лицами без гражданства, постоянно проживающими в Республике Беларусь, иностранцами, которым предоставлены статус беженца, дополнительная защита или убежище в Республике Беларусь, — в случае утраты (хищения) проездного документа во время их пребывания за пределами Республики Беларусь; лицами без гражданства, постоянно проживающими в Республике Беларусь, имеющими недействительные документы для выезда из Республики Беларусь и (или) въезда в Республику Беларусь, — в случае их депортации, выдворения в Республику Беларусь, выдачи Республике Беларусь (п. 34 Положения о документах для выезда).

Свидетельство на возвращение в Республику Беларусь выдается дипломатическим представительством или консульским учреждением Республики Беларусь.

Иностранцы, нанимающиеся для работы на судах, зарегистрированных в Республике Беларусь, могут выезжать из Республики Беларусь и въезжать в нее по *национальному удостоверению личности моряка*, выдаваемому

Министерством транспорта и коммуникаций Республики Беларусь (п. 42, 43, 49 Положения о документах для выезда).

И при визовом, и при безвизовом порядке иностранец при въезде в Республику Беларусь заполняет *миграционную карту*, назначение которой состоит в осуществлении контроля за временным пребыванием иностранца в Республике Беларусь. Миграционная карта состоит из двух частей: части «А» (въезд) и части «Б» (выезд). Положение о порядке использования миграционной карты и ее форме утверждено постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 3 февраля 2006 г. № 142 (далее — Положение о миграционной карте). При въезде иностранца должностное лицо органов пограничной службы Республики Беларусь проверяет соответствие сведений, указанных в миграционной карте, сведениям, содержащимся в визе и документе для выезда за границу. При соответствии этих сведений в обеих частях миграционной карты проставляется отметка о въезде иностранца в Республику Беларусь, часть «А» изымается и передается в орган внутренних дел по месту дислокации органа пограничной службы. Часть «Б» находится у иностранца в течение всего срока его пребывания на территории Республики Беларусь и при выезде из Республики Беларусь сдается. В ней проставляется отметка о выезде иностранца (п. 9, 12, 14, 15 Положения о миграционной карте).

Согласно ч. 5 ст. 29 Закона 2010 г. законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь могут быть установлены иные категории иностранцев, которые не заполняют миграционных карт при въезде в Республику Беларусь и не предъявляют их при выезде из нее. В частности, норма, отменяющая необходимость заполнения миграционных карт, содержится в Договоре о правилах приграничного движения, заключенном с Республикой Польша в 2010 г. (пп. «а») п. 1 ст. 3).

Право граждан договаривающихся Сторон независимо от места пребывания (проживания) свободно въезжать, выезжать, пребывать, следовать транзитом без миграционной карты закреплено в Соглашении между Республикой Беларусь и Российской Федерацией об обеспечении равных прав граждан Республики Беларусь и Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территориях государств — участников Союзного государства 2006 г. (п. 1 ст. 2).

8.4.2. Визовый порядок въезда иностранцев на территорию Республики Беларусь

Порядок выдачи виз Республики Беларусь иностранным гражданам и лицам без гражданства урегулирован Визовыми правилами Республики Беларусь, утвержденными постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15 июля 2010 г. № 1065 (далее — Визовые правила).

По объему предоставляемых иностранцам прав, связанных с перемещением через Государственную границу Республики Беларусь — въездом и выездом, выездом, выездом и въездом, визы делятся на въездные, выездные и выездные-въездные.

Выдача *въездных виз* осуществляется дипломатическими представительствами и консульскими учреждениями Республики Беларусь, главным консульским управлением Министерства иностранных дел Республики Беларусь и органами пограничной службы Республики Беларусь (п. 8 Визовых правил). Органы пограничной службы осуществляют выдачу въездных виз в пунктах пропуска в соответствии с международными договорами Республики Беларусь (п. 89 Визовых правил).

Выездные и *выездные-въездные* визы выдаются в период пребывания иностранцев на территории Республики Беларусь территориальными подразделениями по гражданству и миграции органов внутренних дел по месту временного пребывания, временного проживания иностранцев на территории Республики Беларусь (п. 15, ч. 1 п. 94 Визовых правил).

Необходимость оформления выездной визы может быть обусловлена депортацией или высылкой иностранца из Республики Беларусь, а также другими основаниями, предусмотренными Визовыми правилами (п. 96).

Выездная-въездная виза выдается иностранцам, прибывшим в Республику Беларусь на учебу и получившим разрешение на временное проживание. По общему правилу, она выдается на срок въезда-выезда, но не более чем на 90 суток, однако по ходатайству учебного заведения иностранцу-учащемуся может быть выдана выездная-въездная двукратная (на срок до трех месяцев) или многократная виза (на один год), но не свыше срока действия разрешения на временное проживание (п. 97 Визовых правил). Выездная-въездная двукратная и выездная-въездная многократная визы выдаются и другим категориям иностранцев, получившим в установленном порядке разрешение на временное или постоянное проживание в Республике Беларусь, в случае, если они не имеют действительного вида на жительство. Их срок ограничен сроком действия разрешения на временное проживание или документа для выезда за границу (п. 98 Визовых правил).

Наиболее частой причиной оформления этого вида виз является истечение срока действия въездных виз у иностранцев, имеющих действительное разрешение на временное проживание в Республике Беларусь.

Въездные визы могут быть следующих типов: транзитными (B), краткосрочными (C), долгосрочными (D).

Транзитная виза (*тип B*) выдается в целях транзита через территорию Республики Беларусь на заявленный срок, но не более чем на один год, и действует в течение двух суток со дня въезда иностранца в Республику Беларусь (ч. 1 п. 18 Визовых правил). Условием ее выдачи является наличие у иностранца визы страны, в которую он следует через территорию

Республики Беларусь, однако, если виза для следования в третью страну не требуется, во внимание принимаются иные основания: наличие билетов для следования тем или другим видом транспорта, факт их бронирования.

Краткосрочная виза (*тип С*) выдается на заявленный срок, но не более 90 суток. Такая виза может испрашиваться иностранцем в целях осуществления деловой поездки, участия в спортивных или культурных мероприятиях, осуществления журналистской деятельности, для учебы, поддержания религиозных связей, туризма, занятия частными делами, посещения мест захоронения, реализации гуманитарных программ, работы по найму, постоянного проживания (пп. 19.1—19.10 п. 19 Визовых правил). Краткосрочная виза с целью туризма выдается на срок не более 30 суток.

Долгосрочная виза (*тип D*) выдается, как правило, на один год с правом пребывания до 90 суток в течение года. Иное может быть предусмотрено международными договорами Республики Беларусь (п. 20 Визовых правил). В частности, межправительственными соглашениями о взаимных поездках граждан, заключенными Республикой Беларусь путем обмена нотами с Латвийской Республикой в 2008 г., Республикой Польша в 2007 г., Литовской Республикой в 2002 г., предусматривается, что дипломатические представительства и консульские учреждения государств Сторон выдают гражданам государства другой Стороны визы, предоставляющие право находиться на ее территории до 180 дней в течение года от даты первого въезда (90 дней в течение шести месяцев).

Получение долгосрочной визы может быть обусловлено более узким перечнем целей въезда на территорию Республики Беларусь: поддержание деловых контактов, участие в спортивных или культурных мероприятиях, частные дела, поддержание религиозных связей, посещение мест захоронения, реализация гуманитарных программ, журналистская деятельность (пп. 20.1—20.8 п. 20 Визовых правил).

Иностранные граждане, имеющие действительные краткосрочные и долгосрочные визы и действительное разрешение на временное проживание, могут въезжать, находиться и выезжать за пределы Беларуси в рамках предусмотренного визой количества въездов в период срока действия визы и разрешения на временное проживание в Республике Беларусь (ч. 1 п. 99 Визовых правил).

В зависимости от того, сколько раз в течение указанного в визе срока иностранец может въехать в Республику Беларусь и выехать из нее, въездные визы подразделяются на однократные, двукратные и многократные.

Однократными, двукратными и многократными могут быть транзитные и, по общему правилу, краткосрочные визы, однако краткосрочные визы с целью туризма на условиях многократного въезда в Республику Беларусь не выдаются (ч. 2 п. 18, п. 19 Визовых правил). Долгосрочные визы предоставляют право на многократный въезд в Республику Беларусь (п. 20 Визовых правил).

Однократными, двукратными и многократными могут быть и выездные-въездные визы (ч. 2 п. 95 Визовых правил).

Визовыми правилами предусмотрена также выдача краткосрочных и долгосрочных виз с указанием на соответствующий статус иностранца — дипломатическая, служебная. В соответствии с ч. 1 п. 21 и ч. 1 п. 22 Визовых правил такие визы выдаются иностранцам, имеющим дипломатические или служебные паспорта, при наличии соответствующего обращения (вербальной ноты) министерства иностранных дел, дипломатического представительства или консульского учреждения иностранного государства либо международной организации по согласованию с главным консульским управлением МИД Республики Беларусь. На принципе взаимности въездные визы с указанием «службовая» могут выдаваться и при наличии обращения (вербальной ноты) иных министерств и ведомств иностранного государства.

Однократная или двукратная краткосрочные визы могут быть индивидуальными и групповыми. Краткосрочная групповая виза может быть выдана при условии одновременного въезда в Республику Беларусь или транзита через ее территорию группы иностранцев численностью пять и более человек, объединенных общей целью поездки и передвигающихся по территории Республики Беларусь в составе группы (п. 25 Визовых правил).

Оформление визы предполагает представление иностранцем в компетентные органы ряда документов, прежде всего визовой анкеты, фотографии и документа для выезда за границу. В ряде случаев, в том числе предусмотренных международными договорами, заполнение визовой анкеты не требуется. Документ для выезда за границу не должен вызывать сомнений в его подлинности и принадлежности владельцу, в нем не должно быть отметок и исправлений, не заверенных компетентными органами иностранного государства. Как правило, он должен иметь не менее двух чистых страниц, предназначенных для виз, и срок действия, превышающий дату предполагаемого выезда иностранца с территории Республики Беларусь не менее чем на 90 суток (п. 29 Визовых правил).

В ряду документов, необходимых для представления иностранцем в связи с оформлением визы, важное место занимают документы, подтверждающие цель его въезда и условия пребывания в Республике Беларусь. Эти документы называются *документами визовой поддержки*. Их перечень приводится в Визовых правилах применительно к каждому типу виз с учетом цели въезда иностранца. Чаще это ходатайства приглашающих организаций и государственных органов. Однако основанием оформления визы, подтверждающим цель поездки, может быть также письменное сообщение о тяжелом заболевании или смерти родственника, заверенное врачом-специалистом; документ, удостоверяющий наличие жилого помещения на праве собственности в Республике Беларусь; судебная повестка; копия специального раз-

решения на право занятия трудящимся-иммигрантом трудовой деятельностью, заверенная нотариусом Республики Беларусь; договор возмездного оказания медицинских услуг, заключенный с организацией здравоохранения Республики Беларусь; справки о захоронениях на территории Республики Беларусь близких родственников иностранца и другие документы.

К документам визовой поддержки относится и документ, содержащий гарантии возмещения государственным учреждениям здравоохранения, государственным научным медицинским организациям Республики Беларусь стоимости оказанной ими скорой (неотложной) медицинской помощи, в частности страховой полис. Он также подлежит представлению при оформлении визы.

Договор страхования может быть заключен иностранцем с белорусской государственной коммерческой организацией, созданной для осуществления страховой деятельности и имеющей специальное разрешение (лицензию) на проведение обязательного медицинского страхования иностранцев, временно пребывающих (проживающих) в Республике Беларусь, либо с иностранной страховой организацией. В последнем случае заключенный договор медицинского страхования, помимо указания на стороны договора, в обязательном порядке должен:

- распространять свое действие на территорию Республики Беларусь;
- действовать в течение периода временного пребывания (проживания) иностранного гражданина в Республике Беларусь;
- предусматривать страховую сумму не ниже 10 000 евро (ч. 4 п. 30 Визовых правил).

Консульским должностным лицом в связи с решением вопроса о выдаче визы могут быть затребованы дополнительные документы. Как правило, они запрашиваются с целью подтверждения сведений, содержащихся в уже перечисленных документах, выявления отсутствия оснований к отказу иностранцу в выдаче визы, проверки наличия у иностранца средств, необходимых для покрытия его расходов по пребыванию в Республике Беларусь и выезду из нее.

Глава 8 Визовых правил регламентирует льготный порядок оформления въездных виз, не предполагающий обязательного представления документов визовой поддержки.

Как установлено в п. 32 Визовых правил, иностранцы при въезде в Республику Беларусь должны располагать средствами в размере, эквивалентном не менее 50 базовым величинам на каждый месяц пребывания, а при въезде на срок менее одного месяца — средствами в размере, эквивалентном не менее 2 базовым величинам на каждый день пребывания. В соответствии с ч. 4 п. 8 Правил пребывания иностранцев наличие денежных средств может быть подтверждено не только предъявлением этих средств, но и путем предоставления документа, на основании которого возможно их

получение, или документа о бронировании и оплате места проживания и питания в Республике Беларусь, или гарантийного письма об оплате всех расходов, связанных с пребыванием и выездом иностранца из Республики Беларусь, выданного физическим или юридическим лицом, ходатайствующим о въезде иностранца, и некоторыми другими документами.

8.4.3. Ограничения права иностранцев на въезд в Республику Беларусь

Некоторые основания отказа в выдаче визы для въезда в Республику Беларусь или во въезде в нее подлежат обязательному применению, их наличие всегда влечет отказ в выдаче визы на въезд или отказ во въезде. Применение же других оснований является правом, но не обязанностью соответствующих органов при решении ими вопроса о выдаче визы для въезда или о въезде в Республику Беларусь. Поэтому можно говорить об абсолютных и относительных основаниях для отказа иностранцу в праве на въезд.

Абсолютными основаниями для отказа иностранцу в выдаче визы для въезда или для отказа во въезде являются:

- сообщение иностранцем при оформлении визы или при решении вопроса о его въезде в Республику Беларусь ложных сведений о себе, представление документов и (или) сведений, не соответствующих требованиям законодательства Республики Беларусь, в том числе подложных, поддельных или недействительных документов;
- включение иностранца в список лиц, въезд которых в Республику Беларусь запрещен или нежелателен;
- объявление иностранца Республикой Беларусь неприемлемым или нежелательным (*persona non grata*);
- сведения о том, что иностранец имел или имеет отношение к экстремистской, в том числе террористической, деятельности или деятельности, направленной на причинение ущерба национальной безопасности Республики Беларусь, к незаконному обороту оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ, взрывных устройств, радиоактивных материалов, наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров и аналогов, организации незаконной миграции иностранцев, торговле людьми;
- наличие у иностранца заболевания, включенного в перечень заболеваний, представляющих опасность для здоровья населения (ч. 2 ст. 30 Закона 2010 г.). Перечень таких заболеваний утвержден постановлением Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 15 июня 2012 г. № 75.

Помимо указанных есть следующие *относительные основания* для отказа иностранцу в выдаче визы для въезда или для отказа во въезде в Республику Беларусь согласно ч. 1 ст. 30 Закона 2010 г.:

- нарушение им в пункте пропуска через государственную границу правил ее пересечения или таможенных правил;

• наличие срока действия документа для выезда за границу, который не превышает 90 суток до дня предполагаемого выезда из Республики Беларусь;

• привлечение иностранца во время прежнего пребывания в Республике Беларусь к административной ответственности пять и более раз в течение одного года при неистечении срока, по окончании которого он считается не подвергавшимся административному взысканию;

• неуплата штрафа, наложенного в качестве административного взыскания во время пребывания в Республике Беларусь, в течение установленных сроков;

• истечение срока временного пребывания в Республике Беларусь (как правило, при визовом порядке въезда этот срок определяется сроком действия визы, но не может превышать 90 дней в году; при безвизовом порядке срок временного пребывания не может превышать 90 дней в году);

• наличие достаточных оснований полагать, что иностранец может уклониться от выезда из Республики Беларусь по окончании срока временного пребывания (проживания) либо использовать территорию Республики Беларусь для незаконной миграции в третье государство;

• его пребывание в Республике Беларусь противоречит интересам национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод граждан Республики Беларусь и других лиц;

• въезд иностранца в Республику Беларусь должен быть ограничен в целях реализации международных договоров Республики Беларусь;

• отсутствие у иностранца, подлежащего обязательному медицинскому страхованию в соответствии с законодательными актами Республики Беларусь, договора страхования.

Перечень относительных оснований для отказа в выдаче визы для въезда в Республику Беларусь или во въезде в нее Законом 2010 г. существенно расширен не только за счет некоторых прежде абсолютных оснований для такого отказа, но и за счет новых оснований.

Решение об отказе в выдаче визы принимается органами, рассматривающими соответствующий вопрос. Решение об отказе во въезде принимается органом пограничной службы, органом внутренних дел или органом государственной безопасности Республики Беларусь (ч. 2 ст. 31 Закона 2010 г.). В данном случае выданная иностранцу ранее виза аннулируется, более того, иностранец может быть включен в список лиц, въезд которых в Республику Беларусь запрещен или нежелателен, с указанием срока запрета от шести месяцев до пяти лет (ч. 4 ст. 30 Закона 2010 г.). При отказе во въезде или при включении в список органы, принявшие соответствующее решение, вправе разрешить иностранцу въезд в Республику Беларусь на срок не более одного месяца в порядке, установленном Советом Министров Республики Беларусь (ч. 7 ст. 30 Закона 2010 г.).

Законодательство Республики Беларусь освобождает органы, уполномоченные на выдачу виз, и другие органы от обязанности информировать иностранца о причинах и основаниях принятых решений. Однако эти решения могут быть обжалованы иностранцем в вышестоящем государственном органе, а после этого — в суде (ч. 2 ст. 71 Закона 2010 г.).

8.4.4. Ограничение иностранцев в праве на выезд из Республики Беларусь

Что касается права иностранцев на выезд из Республики Беларусь, то применительно к нему Закон 2010 г. не устанавливает абсолютных оснований для отказа в выдаче выездных и выездных-въездных виз или для отказа в выезде. В нем закрепляется только перечень относительных оснований для этого, причем наступление установленных законом обстоятельств или совершение иностранцем требуемых действий отменяет возможность воспрепятствования его выезду из Республики Беларусь. Поэтому Закон 2010 г. называет ограничения иностранцев в праве на выезд «временными». Отказ в выдаче визы для выезда или отказ в выезде допускается в случаях, когда иностранец:

- является подозреваемым или обвиняемым по уголовному делу;
- осужден в Республике Беларусь за совершение преступления, за исключением осужденных без назначения наказания или к наказанию в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, — до отбытия наказания или освобождения от наказания либо до истечения срока отсрочки исполнения наказания или испытательного срока;
- не исполняет 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;
- является ответчиком в суде по гражданскому иску;
- является должником по делу об экономической несостоятельности (банкротстве) или заинтересованным лицом в отношении должника — юридического лица;
- привлечен к административной ответственности на территории Республики Беларусь, — до прекращения дела или исполнения административного взыскания;
- имеет не исполненное в установленный срок налоговое обязательство, — до исполнения налогового обязательства;
- не должен покидать Республику Беларусь в интересах национальной безопасности, — до прекращения обстоятельств, препятствующих выезду;
- должен быть ограничен в праве на выезд в целях реализации международных договоров Республики Беларусь (ч. 1 ст. 33).

В случае принятия решения о временном ограничении права иностранца на выезд из Республики Беларусь иностранец включается в Список лиц, право на выезд которых из Республики Беларусь временно ограничено.

Однако такому иностранцу может быть *разрешен выезд из Республики Беларусь на определенный срок или в отношении него может быть принято решение о приостановлении* временного ограничения права на выезд. Применительно к некоторым случаям Закон 2010 г. устанавливает основания для принятия соответствующего решения. В частности, иностранцу, не исполнившему в установленный срок налоговое обязательство, может быть разрешен выезд из Республики Беларусь на определенный срок в связи с необходимостью его участия в уголовном процессе за пределами Беларуси или оказания ему медицинской помощи, которая не может быть оказана в Республике Беларусь, либо в связи с тяжелым заболеванием или смертью близкого родственника, проживающего за пределами Республики Беларусь (абз. 8 ст. 33, ч. 1 ст. 34-1). Закон 2010 г. в ст. 34-1 определяет органы, уполномоченные на принятие указанных решений, и порядок их принятия, а в ст. 34-2 — порядок отмены (снятия) временного ограничения права иностранцев на выезд из Республики Беларусь.

8.4.5. Упрощенный порядок въезда иностранцев в Республику Беларусь

Жители приграничных территорий Литвы, Латвии, Польши имеют возможность для упрощенного въезда в Республику Беларусь оформить разрешение на приграничное движение (далее — разрешение), основанием для выдачи которого являются такие обстоятельства, как владение недвижимостью, посещение родственников, мест захоронения родственников, получение медицинской помощи, участие в различного рода мероприятиях, проводимых органами власти и учреждениями, и др. Разрешения выдаются дипломатическими представительствами и консульскими учреждениями Республики Беларусь. Условием выдачи разрешения является постоянное проживание на приграничной территории не менее одного года (для жителей приграничных территорий Польши — не менее трех лет), однако близким родственникам жителей, указанным в соответствующих международных договорах, разрешения могут выдаваться и без соблюдения этого условия. Срок, на который выдается разрешение, в международных договорах определяется по-разному: от одного года до пяти лет, но не свыше срока действия проездного документа (в Соглашении с Латвией, Литвой). Согласно Договору с Польшей (ст. 6) первое разрешение выдается сроком действия два года, очередные — на пять лет, но не свыше срока действия проездного документа. Разрешение дает право пребывать на приграничной территории Республики Беларусь в общей сложности не более чем 90 дней в течение каждых шести месяцев с первого дня въезда в Республику Беларусь.

8.4.6. Безвизовый порядок въезда иностранцев в Республику Беларусь

Безвизовый порядок въезда (выезда) иностранцев способствует развитию добрососедских отношений, экономических, торговых, научно-технических, культурных, спортивных и иных связей, значительно улучшает правовой статус граждан государств на территориях друг друга. Как указывалось, безвизовый порядок применяется, если он предусмотрен законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь или установлен Президентом Республики Беларусь (ч. 1, 4 ст. 27 Закона 2010 г.). Например, Указом Президента Республики Беларусь от 6 июня 2011 г. № 227 безвизовый порядок въезда в Республику Беларусь, выезда из Республики Беларусь, транзитного проезда (транзита) через территорию Республики Беларусь и временного пребывания на территории Республики Беларусь на срок не более 30 суток со дня въезда установлен для граждан Государства Катар; Указом от 27 апреля 2016 г. № 156 — для граждан Объединенных Арабских Эмиратов; Указом от 18 мая 2017 г. № 173 — для граждан Китайской Народной Республики. Без виз, на основании документов для выезда за границу и документов, предоставляющих право на индивидуальное либо групповое посещение туристско-рекреационной зоны «Брест» или парка «Августовский канал» и прилегающих к нему территорий, иностранцы вправе приезжать на указанные туристические объекты (Указ Президента Республики Беларусь от 26 декабря 2017 г. № 462).

Иностранцы, привлекаемые резидентами Парка высоких технологий (далее — ПВТ) для осуществления трудовой деятельности по трудовому договору (контракту) или являющиеся собственниками имущества, учредителями (участниками) резидентов ПВТ или работниками собственников имущества, учредителей (участников) резидентов ПВТ, вправе въезжать в Республику Беларусь и выезжать из Республики Беларусь в безвизовом порядке (п. 48 Положения о ПВТ, утв. Декретом Президента Республики от 21 декабря 2017 г. № 8). Для целей совершенствования регулирования специального правового режима особой экономической зоны — Китайско-Белорусского индустриального парка «Великий камень» также установлен безвизовый порядок въезда и выезда иностранцев, например привлекаемых резидентами и инвесторами индустриального парка, совместной компанией для целей реализации инвестиционных проектов (п. 62 Положения, утв. Указом Президента Республики от 12 мая 2017 г. № 166). В обоих случаях особенностью является осуществление въезда и выезда иностранцев на основании списков лиц, перемещение которых через государственную границу Республики Беларусь допускается в безвизовом порядке, подаваемых в Государственный пограничный комитет администрацией ПВТ или Китайско-Белорусского индустриального парка.

Соглашением о безвизовом передвижении граждан государств Содружества Независимых Государств по территории его участников 1992 г. гражданам Сторон предоставлено право въезжать, выезжать и передвигаться по территории Сторон без виз при наличии документов, удостоверяющих их личность или подтверждающих их гражданство (ч. 1 ст. 1), причем безвизовый порядок подлежит применению и в отношении граждан Сторон, постоянно проживающих на территории третьих государств (ст. 2). Республикой Беларусь заключен ряд двусторонних межправительственных соглашений о взаимных безвизовых поездках граждан (с Республикой Узбекистан 2005 г., Азербайджанской Республикой 2006 г., Республикой Эквадор 2014 г., Китайской Народной Республикой 2018 г. и др.), которые закрепляют соответствующие договоренности и приводят перечни удостоверяющих личность и подтверждающих гражданство документов, необходимых для безвизовых поездок граждан. Некоторые заключенные Республикой Беларусь соглашения предусматривают возможность безвизовых поездок только для владельцев дипломатических и служебных паспортов (например, Соглашение с Корейской Народно-Демократической Республикой 2007 г.).

8.4.7. Транзитный проезд (транзит) иностранцев через территорию Республики Беларусь

Транзитный проезд урегулирован ст. 37 Закона 2010 г. и Правилами транзитного проезда (транзита) иностранных граждан и лиц без гражданства через территорию Республики Беларусь, утвержденными постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 19 января 2006 г. № 63 (далее — Правила транзита).

Максимальный срок осуществления транзита через территорию Республики Беларусь — двое суток (ч. 1 ст. 37 Закона 2010 г.). Его превышение допускается в случае *вынужденной остановки*, которая может быть обусловлена непредвиденными обстоятельствами, препятствующими дальнейшему следованию иностранца. В ряду таких обстоятельств — стихийные бедствия и иные чрезвычайные обстоятельства природного и техногенного характера, задерживающие движение транспортного средства, необходимость его ремонта в случае повреждения; заболевание или состояние здоровья, если по заключению организации здравоохранения Республики Беларусь дальнейшее следование иностранца и (или) лица, следующего совместно с ним, представляется опасным для их жизни и здоровья; непредусмотренные задержки при пересадке с одного вида транспорта на другой в пункте пересадки. Причем перечень обстоятельств, позволяющих расценивать сделанную остановку в качестве вынужденной, по закону не является исчерпывающим.

Как указывалось выше, транзитный проезд по общему правилу осуществляется по транзитной визе, которая действует в течение двух суток.

В связи с вынужденной остановкой иностранца встает вопрос о продлении срока его пребывания в Республике Беларусь и выдаче ему визы для выезда. Разрешение этого вопроса отнесено к компетенции органа внутренних дел по месту вынужденной остановки (ч. 3 ст. 37 Закона 2010 г.). Причем иностранцу, совершившему вынужденную остановку на срок, превышающий пять суток, за исключением выходных дней, государственных праздников и праздничных дней, установленных и объявленных Президентом Республики Беларусь нерабочими, органом внутренних дел оформляются регистрация и виза для выезда из Республики Беларусь на срок, необходимый для устранения обстоятельств, препятствующих дальнейшему следованию (ч. 3 п. 13 Правил транзита).

В ряде случаев транзит через территорию Республики Беларусь не требует от иностранца оформления транзитной визы. К числу таких случаев п. 4 Правил транзита отнесены:

- наличие других виз Республики Беларусь, предоставляющих иностранцу право на пересечение ее государственной границы;
- беспересадочный полет в качестве пассажира воздушного транспортного средства через территорию Республики Беларусь;
- следование в страну назначения на самолетах международных авиалиний с пересадкой в аэропорту Республики Беларусь. При этом у пассажира-иностранца должен иметься в наличии документ на право въезда в эту страну, авиабилет с подтверждением в нем даты вылета из аэропорта пересадки, а срок пребывания на территории Республики Беларусь не должен превышать 24 часов. При этом пассажиры не имеют права выхода за пределы специально выделенной для них территории аэропорта;
- иностранец является гражданином страны, с которой Республика Беларусь имеет соглашение о безвизовых поездках граждан;
- при установлении Президентом Республики Беларусь безвизового порядка осуществления транзита через территорию Республики Беларусь.

Важное значение для упрощения транзита граждан имеет Соглашение о взаимном признании виз государств — участников Содружества Независимых Государств 1992 г., ст. 1 которого устанавливает, что каждая Сторона признает въездные, выездные и транзитные визы, выдаваемые иностранным гражданам компетентными органами Сторон. Указанные визы дают право их владельцам беспрепятственно следовать транзитом через территории других Сторон к месту назначения или пункту выезда в третью страну. При этом государства-участники взяли на себя обязательства не выдавать визы иностранным гражданам, которым в установленном национальным законодательством порядке закрыт въезд на территорию одной из Сторон (ч. 1 ст. 3).

Иностранцы, следующие транзитом через территорию Республики Беларусь на поездах международного сообщения, воздушных гражданских

судах международных авиалиний, освобождены от обязанности иметь заключенный договор обязательного медицинского страхования на случай оказания им в Республике Беларусь скорой и неотложной медицинской помощи (п. 237 Указа № 530).

При следовании транзитом иностранцы освобождены от оформления пропуска, дающего право на въезд (вход), временное пребывание и передвижение в пограничной зоне Республики Беларусь.

Транзитный проезд через территорию Республики Беларусь должен осуществляться с соблюдением и других требований, установленных Правилами транзита:

• иностранец при въезде в Республику Беларусь должен располагать средствами для покрытия расходов по транзиту в размере, эквивалентном не менее 5 базовым величинам, установленным в Республике Беларусь на день въезда в страну, на каждый день транзита (ч. 1 п. 6 Правил транзита);

• при въезде должна быть заполнена и предъявлена вместе с документом для выезда за границу миграционная карта; при выезде она должна быть сдана. В обоих документах должностными лицами органов пограничной службы Республики Беларусь проставляются отметки о въезде и выезде. Заполнение миграционных карт, как указывалось выше, не требуется для иностранцев, которым такое право предоставлено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь (ч. 2—4 п. 6 Правил транзита);

• иностранцы, проезжающие транзитом на транспортных средствах, могут следовать только по автомобильным дорогам Республики Беларусь, используемым для международного автомобильного сообщения, и делать остановки для отдыха только в пунктах, находящихся на маршруте следования, где имеются гостиницы, мотели, кемпинги или охраняемые стоянки (п. 7 Правил транзита). В случае отсутствия таковых пунктов остановка в указанных целях должна быть осуществлена в населенном пункте, расположенном вблизи от маршрута следования;

• при транзите иностранцы не имеют права останавливаться в пунктах, расположенных в пограничной зоне, за исключением случаев вынужденной остановки, о чем они обязаны своевременно информировать органы пограничной службы (п. 9 Правил транзита);

• в случае вынужденной остановки по причине состояния здоровья иностранец или лица, следующие совместно с ним, обязаны обратиться за получением медицинской помощи в ближайшую организацию здравоохранения. Такая организация обязана в день обращения выдать иностранцу заключение об опасности для его здоровья продолжения поездки или письменно отказать в выдаче такого заключения (п. 12 Правил транзита).

8.5. Правила пребывания иностранцев в Республике Беларусь

Пребывание иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь сопряжено с необходимостью соблюдения ими ряда правил, среди которых основным является требование регистрации. Данное требование закреплено в ст. 23 Закона 2010 г.

Согласно ч. 1 ст. 41 Закона 2010 г. иностранец, прибывший в Республику Беларусь, обязан в течение пяти суток, за исключением воскресений, государственных праздников и праздничных дней, установленных и объявленных Президентом Республики Беларусь нерабочими, зарегистрироваться в органе регистрации по месту фактического временного пребывания. Иное может быть определено самим Законом 2010 г., иными законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь.

В соответствии со ст. 45 Закона 2010 г. в Республике Беларусь не подлежат регистрации:

- главы государств и правительств иностранных государств, главы и члены официальных делегаций, технический персонал этих делегаций и иностранцы, прибывшие в Республику Беларусь по приглашениям Президента Беларуси, палат Национального собрания, Совета Министров, Конституционного Суда, Верховного Суда, Администрации Президента, Государственного секретариата Совета Безопасности, Комитета государственного контроля, Генеральной прокуратуры, Центральной комиссии по выборам и проведению республиканских референдумов, Национального банка, Управления делами Президента, республиканских органов государственного управления, местных исполнительных и распорядительных органов Республики Беларусь, а также члены их семей;
- иностранцы, прибывшие в Республику Беларусь по паспортам, выданным Организацией Объединенных Наций, Международной организацией уголовной полиции — Интерполом;
- главы и сотрудники дипломатических представительств и консульских учреждений иностранных государств, сотрудники аппарата военных атташе, сотрудники торговых представительств иностранных государств в Республике Беларусь, а также члены их семей;
- главы и сотрудники представительств и органов международных организаций и межгосударственных образований, которые согласно уставным документам этих организаций и образований либо соответствующим международным договорам Республики Беларусь пользуются привилегиями и иммунитетами, а также члены их семей;
- иностранцы, прибывшие в Республику Беларусь на выходные дни, государственные праздники и праздничные дни, установленные и объявленные Президентом Республики Беларусь нерабочими, и (или) на срок до пяти

суток в обычные дни, если их выезд из Республики Беларусь будет осуществлен в течение этих дней (суток);

• члены экипажей иностранных военных самолетов, прибывшие в Республику Беларусь в установленном порядке;

• иностранцы, входящие в состав экипажей гражданских воздушных судов международных авиалиний, бригад поездов международного железнодорожного сообщения, при нахождении в аэропорту или на станциях, указанных в расписании движения;

• иностранцы, входящие в состав экипажей иностранных автотранспортных средств и средств речного транспорта, осуществляющих перевозки грузов и пассажиров в международном сообщении, при нахождении в городах и других населенных пунктах на маршрутах выполнения перевозок, в том числе и в иных пунктах назначения;

• военнослужащие иностранных государств, прибывшие в Республику Беларусь для участия в совместных военных учениях.

Как указывалось, снятие требования о регистрации может предусматриваться законодательными актами Республики Беларусь. При пребывании в Беларуси в течение не более 30 дней от регистрации освобождены, например, граждане Китайской Народной Республики (п. 2 Указа Президента Республики Беларусь от 18 мая 2017 г. № 173). Граждане Объединенных Арабских Эмиратов регистрируются в добровольном порядке (п. 2 Указа Президента Республики Беларусь от 27 апреля 2016 г. № 156).

Двусторонние международные договоры Республики Беларусь иногда включают положения, отменяющие регистрацию, но чаще они содержат положения, предоставляющие возможность достаточно долгого пребывания иностранцев в Республике Беларусь без регистрации. В частности, в соответствии с п. 3 Соглашения между Правительством Республики Беларусь и Правительством Латвийской Республики о взаимных поездках граждан, заключенного путем обмена нотами 31 января 2008 г., граждане Латвийской Республики, лица без гражданства, постоянно проживающие на ее территории, и лица, которые имеют статус негражданина Латвийской Республики, освобождаются от необходимости регистрации на территории Республики Беларусь на период пребывания до 30 дней с даты въезда при наличии миграционной карты, оформленной при въезде в Республику Беларусь. Согласно п. 3 ст. 12 Соглашения о порядке взаимных поездок жителей приграничных территорий, заключенного с Литовской Республикой 20 октября 2010 г., жители приграничной территории Литвы освобождаются от необходимости регистрации на территории Беларуси на период пребывания до 30 дней со дня въезда. Соглашением между Республикой Беларусь и Российской Федерацией об обеспечении равных прав граждан Республики Беларусь и Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территориях государств — участников Союзного государ-

ства 2006 г. граждане одной Стороны, прибывшие на территорию другой Стороны, в течение 30 дней с даты въезда освобождаются от регистрации в компетентных органах по месту пребывания (ст. 3).

Регистрация временно пребывающих иностранцев осуществляется:

- органами внутренних дел;
- гостиницами, санаторно-курортными и оздоровительными организациями, субъектами агроэкотуризма;
- Министерством иностранных дел Республики Беларусь (далее — МИД).

Общим правилом является регистрация иностранцев в органах внутренних дел по месту фактического временного пребывания (ч. 1, 2 ст. 42 Закона 2010 г.). Если иностранец въехал в Республику Беларусь на основании разрешения на приграничное движение, а надлежащий орган внутренних дел находится за пределами приграничной территории, определенной соответствующим международным договором Республики Беларусь, то регистрация может быть осуществлена в ближайшем органе внутренних дел, находящемся на указанной приграничной территории (ч. 3 ст. 42 Закона 2010 г.).

В гостиницах, санаторно-курортных и оздоровительных организациях регистрируются временно пребывающие в Республике Беларусь иностранцы, оформившие проживание в указанных местах. Иностранцы, проживающие в жилых помещениях, предоставленных субъектами агроэкотуризма в силу заключенных договоров на оказание услуг этими субъектами, ими и регистрируются (ст. 43 Закона 2010 г.). Под исключение в данных случаях подпадают иностранцы, которые подлежат регистрации в МИД.

В МИД регистрируются гости аккредитованных в этом министерстве глав и сотрудников дипломатических представительств и консульских учреждений иностранных государств, представительств и органов международных организаций и межгосударственных образований, если эти гости проживают в резиденциях глав или помещениях названных представительств, учреждений, органов либо в жилых помещениях, занимаемых их сотрудниками. В случае проживания этих иностранцев вне указанных помещений они подлежат регистрации в общем порядке (ч. 1, 2 ст. 44 Закона 2010 г.).

МИД предоставлено также право осуществлять регистрацию прибывших в Республику Беларусь государственных и общественных деятелей иностранных государств и членов их семей, сотрудников международных организаций и межгосударственных образований независимо от того, что Законом 2010 г. они не отнесены к временно пребывающим иностранцам, не подлежащим регистрации. О регистрации указанных иностранцев могут ходатайствовать дипломатические представительства и консульские учреждения иностранных государств, а также принимающие организации (ч. 3 ст. 44 Закона о правах иностранцев). В этом случае иностранцы освобождаются от

регистрации в гостиницах, санаторно-курортных и оздоровительных организациях или органах внутренних дел по месту проживания.

Предельный срок регистрации ограничен сроком действия визы. Граждане (подданные) государств с безвизовым режимом въезда в Республику Беларусь регистрируются на срок, не превышающий срока, определенного международным договором Республики Беларусь с соответствующим государством. Если международный договор не заключен или в нем отсутствует указание на срок безвизового пребывания, регистрация иностранца осуществляется на срок, указанный в его заявлении или ходатайстве принимающей организации, но не превышающий 90 суток в календарном году со дня первого въезда в Республику Беларусь (ч. 6, 7 ст. 41 Закона о правах иностранцев).

По ряду оснований в регистрации может быть отказано или отказывается. Этот вопрос регулируется ст. 46, 47 Закона о правах иностранцев.

Закон 2010 г. предусматривает случаи, при которых для иностранца может требоваться повторная регистрация: например, если срок временного пребывания продлен, то иностранец обязан зарегистрироваться на срок продления временного пребывания, или если иностранцем обжалованы решения государственных органов, запрещающие дальнейшее пребывание в Республике Беларусь, — на срок до вынесения решения по жалобе.

Белорусское законодательство обязывает временно пребывающих в стране иностранцев проживать только по тому месту временного пребывания, по которому они зарегистрированы, а при перемене места временного пребывания — в течение пяти суток зарегистрироваться по новому месту временного пребывания. В этот срок не включаются воскресения, государственные праздники и праздничные дни, установленные и объявленные Президентом Республики Беларусь нерабочими (ч. 2, 3 ст. 41 Закона о правах иностранцев, ч. 1 п. 11 Правил пребывания иностранцев). Указанные требования не распространяются на иностранцев, прибывших в Республику Беларусь в целях туризма и путешествующих в пределах государственной территории в соответствии с программой тура. Такие иностранцы регистрируются в органе регистрации по месту первоначального временного пребывания на весь период тура (ч. 4 ст. 41 Закона о правах иностранцев).

Следующее требование, которое предъявляется к иностранцам в связи с их пребыванием в Республике Беларусь, — требование о наличии при себе документа для выезда за границу, миграционной карты (если она подлежит заполнению данным иностранцем) и других документов, которые указывают на режим пребывания иностранца в Республике Беларусь (вид на жительство, разрешение на временное проживание и др.). Эти документы должны предъявляться иностранцем по требованию должностных лиц органов внутренних дел, органов государственной безопасности и органов пограничной службы.

Кроме того, Закон о правах иностранцев обязывает иностранцев выехать из Республики Беларусь до окончания срока временного пребывания или временного проживания в Республике Беларусь либо в иные сроки, предусмотренные данным Законом (ст. 25). В частности, в случае, если срок временного пребывания сокращен и не имеется других законных оснований для пребывания иностранца в Республике Беларусь, он обязан выехать в течение десяти суток со дня его уведомления о соответствующем решении (ч. 4 ст. 46 Закона о правах иностранцев)

Согласно ч. 1 ст. 8 Закона о правах иностранцев иностранцы вправе свободно передвигаться и выбирать место пребывания (место жительства) в пределах территории Республики Беларусь, однако ч. 3 этой же статьи установлено следующее ограничение данного права. Определенные места и объекты могут посещаться ими только по специальным разрешениям, выдаваемым уполномоченными государственными органами, иными организациями Республики Беларусь или администрациями объектов.

Перечень мест и объектов, для въезда на территорию которых и пребывания на ней иностранным гражданам, лицам без гражданства необходимо специальное разрешение, а также организаций, уполномоченных выдавать такие разрешения, утвержден постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 3 февраля 2006 г. № 145. К таким местам и объектам отнесены пограничная зона и пограничная полоса, территории, на которых введено чрезвычайное положение или возникла чрезвычайная ситуация, объекты, воинские части и организации Министерства обороны, Министерства внутренних дел, Комитета государственной безопасности, территории зон эвакуации, первоочередного и последующего отселения и некоторые другие территории.

Причем что касается въезда, временного пребывания и передвижения иностранцев в пограничной полосе и пограничной зоне, то указанные ограничения распространяются, как правило, на иностранных граждан и лиц без гражданства, постоянно проживающих за пределами Республики Беларусь. Для пребывания в пограничной полосе и пограничной зоне им необходимо иметь действительный документ для выезда за границу и пропуск, выданный органом пограничной службы. Иное может быть предусмотрено международными договорами и законодательными актами Республики Беларусь (ч. 4 ст. 37 Закона Республики Беларусь «О Государственной границе Республики Беларусь» (далее — Закон о границе)). В пропуске указывается территория, в пределах которой иностранцы имеют право свободно передвигаться в пограничной зоне (ч. 2 п. 4 Правил пребывания иностранцев).

Иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно проживающие в Республике Беларусь, как и постоянно проживающие в Республике Беларусь отечественные граждане, вправе выбирать в качестве своего места жительства и населенные пункты, расположенные в пограничной зоне, с со-

блюдением требования о регистрации по месту жительства (месту пребывания). По достижении четырнадцати лет иностранцы, зарегистрированные в таких населенных пунктах, въезжают (входят), пребывают и передвигаются в пределах пограничной зоны на основании документов, удостоверяющих личность и подтверждающих факт регистрации в населенном пункте пограничной зоны. До достижения указанного возраста иностранцы, постоянно проживающие в Республике Беларусь, въезжают (входят), пребывают и передвигаются в пограничной зоне на основании свидетельств о рождении или документов, удостоверяющих личность (ч. 2, 3 ст. 37 Закона о границе).

В случае, если иностранец, достигший четырнадцати лет, не зарегистрирован в населенном пункте пограничной зоны, но относится к категории иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, то он вправе въезжать (входить), временно пребывать и передвигаться в пределах пограничной зоны при наличии документов, удостоверяющих личность, и документов, подтверждающих уплату государственной пошлины в размере, определяемом законодательными актами Республики Беларусь, либо документов, служащих основанием к освобождению от уплаты государственной пошлины (ч. 1 ст. 37 Закона о границе). Такой же порядок передвижения в пограничной зоне установлен и для граждан Республики Беларусь, постоянно проживающих на ее территории, если населенный пункт пограничной зоны не является местом их регистрации.

Определенным категориям иностранцев (за исключением зарегистрированных по месту жительства в населенных пунктах пограничной зоны) запрещено временно пребывать в пограничной зоне. Это, во-первых, лица, в отношении которых осуществляется уголовное преследование за совершение особо тяжкого, тяжкого или умышленного менее тяжкого преступления, незаконное пересечение государственной границы, нарушение срока запрета въезда в Республику Беларусь, а также осужденные за совершение указанных преступлений, — до исполнения наказания или освобождения от наказания; и, во-вторых, лица, привлеченные к административной ответственности за незаконное пересечение государственной границы, а также привлеченные повторно в течение одного года к административной ответственности за нарушение режима государственной границы или пограничного режима, — до окончания срока, по истечении которого физическое лицо считается не подвергавшимся административному взысканию (ч. 10 ст. 37 Закона о границе). Этот запрет может быть снят на срок не более одного месяца при наличии у иностранца уважительных причин для пребывания в пограничной зоне (тяжелая болезнь или смерть близкого родственника, постоянно проживающего в Республике Беларусь и зарегистрированного в населенном пункте пограничной зоны, и др.).

Некоторые категории иностранцев, напротив, имеют право передвигаться исключительно в пределах приграничной территории Республики

Беларусь (п. 4 Правил пребывания иностранцев). В частности, это жители Литвы, Латвии, Польши, въезд которых в Беларусь урегулирован международными договорами с указанными государствами о правилах приграничного движения. Иное может быть установлено в самом таком международном договоре (ч. 1 п. 4 Правил пребывания иностранцев). Причем особенностью пребывания этих лиц в пограничной зоне Республики Беларусь является нераспространение на них требования об оформлении пропуска.

Сотрудники органа внутренних дел, органа государственной безопасности и органа пограничной службы имеют право временно изъять документ для выезда за границу у иностранца, нарушившего Правила пребывания иностранцев, на срок до рассмотрения вопроса о наложении соответствующего взыскания. В этом случае иностранцу выдается справка, которая подписывается сотрудником одного из вышеуказанных органов и заверяется печатью с изображением Государственного герба Республики Беларусь (п. 28 Правил пребывания иностранцев).

Нарушение иностранцем правил пребывания в Республике Беларусь влечет применение мер административной ответственности. В качестве административного правонарушения, предусмотренного п. 1 ст. 23.55 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее — КоАП), квалифицируется пребывание иностранца в Республике Беларусь без визы Республики Беларусь, миграционной карты, документа для выезда за границу либо пребывание в Республике Беларусь по недействительным документам, несоблюдение установленного порядка регистрации либо передвижения и выбора места жительства или места пребывания, уклонение от выезда по истечении установленного срока пребывания, пребывание в Республике Беларусь иностранца, надлежащим образом уведомленного об отказе во въезде в Республику Беларусь, до окончания срока запрета такого въезда, если в этом деянии нет состава преступления, а также нарушение правил транзитного проезда через территорию Республики Беларусь либо порядка занятия трудовой деятельностью.

Особенностью административной ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства является возможность наложения исключительно на них административного взыскания в виде депортации, под которой понимается административное выдворение за пределы Республики Беларусь (ст. 6.11 КоАП). Депортация может применяться как в качестве основного, так и в качестве дополнительного административного взыскания (п. 2 ст. 6.3 КоАП).

Возможность ее применения предусмотрена не только упомянутым выше п. 1 ст. 23.55 КоАП, но и ст. 23.29 (незаконное пересечение государственной границы Республики Беларусь), ст. 23.30 (нарушение пограничного режима), ст. 23.31 (нарушение режима государственной границы Республики Беларусь), ст. 23.32 (нарушение режима в пунктах пропуска

через государственную границу Республики Беларусь). За предоставление иностранным гражданином или лицом без гражданства иностранной безвозмездной помощи на осуществление деятельности, запрещенной законодательством (п. 1 ст. 23.24), депортация предусмотрена в качестве основного административного взыскания с конфискацией этой помощи.

Положение о порядке депортации иностранных граждан и лиц без гражданства утверждено постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15 марта 2007 г. № 333 (далее — Положение о депортации).

Административное взыскание в виде депортации может налагаться органами пограничной службы, внутренних дел, государственной безопасности Республики Беларусь и судьями в соответствии с их компетенцией по рассмотрению дел об административных правонарушениях, установленной Процессуально-исполнительным кодексом Республики Беларусь об административных правонарушениях.

Помимо депортации белорусское законодательство предусматривает возможность применения к иностранцам высылки. В соответствии с ч. 1 ст. 65 Закона 2010 г. иностранец может быть выслан из Республики Беларусь в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод граждан Республики Беларусь и других лиц, а также после освобождения из арестного дома или исправительного учреждения, если он не может быть подвергнут депортации.

Порядок осуществления высылки иностранных граждан и лиц без гражданства из Республики Беларусь урегулирован соответствующим Положением, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 3 февраля 2006 г. № 146 (далее — Положение о высылке). Конкретизируя норму ч. 1 ст. 65 Закона 2010 г., Положение о высылке, в частности, устанавливает, что определенные категории иностранцев могут быть высланы из Республики Беларусь, если они создают угрозу национальной безопасности или осуждены за совершение преступления, отнесенного Уголовным кодексом Республики Беларусь к категории особо тяжких (ч. 2 п. 2 Положения о высылке). Эта норма касается иностранцев, ходатайствующих о предоставлении статуса беженца, дополнительной защиты или убежища в Республике Беларусь, иностранцев, которым предоставлены статус беженца, дополнительная защита, убежище или временная защита в Республике Беларусь, и некоторых других.

Решение о высылке иностранца принимается органом внутренних дел или органом государственной безопасности (далее — компетентный орган) по собственной инициативе либо по ходатайству заинтересованных государственных органов (ч. 2 ст. 65 Закона о правах иностранцев, ч. 1 п. 3 Положения о высылке). Решение о высылке иностранца в интересах национальной безопасности Республики Беларусь принимается исключительно органом государственной безопасности (ч. 3 п. 3 Положения о высылке).

Высылка может быть осуществлена двумя способами: либо путем добровольного выезда иностранца из Республики Беларусь, либо в принудительном порядке (ч. 3 ст. 65 Закона 2010 г.).

Порядок высылки должен быть указан в постановлении компетентного органа, рассматривающего вопрос о высылке. Высылка в принудительном порядке применяется в следующих случаях:

- когда имеются основания полагать, что иностранец не выедет добровольно из Республики Беларусь;
- когда иностранец не выехал из Республики Беларусь в срок, установленный для добровольного выезда (ч. 1 ст. 67 Закона 2010 г.).

Срок для выезда при высылке путем добровольного выезда определяется компетентным органом с учетом ряда обстоятельств, однако он не может превышать 30 суток (ч. 3 п. 12 Положения о высылке). Продление этого срока максимально еще до 30 суток может быть осуществлено компетентным органом по заявлению высылаемого иностранца с приложением иностранцем документов, подтверждающих необходимость его пребывания в Республике Беларусь (ч. 4 п. 12 Положения о высылке). При высылке путем добровольного выезда иностранец самостоятельно определяет государство, в которое он выедет из Республики Беларусь, и способ выезда из Республики Беларусь. Однако высылаемый иностранец должен за трое суток до даты выезда проинформировать компетентный орган об оформлении документов, приобретении проездных билетов либо ином порядке выезда из Республики Беларусь. Неисполнение этой обязанности может влечь для иностранца неблагоприятные последствия — в дальнейшем ему может быть отказано в разовом въезде в Республику Беларусь, сокращении срока запрета въезда в Республику Беларусь (такой запрет сопутствует высылке) и (или) исключении из списка лиц, въезд которых в Республику Беларусь запрещен или нежелателен (ч. 5 п. 12 Положения о высылке).

Решение о высылке в принудительном порядке влечет осуществление с санкции прокурора мер по задержанию иностранца на срок, необходимый для высылки (ч. 2 ст. 67 Закона 2010 г.). Меры по задержанию иностранца в том же порядке принимаются и тогда, когда иностранец уклонился от добровольного выезда из Республики Беларусь в срок, установленный в постановлении о депортации (п. 8 Положения о депортации).

Задержание, как правило, не применяется в отношении иностранцев, не достигших 16 лет, или достигших возраста 60 лет, или имеющих явные признаки инвалидности, а также в отношении беременных женщин (п. 14 Положения о высылке).

Исполнение постановления о депортации также может осуществляться в добровольном порядке. Вопрос об этом может быть разрешен при обращении иностранца с заявлением, содержащим ходатайство о предоставлении ему права добровольно и за счет собственных средств покинуть пределы

Республики Беларусь, и при отсутствии оснований полагать, что иностранец может уклониться от выезда (п. 5, 6 Положения о депортации). Депортация в добровольном порядке осуществляется по тем же правилам, что и высылка путем добровольного выезда из Республики Беларусь, за исключением возможности продления срока для выезда из Республики Беларусь по заявлению иностранца (п. 6 Положения о депортации).

Части 1, 3 п.10 Положения о депортации устанавливают основания для приостановления и прекращения депортации. В отношении высылки эти вопросы урегулированы в ст. 68 Закона 2010 г.

Депортация, когда иностранцу отказано в добровольном выезде, а также высылка в принудительном порядке могут осуществляться по решению компетентных органов в одно из следующих государств:

- государство гражданской принадлежности;
- государство обычного места жительства;
- государство, с территории которого иностранец прибыл в Республику Беларусь;
- государство, изъявившее желание его принять;
- государство, ходатайствующее о его выдаче;
- государство, с которым Республика Беларусь заключила соглашение о реадмиссии (п. 3 Положения о депортации, п. 18 Положения о высылке).

Иностранец, в отношении которого принято решение о депортации или высылке, включается в список лиц, въезд которых в Республику Беларусь запрещен или нежелателен (ч. 1 ст. 70 Закона 2010 г.). Депортированному иностранцу въезд в Республику Беларусь может быть запрещен на срок от шести месяцев до пяти лет, а высланному — на срок от шести месяцев до десяти лет. В его документе для выезда за границу проставляется отметка о депортации или высылке (ч. 2, 3, 6 ст. 70 Закона о правах иностранцев).

Депортируемые и высылаемые из Республики Беларусь иностранцы подлежат обязательной государственной дактилоскопической регистрации (ч. 4 п. 16 Положения о депортации, ч. 4 п. 21 Положения о высылке).

Важным вопросом, урегулированным законодательством в связи с депортацией и высылкой, является вопрос о возмещении расходов, обусловленных этим. По общему правилу несение таких расходов возлагается на самого иностранца либо на юридическое или физическое лицо, которые ходатайствовали о его въезде в Республику Беларусь, пребывании или проживании в Республике Беларусь (ч. 1 ст. 69 Закона о 2010 г.). При отказе иностранца и указанных лиц от оплаты расходов либо непоступлении денежных средств на депортацию, высылку в установленный законодательством срок, а также в случае ликвидации ходатайствовавшего юридического лица или смерти ходатайствовавшего физического лица депортация или высылка осуществляются за счет средств, изъятых у иностранца при административ-

ном задержании, и (или) республиканского бюджета (ч. 1 п. 20 Положения о депортации, п. 27 Положения о высылке). Если депортация, высылка были осуществлены за счет республиканского бюджета, расходы, связанные с этим, могут быть взысканы с ходатайствовавшего лица в судебном порядке после исполнения депортации.

Оплата расходов, связанных с депортацией или высылкой, производится иностранцем в иностранной валюте или в национальной валюте Республики Беларусь, ходатайствовавшим лицом — в национальной валюте Республики Беларусь (п. 22 Положения о депортации, п. 31 Положения о высылке).

Иностранец, нарушивший правила приграничного движения, установленные международным договором Республики Беларусь, регулирующим вопросы приграничного движения, а также иностранец, у которого отсутствуют документы, по которым он въехал в Республику Беларусь, могут быть переданы иностранным государствам в соответствии с международными договорами о приграничном движении (ст. 67-1 Закона 2010 г.). Положение о порядке передачи таких иностранцев сопредельным государствам утверждено постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 31 декабря 2010 г. № 1918.

Помимо этого правила передачи иностранцев иностранным государствам содержатся в международных договорах Республики Беларусь о реадмиссии. Такие договоры заключены Республикой Беларусь, в частности, с Турецкой Республикой (2013 г.), Республикой Казахстан (2013 г.), Российской Федерацией (2013 г.) и другими государствами.

8.6. Правила выезда и въезда граждан Республики Беларусь

Граждане Республики Беларусь имеют право свободно передвигаться и выбирать место жительства в пределах Республики Беларусь, покидать ее и беспрепятственно возвращаться обратно (ст. 30 Конституции Республики Беларусь).

Право гражданина Республики Беларусь на въезд в свою страну не может быть ограничено ни законом, ни судом.

Закон также не устанавливает постоянных ограничений выезда граждан Республики Беларусь с территории страны (ст. 3 Закона Республики Беларусь от 20.09.2009 № 49-З «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь»), но определяет основания введения временных ограничений выезда.

Временные ограничения выезда гражданина Республики Беларусь могут быть установлены в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод

других лиц. Так, согласно ст. 7 Закона «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь» право гражданина на выезд из Республики Беларусь может быть временно ограничено по одному из следующих оснований:

1) он осведомлен о государственной тайне — на срок, установленный в решении о временном ограничении его права на выезд из Республики Беларусь;

2) он является подозреваемым или обвиняемым по уголовному делу;

3) он осужден за совершение преступления, за исключением осужденных без назначения наказания или к наказанию в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью — на срок, установленный органом или учреждением, исполняющими наказание или иные меры уголовной ответственности, но не более чем до отбытия наказания или освобождения от наказания либо до истечения срока отсрочки исполнения наказания или испытательного срока;

4) за ним установлен превентивный надзор — до прекращения превентивного надзора;

5) он не исполняет 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;

6) ему предъявлен гражданский иск в суде;

7) он является должником по делу об экономической несостоятельности (банкротстве) или заинтересованным лицом в отношении должника — юридического лица;

8) он уклоняется от явки на мероприятия по призыву на военную службу, службу в резерве — до явки на мероприятия по призыву на военную службу, службу в резерве;

9) он состоит на профилактическом учете в органах государственной безопасности Республики Беларусь — до снятия с профилактического учета.

Других ограничений на выезд для граждан Беларуси нет.

Гражданин, право на выезд которого из Республики Беларусь временно ограничено, может выехать из Республики Беларусь на определенный срок на основании решения о разрешении выезда из Республики Беларусь на определенный срок или решения о приостановлении временного ограничения права гражданина на выезд из Республики Беларусь, которое принимается в порядке, установленном гражданским процессуальным или хозяйственным процессуальным законодательством Республики Беларусь.

Документами для выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь являются (ст. 6 Закона «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь»):

- паспорт гражданина Республики Беларусь;
- дипломатический паспорт гражданина Республики Беларусь;
- служебный паспорт гражданина Республики Беларусь;
- национальное удостоверение личности моряка Республики Беларусь.

Однократный въезд граждан в Республику Беларусь может осуществляться по свидетельству на возвращение в Республику Беларусь.

Гражданам Республики Беларусь страна гарантирует защиту и покровительство за пределами Республики Беларусь. В случае причинения вреда жизни, здоровью, интересам и правам гражданина ему или его представителям следует обратиться в посольские и консульские учреждения на территории зарубежного государства. Если в государстве пребывания отсутствуют дипломатические представительства и консульские учреждения Республики Беларусь, то защита прав и законных интересов граждан в соответствии с международными договорами Республики Беларусь может осуществляться соответствующими органами других иностранных государств (ст. 4 Закона «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь»).

8.6.1. Особенности выезда за границу несовершеннолетних граждан Республики Беларусь

Несовершеннолетние граждане Республики Беларусь выезжают по своим документам (общегражданскому паспорту), в следующем порядке:

- без разрешения со стороны родителей (законных представителей), если выезжают в сопровождении обоих законных представителей или в сопровождении одного из законных представителей;
- при предъявлении письменного согласия одного из законных представителей, если выезжают для оздоровления в составе общих или специальных организованных групп детей, выезжающих на оздоровление за рубеж;
- при предъявлении письменного согласия обоих законных представителей, если выезжают без сопровождения законных представителей (в составе группы, с родственниками, с третьими лицами).

Письменное согласие законного представителя на выезд из Республики Беларусь несовершеннолетнего должно быть удостоверено нотариусом либо другим должностным лицом, имеющим право совершать такое нотариальное действие, либо должностным лицом подразделения по гражданству и миграции органа внутренних дел Республики Беларусь по месту жительства

законного представителя или несовершеннолетнего, либо компетентным органом или должностным лицом иностранного государства.

Документы, выданные компетентными органами иностранных государств, принимаются при наличии их легализации или проставлении апостиля, если иное не предусмотрено международными договорами Республики Беларусь.

Если один из законных представителей не согласен с выездом из Республики Беларусь несовершеннолетнего, он имеет право обратиться в суд, который либо определит иной порядок выезда несовершеннолетнего, либо примет решение о временном ограничении выезда несовершеннолетнего.

Если невозможно получить согласие законного представителя несовершеннолетнего на выезд, то при выезде такого несовершеннолетнего предъявляются:

- копия решения суда о возможности выезда из Республики Беларусь несовершеннолетнего без согласия другого законного представителя;
- копия решения суда о признании другого законного представителя недееспособным;
- копия решения суда о лишении другого законного представителя родительских прав;
- справка о нахождении в розыске другого законного представителя, выданная органом, ведущим уголовный процесс;
- брачный договор или Соглашение о детях, в которых предусмотрена возможность выезда из Республики Беларусь несовершеннолетнего без согласия другого законного представителя, либо их копии;
- свидетельство о смерти другого законного представителя или его копия;
- копия решения суда об объявлении другого законного представителя умершим;
- копия решения суда о признании другого законного представителя безвестно отсутствующим;
- справка органа, регистрирующего акты гражданского состояния, о том, что запись об отце ребенка в книге записей актов о рождении произведена на основании заявления матери, не состоящей в браке, в соответствии со ст. 55 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, или ее копия.

8.6.2. Страны безвизового въезда для граждан Республики Беларусь

Безвизовый порядок въезда-выезда определяется международными договорами Республики Беларусь.

Безвизовый въезд для всех граждан Республики Беларусь независимо от срока и целей пребывания установлен следующими странами:

Государство	Соглашение	Дата вступления в силу	Режим въезда-выезда
Государства — члены СНГ: Азербайджанская Республика, Республика Беларусь, Республика Армения, Кыргызская Республика, Республика Молдова, Российская Федерация, Республика Таджикистан, Туркменистан, Республика Узбекистан. Грузия и Туркменистан вышли 9 июня 1999 г.; Российская Федерация — утратило силу 5 декабря 2000 г.; Республика Казахстан вышла 10 октября 2000 г.; Украина не подписала	Соглашение о безвизовом передвижении граждан государств Содружества Независимых Государств по территории его участников (Бишкек, 9 октября 1992 г.)	9 октября 1992 г.	Безвизовый режим для всех категорий граждан при наличии документов, удостоверяющих их личность или подтверждающих их гражданство
Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Российская Федерация, Республика Таджикистан	Соглашение между Правительством Республики Беларусь, Правительством Республики Казахстан, Правительством Кыргызской Республики, Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Таджикистан о взаимных безвизовых поездках граждан от 30 ноября 2000 г.	7 июня 2002 г.	Граждане государств-участников вправе въезжать, выезжать, следовать транзитом, передвигаться и пребывать на территории этих государств без виз по одному из действительных документов, указанных в приложениях № 1—5 к Соглашению

Государство	Соглашение	Дата вступления в силу	Режим въезда-выезда
Азербайджан	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Азербайджанской Республики о взаимных безвизовых поездках граждан от 15 мая 2006 г.	28 мая 2007 г.	Безвизовый режим для всех категорий граждан при наличии документов, удостоверяющих их личность и подтверждающих гражданство
Армения	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Армения о взаимных безвизовых поездках граждан Республики Беларусь и граждан Республики Армения от 6 июня 2002 г.	19 декабря 2003 г.	Безвизовый режим для всех категорий граждан при наличии документов согласно приложениям к Соглашению
Китайская Народная Республика	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Китайской Народной Республики о взаимных безвизовых групповых туристских поездках от 11 января 1993 г.	1 марта 1993 г.	Без виз въезжают группы туристов в составе пяти и более человек, организованные туристическими компаниями стран-участниц. Члены групп должны иметь при себе действительные документы для выезда за границу. Руководители групп должны иметь при себе пригласительные письма от туристических

			организаций, назначенных другой страной-участницей, а также списки членов туристских групп
Молдова	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Молдова о взаимных безвизовых поездках граждан от 24 декабря 2004 г.	Ратифицировано 19 июля 2005 г.	Безвизовый режим для всех категорий граждан при наличии документов, удостоверяющих их личность или подтверждающих их гражданство
Туркменистан	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Туркменистана о взаимных поездках граждан от 22 декабря 1999 г.	21 июля 2000 г.	Граждане государств могут совершать взаимные поездки по действительным документам для выезда за границу
Украина	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Кабинетом Министров Украины о безвизовых поездках граждан от 23 сентября 2009 г.	5 августа 2010 г.	Безвизовый режим для всех категорий граждан при наличии документов, действительных документов, указанных в приложении к Соглашению
Узбекистан	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Узбекистан о взаимных поездках граждан от 19 января 2005 г.	26 июля 2006 г.	Безвизовый режим для всех категорий граждан при наличии документов, указанных в приложениях к Соглашению

8.6.3. Визовый упрощенный въезд граждан Республики Беларусь в некоторые страны

Жители приграничных территорий Литвы, Латвии, Польши имеют возможность с целью упрощенного въезда в Республику Беларусь оформить разрешение на приграничное движение (далее — разрешение), основанием для выдачи которого являются следующие обстоятельства:

- владение недвижимостью;
- посещение родственников, мест захоронения родственников;
- получение медицинской помощи;
- участие в различного рода мероприятиях, проводимых органами власти и учреждениями, и др.

Условием выдачи разрешения является постоянное проживание на приграничной территории не менее одного года (для жителей приграничных территорий Польши — не менее трех лет), однако близким родственникам жителей, указанным в соответствующих международных договорах, разрешения могут выдаваться и без соблюдения этого условия.

Срок, на который выдается разрешение, в международных договорах определяется по-разному:

от одного года до пяти лет, но не свыше срока действия проездного документа;

первое разрешение выдается сроком на два года, очередные — на пять лет, но не свыше срока действия проездного документа.

Разрешение дает право пребывать на приграничной территории Республики Беларусь в общей сложности не более чем 90 дней в течение каждых шести месяцев с первого дня въезда в Республику Беларусь.

Латвия	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Латвийской Республики о взаимных поездках граждан от 31 января 2008 г.	1 августа 2008 г.
	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Латвийской Республики об упрощенном порядке взаимных поездок жителей приграничных территорий Республики Беларусь и Латвийской Республики от 23 августа 2010 г.	1 декабря 2011 г.
Литва	Временное соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Литовской Республики о взаимных поездках граждан	Временно применяется с 1 января 2003 г.
	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Литовской Республики о порядке взаимных поездок жителей приграничных территорий Республики Беларусь и Литовской Республики от 20 октября 2010 г.	Ратифицировано 10 января 2011 г.

Польша	Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Польша о взаимных поездках граждан от 20 декабря 2007 г.	6 августа 2008 г.
	Договор между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Польша о правилах приграничного движения (подписан в г. Варшаве 12 февраля 2010 г.)	Ратифицирован 1 декабря 2010 г.

Вопросы для самоконтроля

1. Какие формулы прикрепления содержатся в национальных законодательствах в отношении вопросов правоспособности/дееспособности физических лиц?

2. Что такое «дифференциация коллизионного регулирования правоспособности/дееспособности»?

3. Какие коллизионные привязки относительно вопросов правоспособности/дееспособности физических лиц закреплены в международных договорах? В чем специфика регулирования данных вопросов в Минской и Кишиневской конвенциях?

4. Каково коллизионное регулирование вопросов признания физических лиц безвестно отсутствующими и объявления их умершими на национально- и международно-правовом уровне?

5. Какие вопросы относятся к вопросам имени в международном частном праве?

6. Каково законодательное коллизионное регулирование вопросов имени? Какие особенности оно имеет в определенных странах?

Список литературы

Базаев, Г. Б. Личный закон физического лица в международном частном праве : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. Б. Базаев. М., 2008.

Подгруша, В. В. Правовой статус физических лиц в коллизионных нормах Гражданских кодексов Беларуси и России [Электронный ресурс] / В. В. Подгруша [по состоянию на 01.06.2003 г.] // КонсультантПлюс: Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2018.

ГЛАВА 9
ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

9.1. Национальность и личный закон юридического лица

Развитие процесса глобализации способствует расширению пространственной сферы деятельности субъектов хозяйствования, она приобретает трансграничный характер. Постепенно все более актуальным становится вопрос, какому из государств «принадлежит» то или иное юридическое лицо.

Для обозначения такой принадлежности в юридической доктрине широко используется термин «национальность юридического лица». В данном значении он упоминается в работах П. Арминьона (P. Arminjon)[1], А. В. Асоскова[2], А. М. Городисского[3], А. М. Ладыженского[4].

Некоторые российские ученые (например, М. И. Брун[5], М. М. Богуславский[6]) этот термин и термин «личный закон юридического лица» используют в качестве синонимов. Другие же настаивают, что их необходимо разграничивать.

Так, А. В. Асосков предлагает использовать для этого два критерия.

1. Сфера применения. По его мнению, понятие «личный закон (личный статут) юридического лица» используется для решения вопросов исключительно частноправового характера[7].

Под личным законом принято понимать право, определяющее статус организации, содержание ее правоспособности, а также регулирующее вопросы внутренних отношений, реорганизации и ликвидации организации и т. п.[8]

---

[1] *Arminjon P.* Nationalité des personnes morales [Electronic resource] // Revue de droit international et de legislation compare. 1902. № 34. P. 383 // Gallica. Bibliothèque numérique. URL: http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6139112m/f393.image.langFR (date of access: 26.11.2018).

[2] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003. С. 23.

[3] *Городисский А. М.* Определение национальности юридических лиц и их признание в других странах // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей. М., 1979. С. 149.

[4] *Ладыженский А. М.* Теории национальности юридических лиц в международном частном праве // Советский ежегодник международного права, 1964—1965. М., 1966. С. 260.

[5] *Брун М. И.* Юридические лица в международном частном праве. Петроград, 1915. Кн. 1 : О личном статусе юридического лица. С. 4.

[6] *Boguslavskii M. M.* Private International Law: the Soviet approach. Dordrecht, 1988. P. 90.

[7] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. С. 25.

[8] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : учебник. М., 2005. С. 143.

Категория же «национальность юридического лица» позволяет определить пределы действия публично-правовых норм, содержащихся в законодательстве соответствующего государства, а также в международных договорах, заключенных этим государством[1].

Схожей позиции придерживается и И. Хадари (Y. Hadari). По его мнению, концепция национальности служит основой для подчинения компании или определенных видов ее деятельности национальным законам либо осуществления тем или иным государством в ее отношении фискальных полномочий; термин «национальность» может использоваться и для отнесения компании к своей или «чужой» в целях применения к ней государством определенных экономических протекционистских ограничений, оказания экономической поддержки и допуска к участию в гарантийных программах, применения национального режима в соответствии с соглашениями о дружбе, торговле и навигации и специального режима в соответствии с соглашениями в сфере налогообложения, а также для осуществления в отношении компании дипломатической защиты[2].

2. Направленность правовых норм. «…Применительно к категории «национальность» правовые нормы каждого отдельно взятого государства имеют одностороннюю направленность, остаются незадействованными традиционные институты международного частного права (такие, как обратная отсылка). В законодательстве дается определение только отечественных, «своих» юридических лиц. Все остальные юридические лица считаются иностранными, «чужими» без конкретизации того правопорядка, национальность которого они должны иметь»[3].

Анализ национального законодательства и международных договоров позволяет прийти к выводу, что для решения вопроса о праве, регулирующем вышеуказанные частноправовые вопросы, термин «национальность», как правило, не используется, а используются иные термины:

«*личный закон юридического лица*» (ст. 25 Закона Украины от 23 июня 2005 г. «О международном частном праве» (далее — Закон Украины о МЧП), ст. 1206 ГК Таджикистана);

«*национальный закон иностранного юридического лица*» (ст. 1596 ГК Молдовы);

«*закон юридического лица*» (ст. 1111 ГК Республики Беларусь, ст. 1100 ГК Казахстана, ст. 1184 ГК Кыргызстана);

---

[1] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. С. 25, 27.

[2] *Hadari Y.* The choice of national law applicable to the multinational enterprise and the nationality of such enterprises [Electronic resource] // Duke Law Journal. 1974. № 1. P. 3—4. URL: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2473&context=dlj (date of access: 26.11.2018).

[3] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. С. 26.

«*право, применимое к юридическому лицу*» (ст. 155 Федерального закона Швейцарии от 18 декабря 1987 г. «О международном частном праве») и др.

Термин же «национальность» применяется преимущественно для целей, о которых ведут речь А. В. Асосков и И. Хадари.

Рассмотрим основные критерии определения национальности и личного закона юридических лиц.

1. Критерий места учреждения (инкорпорации) юридического лица. В основе такого подхода лежит идея, что юридическое лицо должно иметь государственную принадлежность и личный статут того государства, от которого исходит акт о наделении правоспособностью[1].

Критерий инкорпорации *для определения личного закона юридического лица* используется:

в странах, принадлежащих к англосаксонской системе права, некоторых странах Латинской Америки (например, в Венесуэле (ст. 20 Закона Республики Венесуэла от 6 августа 1998 г. «О международном частном праве»), Перу (ст. 2073 Гражданского кодекса Республики Перу от 24 июля 1984 г.)), Тунисе (ст. 43 Кодекса Тунисской Республики о международном частном праве от 27 ноября 1998 г.), Македонии (п. 2 ст. 16 Закона Республики Македония от 4 июля 2007 г. «О международном частном праве»), большинстве государств — членов СНГ (например, в ст. 1100 ГК Казахстана, ст. 1184 ГК Кыргызстана, п. 1 ст. 1596 ГК Молдовы, ст. 1202 ГК РФ и др.);

в *двусторонних* (например, ст. 35/В Договора между Союзом Советских Социалистических Республик и Венгерской Народной Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 15 июля 1958 г., п. 2 ст. 21 Договора между Республикой Беларусь и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 21 февраля 1994 г., п. 2 ст. 23 Договора между Республикой Беларусь и Литовской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 20 октября 1992 г.) и *многосторонних международных договорах* (п. 3 ст. 23 Минской конвенции, п. 3 ст. 26 Кишиневской конвенции, п. «а») ст. 11 Киевского соглашения, ст. 2 Межамериканской конвенции о коллизии законов в отношении коммерческих компаний от 8 мая 1979 г.

В литературе к достоинствам рассматриваемого критерия относят то, что без согласия государства, по законам которого оформлено юридическое лицо, оно не может изменить свой личный закон (национальность), а также то, что он якобы легко устанавливаем[2]. Вместе с тем использование критерия инкорпорации требует определения страны, в которой учреждено

[1] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. С. 6.

[2] *Ладыженский А. М.* Теории национальности юридических лиц в международном частном праве // Советский ежегодник международного права, 1964—1965. М., 1966. С. 269.

юридическое лицо[1]. Учреждение (создание) юридических лиц представляет процесс, в результате которого это лицо приобретает правосубъектность. Именно с этого момента юридические лица являются учрежденными (созданными). Юридические лица приобретают правосубъектность в силу разнообразных юридических фактов. Наиболее распространена регистрация юридических лиц государственными органами с внесением информации об этом в соответствующие реестры (регистры) и выдачей подтверждающих документов. В данном случае установление страны, в которой учреждено юридическое лицо, на практике не должно представлять затруднений. Иная ситуация может сложиться, если в том или ином государстве действует уведомительный порядок создания юридических лиц, в соответствии с которым они создаются без регистрации.

2. Критерий оседлости. В соответствии с данным критерием юридическое лицо имеет личный закон (национальность) той страны, в которой расположены ее руководящие органы, т. е. директорат или административный совет, общее собрание акционеров и т. д.[2]

Одним из приверженцев данного критерия является М. И. Брун, который считал, что «в этом месте принимаются решения, дается направление всем подчиненным физическим лицам, контролируются их действия, подводятся итоги деятельности центрального органа, она проверяется, одобряется или осуждается, вырабатываются новые планы и т. д., — словом, здесь совершаются те процессы, которые для юридического лица составляют его сознание, мышление, хотение, жизнь»[3].

Критерий оседлости для определения национальности используется в законодательстве таких стран, как Испания (ст. 28 Гражданского кодекса Королевства Испания 1889 г.), Мексика (ст. 80 Закона Мексиканских Соединенных Штатов 1998 г. «О гражданстве»). Так, согласно данной статье указанного Закона юридическими лицами мексиканской национальности являются лица, учрежденные в соответствии с мексиканскими законами и имеющие на территории данного государства свой легальный домицильь.

Для определения *личного закона* указанный критерий используется в качестве *основного* такими странами, как, например, Польша (п. 1 ст. 17 Закона от 4 февраля 2011 г. «О международном частном праве»), в качестве *субсидиарного* — Украиной (в случае отсутствия факта создания юридиче-

---

[1] В некоторых международных договорах используются иные формулировки, имеющие аналогичное значение, например, «Договаривающаяся Сторона, на территории которой оно (юридическое лицо. — *примеч. авт.*) было зарегистрировано» (ст. 35/В Договора о правовой помощи с Венгрией), «Договаривающаяся Сторона, на территории которой оно (юридическое лицо. — *примеч. авт.*) создано» (п. 2 ст. 21 Договора о правовой помощи с Латвией).

[2] *Юмашев Ю. М.* Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. М., 1988. С. 17.

[3] *Брун М. И.* Юридические лица в международном частном праве. Петроград, 1915. Кн. 1 : О личном статусе юридического лица. С. 17.

ского лица согласно праву какого-либо государства или невозможности его установления (п. 3 ст. 25 Закона Украины о МЧП) и Швейцарией (п. 2 ст. 154 Федерального закона Швейцарии «О международном частном праве»).

В отличие от критерия инкорпорации формулировки критерия оседлости в законодательстве различных стран отличаются многообразием. Так, в соответствии со ст. 110 Закона Бельгии от 16 июля 2004 г. «О Кодексе международного частного права» юридические лица регулируются правом государства, на территории которого они имеют основное предприятие со времени инкорпорации. Частью 3 ст. 8 Гражданского закона Латвийской Республики 1937 г. установлено, что права и дееспособность юридического лица определяются по законодательству места нахождения его совета директоров. Пунктом 1 ст. 17 Закона Республики Польша «О международном частном праве» предусмотрено, что юридическое лицо подчиняется праву государства, в котором оно находится (ma siedzibę).

В доктрине и практике иностранных государств выделяют формальную — «статутарную», т. е. указанную в уставе, и «реальную» — эффективную оседлость[1]. «Эффективная оседлость» учитывает фактическое место нахождения административного центра юридического лица на каждый отдельно взятый момент времени[2]. Так, в Германии она понимается как «местонахождение реальных руководящих органов компании, хорошо известное ее деловым партнерам»[3].

Одним из недостатков теории оседлости является сложность определения национальности в случае, когда соответствующие юридические лица входят в какие-либо объединения предприятий[4], а также когда компания ведет деятельность, не ограничиваясь одной страной. Следует отметить, что некоторые страны, придерживающиеся критерия «эффективной оседлости», могут не признать иностранную компанию, учрежденную в одном государстве, но имеющую «эффективную оседлость» в другом государстве. В частности, в Германии долгое время не признавались иностранные компании, созданные за рубежом, но имеющие оседлость в данной стране. Это означало невозможность выступления компании в качестве истца (ответчика) в немецких судах и осуществления ими своих прав по заключенным контрактам[5].

---

[1] *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : в 3 т. 2-е изд. М., 2001—2002. Т. 2. 2002. С. 50.

[2] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. С. 31.

[3] *Кох Х.* Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2003. С. 260.

[4] *Кадышева О. В.* Национальность юридических лиц в международном частном праве : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2003. С. 48—49.

[5] *Baelz K., Baldwin T.* The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law [Electronic resource] // German Law Journal. 2002. Vol. 3 № 12. URL: https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56bacf1407eaa040332cbaa8/1455083284392/GLJ_Vol_03_No_12_Baldwin.pdf (date of access: 26.11.2018).

Серьезность проблемы признания юридических лиц привела к попыткам ее разрешения на международно-правовом уровне.

Так, с этой целью была разработана Конвенция о признании правосубъектности иностранных компаний, ассоциаций и учреждений, подписанная в Гааге 1 июня 1956 г. (далее — Гаагская конвенция).

В соответствии со ст. 1 Гаагской конвенции правосубъектность (personalité juridique), приобретенная компанией, ассоциацией или учреждением в соответствии с законодательством Договаривающегося государства, в котором были выполнены формальности регистрации или опубликования и где расположено ее уставное местонахождение (siège statutaire), автоматически признается в другом Договаривающемся государстве, если она включает в себя помимо возможности обращаться в суд по крайней мере возможность владения имуществом, заключения договоров и совершения других юридических актов.

Исходя из ст. 5 Гаагской конвенции, Договаривающееся государство может отказаться признать за иностранной компанией, ассоциацией или учреждением те права, которые оно не предоставляет национальным юридическим лицам соответствующей организационно-правовой формы. Однако в любом случае иностранная компания, ассоциация или учреждение должны обладать правом выступать в качестве истца и ответчика в судах данного государства.

Согласно ч. 1 и 2 ст. 2 Гаагской конвенции правосубъектность, приобретенная в соответствии со ст. 1, может быть не признана в другом Договаривающемся государстве, если его законодательство учитывает реальное местонахождение (siège réel), а таковое считается находящимся в пределах его территории. Правосубъектность может быть не признана в другом Договаривающемся государстве, если его законодательство учитывает реальное местонахождение, а юридическое лицо считается данным государством находящимся в другом Договаривающемся государстве, также учитывающем данный критерий.

Вышеприведенные положения не применяются, если ассоциация или учреждение перенесет в течение разумного срока реальное местонахождение в государство, которое не принимает его во внимание, или уставное местонахождение в государство, где расположено его реальное местонахождение (ч. 3 ст. 2 и ч. 2 ст. 3 Гаагской конвенции).

Согласно ч. 4 ст. 2 Гаагской конвенции под реальным местонахождением общества, объединения или учреждения понимается место, где учреждена его центральная администрация (administration central).

Таким образом, смысл компромисса, достигнутого в Гаагской конвенции, состоял всего лишь в закреплении status quo ante, т. е. права каждого

государства-участника продолжать следовать собственной системе определения национальности (или личного статута) юридических лиц[1].

По-видимому, именно это стало причиной того, что Гаагская конвенция была ратифицирована только тремя государствами (Бельгией, Францией и Нидерландами; Нидерланды в последующем ее денонсировали) и в силу не вступила.

29 февраля 1968 г. в г. Брюсселе была подписана Конвенция о взаимном признании компаний и юридических лиц (далее — Брюссельская конвенция). Данная конвенция ратифицирована Бельгией, Германией, Италией, Люксембургом и Францией.

Статьями 1 и 2 Брюссельской конвенции предусмотрено, что Договаривающиеся государства должны автоматически признавать указанные в ней юридические лица, созданные в соответствии с законодательством того Договаривающегося государства, которое наделило их правосубъектностью, и обладающие уставным местом нахождения на территориях, на которые распространяется данная Конвенция. Согласно ст. 3 Брюссельской конвенции Договаривающиеся государства могут заявить о том, что они не будут применять Конвенцию к соответствующим юридическим лицам, реальное местонахождение которых (siège réel) расположено за пределами таких территорий, если эти лица не имеют с их экономикой «серьезной связи» (lien sérieux).

Термин «реальное местонахождение» в ст. 5 Брюссельской конвенции имеет то же значение, что и в ч. 4 ст. 2 Гаагской конвенции.

Таким образом, основным принципом Брюссельской конвенции является принцип инкорпорации компаний на территории ее государств-участников.

К сожалению, и эта Конвенция в силу не вступила, так как не набрала необходимого количества ратификаций.

Попытки решения проблемы признания юридических лиц на территории Европейского союза, в том числе в связи с их перемещением, предпринимались и Судом ЕС (дела Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Cartesio).

Так, в решении по делу «Überseering» данный Суд, в частности, постановил, что, если компания, созданная в соответствии с законодательством государства-члена, в котором она имеет зарегистрированный офис, реализует свободу учреждения в другом государстве, ст. 43 и 48 Договора о ЕС требуют от этого другого государства признания правоспособности и способности быть стороной гражданского процесса, которыми указанная компания пользуется в соответствии с законодательством государства места учреждения.

[1] *Городисский А. М.* Определение национальности юридических лиц и их признание в других странах. С. 156—157.

Определенного успеха в рассматриваемом направлении достигли латиноамериканские страны. Так, в силу ч. 1 ст. 3 упомянутой Межамериканской конвенции о коллизии законов в отношении коммерческих компаний (вступила в силу для Аргентины, Бразилии, Венесуэлы, Гватемалы, Мексики, Парагвая и Перу) ее государства-участники обязаны автоматически признавать коммерческие компании, должным образом учрежденные на территории других государств-участников.

3. Критерий центра эксплуатации. В соответствии с данным критерием национальность (личный закон) юридического лица определяется по центру его хозяйственной деятельности[1].

В настоящее время для определения *национальности юридических лиц* он закреплен, в частности, в ст. 354 Коммерческого кодекса Боливарианской Республики Венесуэла 1955 г.: «Компании, учрежденные в зарубежной стране, имеющие в Республике основной коммерческий либо промышленный объект эксплуатации, считаются национальными компаниями».

Для определения *личного закона юридического лица* данный критерий используется в качестве *субсидиарного* в законодательстве таких государств, как Литва (п. 2 ст. 1.19 кн. 1 Гражданского кодекса Литовской Республики от 18 июля 2000 г.) и Италия (п. 1 ст. 25 Закона от 31 мая 1995 г. «Реформа итальянской системы международного частного права»). Так, согласно упомянутому положению ГК Литвы, если процедура учреждения иностранного юридического лица или иной организации была нарушена, его правоспособность определяется законом государства, на территории которого оно реально функционирует.

В литературе часто отмечается, что критерий центра эксплуатации часто применяется развивающимися государствами, которые таким образом стремятся обеспечить контроль над юридическими лицами, ведущими деятельность на их территории[2].

Применение рассматриваемого критерия на практике может вызвать определенные трудности, о которых упоминал еще в начале XX в. французский ученый К. Рулан (C. Rűhland) (наличие у компании нескольких центров эксплуатации)[3]. Также данный критерий не применим к банкам и подобным организациям, не имеющим технического оборудования и действующим независимо от пространства[4].

---

[1] *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 84.

[2] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. С. 34.

[3] *Rűhland C.* Le problem des personnes morales en droit international privé [Electronic resource] // Recueil des cours de Academie de Droit International, 1923. T. 45. 1933. P. 411 // Gallica. Bibliothèque numérique. URL: http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k61390536.image.langFR (date of access: 26.11.2018).

[4] *Кадышева О. В.* Национальность юридических лиц в международном частном праве. С. 41.

4. Критерий национальной принадлежности учредителей (участников) юридического лица (критерий контроля). Приверженцы данного критерия (в частности, П. де Варей-Сомьер (P. De Vareilles-Sommières)) приводят в поддержку этого критерия два аргумента. В соответствии с первым «общество или объединение принимает национальность своих учредителей или участников, по крайней мере ту, которой они обладали на момент его учреждения, так как именно эту национальность они, по всей вероятности, хотели ему передать». В соответствии со вторым «ассоциации или объединения не имеют национальности, отличной от национальности их участников: они представляют собой всего лишь участников, объединенных договорной связью…»[1].

С теоретической точки зрения определение национальности юридических лиц по национальности физических лиц основано на теории фикции, согласно которой юридическое лицо — это юридическая фикция, за которой скрываются реальные носители прав и обязанностей — живые люди, обладающие волей (Савиньи) и интересом (Иеринг)[2].

Критерий контроля справедливо критикуется в научной литературе, поскольку неясно, как применять его в отношении юридических лиц с многонациональным составом участников[3], а также следует ли считать национальность юридического лица измененной в случае изменения национальности его участников (если допустить такую возможность, то может сложиться такая ситуация, когда компания будет «немецкой утром, голландской в полдень и снова немецкой на следующий день»[4]).

Несмотря на это, упомянутый критерий активно использовался английскими судами во время Первой и Второй мировых войн для признания вражескими юридических лиц, капитал которых контролировался гражданами вражеских государств[5].

Сегодня критерий контроля содержится в некоторых международных договорах, например:

а) в Вашингтонской конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами других государств от 18 марта 1965 г. для определения компетенции МЦУИС (пп. «б» п. 2

---

[1] *Arminjon P.* Nationalité des personnes morales [Electronic resource] // Revue de droit international et de legislation compare. 1902. № 34. P. 391 // Gallica. Bibliothèque numérique. URL: http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6139112m/f393.image.langFR.(date of access: 26.11.2018).

[2] *Ладыженский А. М.* Теории национальности юридических лиц в международном частном праве // Советский ежегодник международного права, 1964—1965. М., 1966. С. 263.

[3] *Асосков А. В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. С. 36.

[4] *Rűhland C.* Le problème des personnes morales en droit international privé // Recueil des cours de Academie de droit international, 1933. T. 45. P 404.

[5] *Ладыженский А. М.* Теории национальности юридических лиц в международном частном праве. С. 264.

ст. 25). В соответствии с данным подпунктом юридическим лицом другого Договаривающегося государства (иного, чем государство — сторона спора) является юридическое лицо государства — стороны спора, если, исходя из контроля, осуществляемого иностранными лицами в отношении такого юридического лица, стороны спора договорились рассматривать его в качестве такового;

б) некоторых двусторонних соглашениях Республики Беларусь о поощрении и защите инвестиций для определения их субъектной сферы действия. Так, согласно пп. «b» п. 2 ст. 1 Соглашения между Правительством Республики Беларусь и Правительством Государства Кувейт о поощрении и взаимной защите инвестиций от 10 июля 2001 г. инвестором в отношении каждой Договаривающейся Стороны является любое юридическое лицо, созданное или учрежденное согласно законодательству Республики Беларусь либо Государства Кувейт соответственно. В свою очередь, под юридическим лицом понимается любое юридическое лицо, осуществляющее свою деятельность как на коммерческой, так и на некоммерческой основе, частной или государственной формы собственности либо контроля, учрежденное согласно законодательству соответствующей Договаривающейся Стороны или принадлежащее либо фактически контролируемое инвестором этой Договаривающейся Стороны (п. 3 ст. 1).

5. Смешанный критерий. Как видно из вышеприведенного анализа, каждый из упомянутых четырех критериев определения личного закона (национальности) юридических лиц имеет как достоинства, так и недостатки. Кроме того, как справедливо отмечает В. М. Корецкий, каждый освещает одну сторону проблемы: критерий контроля — связь юридического лица с физическими лицами, в нем непосредственно заинтересованными; критерий инкорпорации — связь с правопорядком, его порождающим, стремление сохранять постоянство при изменчивом составе обществ и обеспечить государственный контроль над организацией обществ (путем концессий, регистраций и прочее); критерий административного центра в его разновидностях — связь с имущественным комплексом — гарантия интересов кредиторов[1]. В доктрине часто предлагается использовать для указанной цели одновременно несколько критериев. Так, например, *учение о дифференцированности*, представителем которого является Грассман (Grassman), базируется на идее необходимости разграничения внутренних (создание юридического лица, права и обязанности его участников, порядок оформления устава и внесения в него изменений) и внешних отношений (право- и дееспособность юридического лица, полномочия его органов, их ответственность и порядок формирования и поддержания уставного капитала юридического лица) юридического лица. Для каждой группы отношений

[1] *Корецкий В. М.* Избранные труды : в 2 кн. Киев, 1989. Кн. 1. С. 34—35.

предлагается применять самостоятельную коллизионную привязку: к внутренним отношениям — закон государства, где данное юридическое лицо было учреждено, к внешним — закон места осуществления деятельности либо закон инкорпорации юридического лица[1]. Данная теория, несомненно, представляет определенный научный интерес, однако из-за сложности вряд ли может быть применена на практике без предварительного глубокого и всестороннего анализа возможных последствий такого применения, прежде всего для экономического оборота.

Смешанный критерий нашел отражение и в актах законодательства ряда государств (Болгария, Италия, Украина, Швейцария). Так, например, в Италии используется критерий инкорпорации, оседлости, центра эксплуатации: согласно п. 1 ст. 25 Закона «Реформа итальянской системы международного частного права» общества, ассоциации, фонды, а также любые другие организации, как частные, так и публичные, даже если они не обладают характером юридического лица, регулируются правом страны, на территории которой был завершен процесс их учреждения. Однако в случае, когда их орган управления находится в Италии или когда их основная деятельность осуществляется на территории Италии, применению подлежит итальянское право.

Для определения национальности юридических лиц в научной литературе предлагались и иные критерии, например ***критерий автономии воли учредителей юридического лица***[2], ***критерий места подписки на акции***[3] и др.

Эти критерии широкой доктринальной поддержки, а также нормативного закрепления не получили ввиду их очевидных недостатков.

Сфера действия личного закона юридического лица в национальных и международных правовых источниках определяется по-разному:

1) *узко.* Так, она может охватывать вопросы:

возникновения юридического лица (ст. 35/В Договора о правовой помощи с Венгрией);

правоспособности (например, п. 1 ст. 1101 ГК Казахстана, п. 1 ст. 1185 ГК Кыргызстана, ч. 1 ст. 1176 ГК Узбекистана, п. 1 ст. 1112 ГК Республики Беларусь, п. 2 ст. 21 Договора о правовой помощи с Латвией, ч. 2 ст. 20 Договора между Республикой Беларусь и Исламской Республикой Иран о правовой помощи по гражданским и уголовным делам, п. 3 ст. 23 Минской конвенции, п. 3 ст. 26 Кишиневской конвенции);

---

[1] *Кадышева О. В.* Национальность юридических лиц в международном частном праве. С. 140.

[2] *Maseaud L.* De la nationalité des société [Electronic resource] // J. du droit international. 1928. P. 55—56 // Gallica. Bibliothèque numérique. URL: http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5656759q.image.langEN (date of access: 26.11.2018).

[3] *Travers M.* La nationalité des sociétés commerciales [Electronic resource] // Recueil des cours de Academie de Droit International de la Haye, 1923. T. III. 1930. P. 60 // Gallica. Bibliothèque numérique. URL: http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6130006r.image.langFR (date of access: 26.11.2018).

правоспособности и дееспособности (п. 1 ст. 1207 ГК Таджикистана, п. 2 ст. 19 Договора между Союзом Советских Социалистических Республик и Чехословацкой Социалистической Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам);

2) *широко*, охватывая вопросы относительно организационно-правовой формы того или иного юридического лица, его наименования, внутренней организации, приобретения им гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей, ответственности юридического лица и его учредителей (участников) по его обязательствам, отношений внутри юридического лица, включая его отношения с участниками, представительства, реорганизации, прекращения деятельности, правопреемства юридического лица и др. Такого подхода придерживаются, в частности, законодатели Бельгии (ст. 111 Закона «О Кодексе международного частного права», Италии (п. 2 ст. 25 Закона «О реформе итальянской системы международного частного права»), Литвы (п. 1 ст. 1.20 кн. 1 ГК), Молдовы (п. 2 ст. 1596 ГК), Польши (п. 3 ст. 17 Закона «О международном частном праве»), России (п. 2 ст. 1202 ГК), Швейцарии (ст. 155 Федерального закона «О международном частном праве»).

9.2. Правовое положение иностранных юридических лиц в Республике Беларусь

В соответствии со ст. 13 Конституции Республики Беларусь государство предоставляет всем равные права для осуществления хозяйственной и иной деятельности, кроме запрещенной законом, и гарантирует равную защиту и равные условия для развития всех форм собственности. Это означает, что все субъекты, в том числе и иностранные, участвуют в хозяйственных правоотношениях как равноправные лица.

9.2.1. Понятие иностранного юридического лица

Гражданское законодательство Республики Беларусь не дает прямого определения понятия иностранного юридического лица или иностранной организации. ГК Республики Беларусь оперирует термином «иностранное юридическое лицо» (ст. 1112 ГК Республики Беларусь), выделяя обозначаемых им субъектов из родового понятия «юридические лица» и отделяя от другого видового понятия «иностранные организации, не являющиеся юридическими лицами по иностранному праву» (ст. 1110 ГК Республики Беларусь). Поскольку термин в законодательстве есть, следует определить его содержание.

В Республике Беларусь подразделение юридических лиц на отечественные и иностранные осуществляется в основном по признаку инкорпорации (создания или учреждения) за границей. В качестве основания можно привести ст. 1111 ГК Республики Беларусь, которая законом юридического лица называет право страны, где это лицо учреждено.

Если проанализировать нормы иной отраслевой принадлежности, то на основании ст. 15 НК Республики Беларусь можно видеть, что иностранной организацией признается такая организация, местом нахождения которой не является Республика Беларусь. В свою очередь, место нахождения организации по правилам ст. 16 НК Республики Беларусь определяется местом ее государственной регистрации либо:

- местом нахождения высшего органа управления;
- местом осуществления полномочий ее постоянно действующего исполнительного органа;
- местом принятия решений по вопросам создания, ликвидации и реорганизации этой организации, изменения состава ее учредителей (участников), увеличения или уменьшения размеров уставного фонда, приобретения или отчуждения ее имущества и другим существенным вопросам управления организацией;
- местом, в котором находятся основные бухгалтерские документы организации;
- местом жительства уполномоченного участника либо того участника, который получает выручку от деятельности товарищества до ее распределения (для простого товарищества).

В пп. 1.1. Указа Президента Республики Беларусь от 27 марта 2008 г. № 178 «О порядке проведения и контроля внешнеторговых операций» (далее — Указ № 178) в понятии «нерезидент» законодатель выделяет два признака:

1) юридическое лицо создано в соответствии с законодательством иностранного государства;

2) местом нахождения юридического лица является иностранное государство.

Как видно, в данном случае законодатель оперирует общим понятием «юридическое лицо», характерным для гражданского законодательства. В указанной норме закрепляются уже два критерия иностранной принадлежности юридического лица: законодательство иностранного государства, на основании которого учреждено юридическое лицо, и его местонахождение.

Таким образом, **иностранной организацией** по законодательству Республики Беларусь является организация, как обладающая статусом юридического лица, так и не обладающая таковым, местом нахождения которой является иностранное государство.

Иностранным юридическим лицом по законодательству Республики Беларусь считается организация, зарегистрированная как юридическое лицо в соответствии с законодательством иностранного государства и на территории иностранного государства.

9.2.2. Правовой режим иностранного юридического лица

Правовое положение иностранного юридического лица в Республике Беларусь определяется основными принципами права, под которыми понимаются общеобязательные исходные нормативно-юридические положения, отличающиеся универсальностью, общей значимостью, высшей императивностью, определяющие содержание правового регулирования и выступающие критерием правомерности поведения и деятельности участников регулируемых правом отношений.

Правовое положение иностранных юридических лиц в Республике Беларусь строится на принципах национального режима, режима наибольшего благоприятствования, преференциального режима и принципа недискриминации.

Принцип национального режима означает, что иностранным юридическим лицам в Республике Беларусь предоставляется такой же правовой режим, какой предоставляется отечественным организациям. Статья 1113 ГК Республики Беларусь: «иностранные юридические лица осуществляют в Республике Беларусь предпринимательскую и иную деятельность, регулируемую гражданским законодательством, в соответствии с правилами, установленными этим законодательством для такой деятельности юридических лиц Республики Беларусь, если законодательством Республики Беларусь для иностранных юридических лиц не предусмотрено иное».

Национальный режим закреплен и в международных договорах Республики о правовой помощи по гражданским и уголовным делам.

Режим наибольшего благоприятствования означает, что физическим и юридическим лицам какого-либо государства предоставляются те же права, что физическим и юридическим лицам любого другого иностранного государства.

Предоставление режима наибольшего благоприятствования происходит на основе международных договоров о торгово-экономическом сотрудничестве, о торговле и мореплавании, о взаимной защите капиталовложений.

Преференциальный режим предусматривает предоставление нашей страной в одностороннем порядке торговых преференций (предпочтений) развивающимся и наименее развитым странам на принципах всеобщности, недискриминации и невзаимности. Так, в рамках ЕАЭС в целях содействия экономическому развитию развивающихся и наименее развитых стран на

единой таможенной территории государств — членов ЕАЭС применяется единая система тарифных преференций.

Сущность принципа недискриминации в международных отношениях состоит в том, что любое государство независимо от принадлежности к той или иной социально-экономической системе или уровня развития, а также его учреждения, граждане и юридические лица не должны быть поставлены в худшие условия, чем другие государства, их учреждения, граждане и юридические лица. Практически все договоры о поощрении и защите капиталовложений содержат специальную норму о недискриминации в отношениях между договаривающимися сторонами.

9.2.3. Экономическое присутствие

В литературе отмечается, что присутствие иностранных юридических лиц в Республике Беларусь проявляется в следующих формах:

- совершение сделок с белорусскими (физическими и юридическими) лицами;
- открытие представительств и филиалов;
- создание новых юридических лиц с участием или без участия белорусских организаций;
- вложение инвестиций в экономику Республики Беларусь.

Выделяются две группы способов осуществления хозяйственной деятельности иностранными организациями: непосредственные и опосредованные. Критерием такого группирования является степень контроля хозяйственной деятельности, осуществляемой на территории Республики Беларусь, со стороны управляющего органа иностранной организации.

К *непосредственной деятельности* относится создание юридических лиц и открытие представительств.

К *опосредованной деятельности* относится заключение внешнеэкономических договоров, включая деятельность посредника, участие в выставках (ярмарках), а также приобретение имущества на территории Республики Беларусь.

9.2.4. Создание юридического лица

Создание нерезидентом юридического лица в нашей стране имеет определенные особенности.

Иностранные организации, выступая в качестве иностранных инвесторов, вправе осуществлять инвестиции в Республике Беларусь в формах, аналогичных установленным для национальных инвесторов Республики Беларусь. В частности, иностранные инвесторы вправе создавать юридические лица Республики Беларусь, приобретать на территории Республики

Беларусь различные виды имущества и имущественных прав, доли в уставном фонде юридических лиц, различные объекты недвижимости, например здания и сооружения. Иностранные инвестиции на территории Республики Беларусь возможны и в ценные бумаги, права на объекты интеллектуальной собственности; объекты права промышленной собственности, в частности изобретения, промышленные образцы, полезные модели; средства индивидуализации товаров (работ, услуг), прежде всего товарные знаки (знаки обслуживания); объекты авторского права.

Закон Республики Беларусь об инвестициях содержит очень общий перечень способов осуществления инвестиций на территории нашей страны (ст. 4):

создание коммерческой организации;

приобретение, создание, в том числе путем строительства, объектов недвижимого имущества (за исключением некоторых случаев);

приобретение прав на объекты интеллектуальной собственности;

приобретение акций, долей в уставном фонде, паев в имуществе коммерческой организации, включая случаи увеличения уставного фонда коммерческой организации;

на основе концессии;

иные способы, кроме запрещенных законодательными актами Республики Беларусь.

Право иностранных инвесторов относительно создания коммерческих организаций, приобретения акций, долей в уставном фонде, паев в имуществе коммерческой организации, включая случаи увеличения уставного фонда коммерческой организации, Законом об инвестициях расширено относительно соответствующего права национальных инвесторов: иностранные лица имеют право вносить свой вклад в иностранной валюте и (или) белорусских рублях, а также неденежный вклад, имеющий оценку стоимости, в порядке, установленном законодательством Республики Беларусь (ст. 15 Закона об инвестициях), но ограничено нормами ст. 6 Закона об инвестициях.

Юридическое лицо создается в порядке, установленном Положением о государственной регистрации субъектов хозяйствования, утвержденным Декретом Президента Республики от 16 января 2009 г. № 1 «О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования».

Коммерческая организация на территории Республики Беларусь может быть создана одним из нескольких способов:

путем ее учреждения;

в результате приобретения иностранным инвестором доли участия (акций) в ранее учрежденном юридическом лице;

путем приобретения предприятия как имущественного комплекса в целом (его части), собственником которого не является иностранный инвестор.

Иностранные инвесторы могут воспользоваться льготным режимом, установленным Декретом Президента Республики Беларусь от 7 мая 2012 г. № 6 «О стимулировании предпринимательской деятельности на территории средних, малых городских поселений, сельской местности», согласно которому предусмотрены льготы для коммерческих организаций, зарегистрированных в Республике Беларусь с местом нахождения на территории средних, малых городских поселений, сельской местности и осуществляющих там деятельность по производству товаров (выполнению работ, оказанию услуг).

9.2.5. Открытие представительства

Порядок открытия представительств иностранных юридических лиц в Беларуси регулируется нормами ст. 51^1 ГК Республики Беларусь и Положением о порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 мая 2018 г. № 408 (далее — Положение о представительстве).

В настоящее время выдачу разрешений на открытие представительства в Республике Беларусь осуществляют областные (Минский городской) исполнительные комитеты по месту нахождения представительств.

Согласно п. 4 Положения о представительстве представительством иностранной организации является ее обособленное подразделение, расположенное на территории Республики Беларусь, осуществляющее защиту и представительство интересов иностранной организации и иные не противоречащие законодательству функции.

Особенной частью НК определено, что иностранная организация не рассматривается как имеющая постоянное представительство, если при организации и осуществлении деятельности от имени иностранной организации и (или) в ее интересах организация или физическое лицо действуют в рамках обычной деятельности. При рассмотрении вопроса осуществления обычной деятельности возникают проблемы: как определить эту деятельность? И под обычной деятельностью стоит понимать ту деятельность, для осуществления которой создано предприятие и которой оно занимается в целях извлечения прибыли.

Представительство иностранной фирмы не является юридическим лицом и вправе заниматься предпринимательской деятельностью на территории Республики Беларусь только от имени и по поручению представляемой им организации. Обособленные подразделения по общему правилу не могут быть субъектами гражданского или хозяйственного процесса, так как не наделены статусом юридического лица (ч. 2 п. 4 Положения о представительстве).

9.2.6. Участие в выставках (ярмарках), проводимых на территории Республики Беларусь

Иностранные организации на территории Республики Беларусь могут осуществлять опосредованную деятельность путем участия в выставках и ярмарках, проводимых на территории государства. К нормативным актам, регулирующим такую деятельность, в первую очередь следует отнести постановление Совета Министров Республики Беларусь от 23 апреля 2012 г. № 384 «Об утверждении Положения о порядке организации национальных выставок (экспозиций) Республики Беларусь в иностранных государствах».

Выставочная и ярмарочная деятельность нацелены в том числе и на привлечение иностранных юридических лиц, порядок участия которых в выставках и ярмарках незначительно отличается от порядка участия в них же национальных организаций. К иностранным участникам могут быть предъявлены дополнительные требования, такие как подтверждение состоятельности, необходимость перевода документов на русский/белорусский язык. Отличия в порядке участия заключаются в необходимости перемещения для иностранного участника товаров, выступающих, например, в качестве выставочных экспонатов, через государственную границу.

В данном случае такие товары помещаются под таможенную процедуру временного ввоза, в соответствии с которой существует освобождение от уплаты ввозных таможенных пошлин (ст. 219 Закона Республики Беларусь «О таможенном регулировании в Республике Беларусь»).

9.3. Представительство иностранной организации на территории Республики Беларусь

9.3.1. Многозначность понятия представительства в праве Республики Беларусь

Институт представительства иностранной организации в Республике Беларусь базируется на общей концепции представительства как правоотношения, в котором один субъект права представляет интересы другого субъекта права в отношениях с третьими лицами, однако имеет ряд существенных особенностей. В связи с этим необходимо четко отграничивать понятие «представительство иностранной организации» от смежных, а иногда и созвучных с ним понятий.

Термин «представительство» может рассматриваться в следующих значениях:

представительство как гражданско-правовая сделка;

представительство как организационно-правовое оформление деятельности иностранной организации в Республике Беларусь с разрешения уполномоченного государственного органа;

постоянное представительство для целей налогообложения.

В первом случае речь идет о юридически значимых действиях, совершаемых физическими лицами, одно из которых является представителем и совершает юридические и (или) фактические действия от имени представляемого. Выделяют *гражданское представительство* как возникшее исторически первым, и торговое (коммерческое) представительство как производное от него. Согласно п. 1 ст. 183 ГК Республики Беларусь сделка, совершенная одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности, законодательстве либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного управления и самоуправления, создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого.

Понятие *представительства как организационно-правовой формы деятельности иностранной организации* в Республике Беларусь с разрешения областного (Минского городского) исполнительного комитета закреплено в ст. 511 ГК Республики Беларусь и в п. 4 Положения о представительствах[1]. Представительство иностранной организации, равно как и представительство белорусского юридического лица (ст. 51 ГК Республики Беларусь), само не является юридическим лицом, а представляет собой структурное подразделение создавшей его иностранной организации.

Наряду с созданием юридических лиц такая форма присутствия иностранных организаций в Республике Беларусь используется давно и довольно активно. Право открывать в Республике Беларусь свои представительства было предоставлено иностранным организациям практически первыми законодательными актами в области регулирования внешнеэкономических отношений. Так, еще ст. 7 Закона Республики Беларусь от 25 октября 1990 г. № 354-XII «Об основах внешнеэкономической деятельности Республики Беларусь» предусматривала, что иностранные государства, предприятия, организации и иные юридические лица могут учреждать свои представительства по торгово-экономическим вопросам в Республике Беларусь.

Понятие *постоянное представительство для целей налогообложения* связано исключительно с возникновением у иностранной организации, осуществляющей деятельность на территории Республики Беларусь, налоговых обязательств в Республике Беларусь, в первую очередь в отношении уплаты налога на прибыль от такой деятельности.

---

[1] Статус представительства иностранной организации на территории Республики Беларусь регламентируется Положением о порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций, утвержденным постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 мая 2018 г. № 408, вступившим в силу 3 сентября 2018 г.

Определение постоянного представительства для целей налогообложения содержится в ст. 139 Налогового кодекса Республики Беларусь. Так, постоянным представительством признается:

постоянное место деятельности, через которое иностранная организация полностью или частично осуществляет предпринимательскую или иную деятельность, не запрещенную законодательством. Такая деятельность может быть связана с выполнением предусмотренных договором работ (услуг) по строительству, монтажу, пуску и наладке оборудования; с продажей товаров со складов в Беларуси; выполнением работ (оказанием услуг);

организация или физическое лицо, которое осуществляет деятельность от имени иностранной организации в ее интересах и имеет полномочия на заключение контрактов или согласование их существенных условий от имени организации (зависимый агент).

Необходимо учитывать, что в соответствии со ст. 5 Налогового кодекса Республики Беларусь если нормами международных договоров Республики Беларусь установлены иные нормы, чем те, которые предусмотрены Налоговым кодексом и иными законодательными актами Республики Беларусь, то применяются нормы международного договора, если иное не определено нормами международного права. Такими международными договорами являются двухсторонние договоры об избежании двойного налогообложения. Большинство из них имеют схожие формулировки понятия «постоянное представительство», поскольку они основаны либо на Модельной конвенции ОЭСР о налогах на доходы и капитал, либо на Типовой налоговой конвенции ООН, положения которых также перекликаются между собой.

У иностранной организации не возникает постоянного представительства в Беларуси, в случае если определенное место используется ей для следующих целей:

хранение, демонстрация или поставка товаров собственного производства;

закупка товаров для иностранной организации;

сбор или распространение информации для иностранной организации;

осуществление иных видов деятельности, если при этом деятельность в целом носит подготовительный или вспомогательный характер.

Зависимым агентом не признается организация или физическое лицо, которое действует в рамках своей обычной профессиональной деятельности. В целом иностранной организации, для того чтобы избежать возникновения постоянного представительства в подобной ситуации, необходимо следовать так называемому «правилу вытянутой руки», чтобы и она, и ее контрагент действовали независимо друг от друга как экономически, так и юридически.

В соответствии с постановлением Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 3 июня 2004 г. № 19 «О некоторых вопросах

определения критериев постоянного представительства для целей налогообложения» правовое положение агента с зависимым статусом определяется по следующим критериям:

нахождение агента в договорных отношениях с иностранной организацией для представления ее интересов и совершения в ее пользу и в ее интересах действий на территории Республики Беларусь;

систематическое использование предоставленных иностранной организацией полномочий на заключение от ее имени сделок, на согласование от ее имени существенных условий договоров;

создание правовых последствий для иностранной организации.

Иное может быть установлено международными договорами. Соглашения об избежании двойного налогообложения, как правило, содержат аналогичные положения, однако могут описывать и иные ситуации, когда деятельность иностранной организации не приводит к возникновению постоянного представительства.

9.3.2. Создание представительства иностранной организации на территории Республики Беларусь

Основным документом, регулирующим создание, деятельность и прекращение деятельности представительств иностранных организаций в Республике Беларусь, является Положение о порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 мая 2018 г. № 408, которое вступило в силу и действует с 3 сентября 2018 г.

Иностранные организации, как коммерческие, так и некоммерческие, открывают свои представительства на территории Республики Беларусь с разрешения областного (Минского городского) исполнительного комитета по месту нахождения представительства. Основанием для обращения в исполком является принятие иностранной организацией решения об открытии своего представительства в Республике Беларусь. Иностранная организация также должна назначить главу представительства, которому выдается соответствующая доверенность.

Разрешение на открытие представительства выдается на три года с возможностью продления срока его действия на тот же период (п. 14 Положения о представительствах). Для продления срока действия разрешения на открытие представительства иностранная организация должна не позднее 30 дней до даты его истечения представить в исполком заявление и документ, подтверждающий уплату государственной пошлины за продление срока действия разрешения на открытие представительства.

В случае если иностранная организация планирует заниматься в Республике Беларусь общественно полезной деятельностью, ей необходимо дополнительно представить программу (проект) деятельности предста-

вительства. Программа (проект) — это комплекс мероприятий, направленных на решение конкретных задач, которые соответствуют целям открытия представительства, предусматривают сроки и ресурсы для их исполнения. Определение общественно полезной деятельности в законодательстве также отсутствует, в целом такая деятельность может быть охарактеризована как некоммерческая, направленная на удовлетворение социальных, культурных потребностей общества и государства.

Представительство считается созданным и может осуществлять свою деятельность с даты получения разрешения на открытие.

9.3.3. Деятельность представительства иностранной организации в Республике Беларусь

Представительство иностранной организации может быть открыто для осуществления законодательно установленных целей, которые закреплены в п. 5, 6 и 8 Положения о представительствах.

Так, представительства некоммерческих организаций могут быть открыты в целях оказания социальной поддержки и защиты граждан, подготовки населения к предотвращению несчастных случаев, содействия укрепления мира, дружбы и согласия между народами, предотвращения социальных, этнических и религиозных конфликтов, укрепления престижа семьи в обществе и др.

Представительства иностранных коммерческих организаций могут быть открыты только в целях осуществления деятельности подготовительного и вспомогательного характера. Ранее, до 1 января 2014 г., белорусское законодательство допускало осуществление представительством предпринимательской деятельности от имени и по поручению представляемой организации, но вместе с тем законодательно запрещало иностранной организации осуществлять деятельность на территории Республики Беларусь без создания представительства. С 1 января 2014 г. возможность осуществления иностранной организацией предпринимательской деятельности через представительство на территории Республики Беларусь исключена. Поскольку в настоящее время действующее законодательство не предусматривает порядок и условия открытия в Республике Беларусь филиала иностранной организации, то единственной возможностью организационно-правового оформления предпринимательской деятельности иностранной организации в Республике Беларусь остается создание нового юридического лица.

Критерии определения деятельности подготовительного и вспомогательного характера в действующем гражданском законодательстве не закреплены. Норма ст. 139 Налогового кодекса Республики Беларусь устанавливает перечень видов деятельности, которые носят подготовительный и вспомогательный характер, следовательно, не могут приводить к возникновению постоянного представительства. Однако в соответствии с п. 2 ст. 1

Налогового кодекса Республики Беларусь институты, понятия и термины гражданского законодательства применяются в Налоговом кодексе в том значении, в котором они используются в гражданском законодательстве. Примерный перечень целей, для осуществления которых может быть открыто представительство иностранной коммерческой организации, включает следующее: эффективное содействие реализации международных договоров Республики Беларусь о сотрудничестве в сфере торговли, экономики, финансов, науки и техники, транспорта; изучение товарных рынков Республики Беларусь, создание коммерческих организаций с участием иностранных инвесторов, продажу билетов, бронирование мест транспортных компаний и другую общественно полезную деятельность. Можно предположить, что именно эти цели, по замыслу законодателя, и характеризуют деятельность подготовительного и вспомогательного характера.

Непосредственное руководство деятельностью представительства иностранной организации осуществляет его глава. Объем полномочий главы представительства определяется в выданной ему доверенности.

Трудовые отношения между представительством иностранной организации и гражданами Республики Беларусь строятся на основе трудового законодательства Республики Беларусь. Наименования профессий, должностей работников, а также их трудовые функции, предусмотренные нанимателем, которым может выступать иностранная организация, открывшая представительство, в трудовом договоре (контракте), заключаемом с работником, должны соответствовать квалификационным справочникам (Единому тарифно-квалификационному справочнику работ и профессий рабочих, Квалификационному справочнику должностей руководителей, специалистов и служащих и др.), утвержденным в установленном порядке.

Численность иностранных граждан — сотрудников представительства иностранной организации (включая руководителя) не может превышать пяти человек.

О деятельности представительства его руководитель должен отчитываться в исполком один раз в год в период с 1 января по 1 марта. Сведения, которые должны быть обязательно отражены в отчете, закреплены абзацем пятым п. 25 Положения о представительствах.

9.3.4. Основания прекращения деятельности представительства иностранной организации в Республике Беларусь

Деятельность представительства прекращается в случаях, закрепленных в п. 30 Положения о представительствах:

1) по решению самой иностранной организации, открывшей представительство;

2) по решению исполкома в случае:

ликвидации иностранной организации, открывшей свое представительство;

прекращения действия международного договора Республики Беларусь, на основании которого открыто представительство иностранной организации, если иное не предусмотрено данным договором;

истечения срока действия разрешения на открытие представительства;

неосуществления представительством деятельности, в целях осуществления которой оно было открыто, в течение шести месяцев подряд с даты открытия данного представительства;

внесения в исполком соответствующего требования заинтересованного государственного органа Республики Беларусь (его территориального органа);

превышения численности иностранных граждан — сотрудников представительства иностранной организации;

невыполнения представительством требований, содержащихся в письменном предупреждении исполкома о необходимости устранения допущенных нарушений.

Порядок прекращения деятельности представительства законодательно не закреплен. Практически закрытие представительства осуществляется полномочным представителем, который должен по указанию иностранной организации определить судьбу имущества представительства, произвести увольнение сотрудников, оформление итогового баланса, а также осуществить иные необходимые действия.

9.4. Офшорные компании

Несмотря на активное употребление терминов «офшор»[1] и «офшорная компания», ни в правовой, ни в юридической литературе, ни среди юристов-практиков не существует единства в их определении. Представляется, что можно выделить узкий и широкий подходы к пониманию указанных понятий.

В узком смысле «офшор», или «налоговая гавань» (*tax haven*), — это юрисдикция (государство или часть территории государства), которая соответствует следующим критериям: 1) отсутствие или номинальное налогообложение доходов; 2) создание с помощью законов или административных

[1] В современной юридической и экономической литературе наряду с термином «офшор» используются термины «офшорный центр», «офшорный финансовый центр», «офшорная зона», «офшорная территория», «офшорная юрисдикция», «центр офшорного бизнеса», «центр развития офшорных форм деловой активности», «налоговая гавань», «безналоговая юрисдикция» и др. Полагаем, что данные термины, по сути, обозначают одно и тоже явление, хотя некоторые авторы и проводят разграничения между ними.

процедур препятствий для эффективного обмена информацией для налоговых целей с другими государствами по налогоплательщикам, пользующимся отсутствием или номинальным налогообложением; 3) существование недостаточной прозрачности; 4) отсутствие требования по ведению реальной деятельности.

Данные критерии выделены в 1998 г. ОЭСР в Докладе «Вредоносная налоговая конкуренция: новая глобальная проблема» для целей определения юрисдикций, использующих так называемые вредоносные налоговые практики (*harmful tax practices*). В Докладе отмечалось, что наличие лишь первого критерия (отсутствие или номинальное налогообложение доходов) не превращает ту или иную юрисдикцию в налоговую гавань. Главную опасность налоговых гаваней ОЭСР видит в их нежелании сотрудничать в сфере обмена налоговой информацией.

Впоследствии в зависимости от уровня внедрения в национальную налоговую систему рекомендаций ОЭСР по обеспечению прозрачности и эффективному обмену информацией, необходимой для целей налогообложения, государства по результатам экспертной оценки были разделены на три списка[1]: в «белый» список включались государства, которые внедрили международные налоговые стандарты; в «серый» список (в него вошло большинство налоговых гаваней) — государства, которые выразили готовность придерживаться международных налоговых стандартов, но еще их в полной мере не внедрили; в «черный» — «несотрудничающие государства» (*uncooperative tax haven*), которые никаких обязательств на себя не приняли. Следует отметить, что при отнесении государств к одной из трех категорий четвертый критерий (отсутствие требования по ведению реальной деятельности) не учитывался. В связи с принятием обязательств по внедрению стандартов ОЭСР по обеспечению прозрачности и эффективному обмену информацией в мае 2009 г. из «черного» списка были исключены последние юрисдикции (Андорра, Княжество Лихтенштейн, Княжество Монако) и ОЭСР констатировала, что в мире налоговых гаваней, отвечающих приведенным выше четырем критериям, больше не осталось.

С июля 2016 г. оценка государств осуществляется в рамках ОЭСР по иным критериям: приняло или не приняло государство на себя обязательства согласно многосторонней Конвенции Совета Европы и ОЭСР о взаимной административной помощи по налоговым делам 1988 г. (в редакции Протокола

[1] Первоначально работа по оценке юрисдикций на предмет внедрения и соблюдения ими международных налоговых стандартов проводилась созданным в 1998 г. в рамках ОЭСР Форумом по вредоносным налоговым практикам (*the Forum on Harmful Tax Practices*). С 2000 г. данным вопросом занимался созданный под эгидой ОЭСР Глобальный форум по налогообложению (*the Global Forum on Taxation*), он в 2009 г. был реорганизован в Глобальный форум по обеспечению прозрачности и обмена информацией, необходимой для целей налогообложения (*the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*).

от 27 мая 2010 г.); в какой степени государством обеспечено соблюдение стандарта обмена информацией по запросу (*the Exchange of Information on Request* (*EOIR*) *standard*); обеспечивается ли государством автоматический обмен финансовой учетной информацией по налоговым вопросам (*the Automatic Exchange of Financial Account Information* (*AEOI*) *standard*)[1].

В широком смысле понятие «офшор» охватывает не только юрисдикции, соответствующие критериям, разработанным ОЭСР, но и «квазиофшорные юрисдикции», предлагающие благоприятные налоговые режимы: пониженные ставки отдельных налогов (например, ставка налога на прибыль предприятий в Республике Кипр составляет 12,5 %), особый порядок налогообложения отдельных видов субъектов хозяйствования (например, Limited Liability Partnership (LLP) в Великобритании и др.), возможность использовать механизмы соглашений об избежании двойного налогообложения для уменьшения налогов на отдельные виды доходов (роялти, процентный доход, дивиденды и др.). В качестве примеров таких квазиофшоров можно назвать Республику Кипр, Великое Герцогство Люксембург, Королевство Нидерландов, Швейцарскую Конфедерацию.

В правовой системе Республики Беларусь используется термин «офшорная зона», под которой понимается государство (территория), в котором действует льготный налоговый режим и (или) не предусматривается раскрытие и предоставление информации о финансовых операциях (п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 25 мая 2006 г. № 353 «Об утверждении перечня оффшорных зон»). По мнению белорусского законодателя, вышеназванным критериям соответствуют 52 государства (территории), указанные в Перечне, утвержденном вышеназванным Указом.

Законодательство не запрещает белорусским юридическим и физическим лицам регистрировать компании либо открывать счета в указанных в Перечне офшорных зонах, равно как и не запрещает вступать в договорные и иные взаимоотношения с резидентами офшорной зоны. Однако указанные отношения подлежат особому контролю и влекут для резидентов Республики Беларусь дополнительные налоговые обременения, в частности:

- обязанность по уплате специального офшорного сбора по ставке 15 % от суммы операции, проводимой с зарегистрированным в офшорной зоне нерезидентом (ст. 263, 266 Налогового кодекса Республики Беларусь (Особенная часть) от 29 декабря 2009 г. № 71-З);
- правила об устранении двойного налогообложения подоходным налогом с физических лиц не распространяются на доходы, полученные из указанных в Перечне офшорных зон (п. 1 ст. 224 НК);

[1] См.: OECD Secretary-General Report to G20 finance ministers [Electronic resource]. Chengdu, People's Republic of China, 23—24 July 2016. OECD. URL: https://www.oecd.org/ctp/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2016.pdf (date of access: 01.05.2018).

• сделки по реализации или приобретению товаров (работ, услуг), имущественных прав с резидентом офшорной зоны подпадают под контроль так называемого трансферного ценообразования (п. 2.2 ст. 88 Налогового кодекса Республики Беларусь (Особенная часть) от 19 декабря 2002 г. № 166-З).

Современные офшорные юрисдикции (в широком смысле) предоставляют компаниям различные типы налоговых статусов. Налоговый статус компании определяет специфику налогообложения доходов компании (льготы или освобождение от налогов), а также имеет значение для использования норм международных соглашений об избежании двойного налогообложения. Особенно важен налоговый статус компании в отношении таких налогов, как налог на прибыль компании (corporate income tax), налог на прирост капитала (capital gains tax), налог на дивиденды (taxation of dividends).

Типы налоговых статусов, предоставляемых различными офшорными юрисдикциями, весьма разнообразны, вместе с тем наиболее распространенными являются: национальная компания со специальным налоговым статусом; национальная компания (Ordinary National Company); нерезидентная компания (Non Resident Company).

Национальная компания со специальным налоговым статусом — это компания, зарегистрированная в соответствии с нормами национального законодательства офшорной юрисдикции, которая при регистрации либо впоследствии при соблюдении определенных условий приобретает льготный налоговый статус. Национальные компании со специальным налоговым статусом являются исторически первыми офшорными компаниями в классическом понимании данного понятия. Тот факт, что компания с особым налоговым статусом является налоговым резидентом офшорной юрисдикции, чаще всего позволяет ей использовать нормы соглашений об избежании двойного налогообложения, заключенных этой юрисдикцией и страной, в которой осуществляется деятельность или в которой расположен источник дохода.

Законодательство различных офшорных юрисдикций использует различные термины для обозначения таких компаний: компания международного бизнеса (International Business Company) (например, Закон Белиза «О компаниях международного бизнеса» 1990 г.), освобожденная компания (Exempted Company) (например, разд. 7 Закона Каймановых островов «О компаниях» 1961 г.) и др.

Особенность таких компаний не в особой организационно-правовой форме, а в льготном налоговом статусе, который может выражаться в освобождении компании и ее акционеров (участников) от уплаты конкретных видов налогов либо в применении к ним особых льготных правил налогообложения. Так, согласно ст. 130 Закона Белиза «О компаниях международного бизнеса» (the Belize International Business Companies Act, 1990) компа-

ния международного бизнеса освобождается от уплаты налога на прибыль, от подоходного налога и гербового сбора.

Национальная компания — компания, зарегистрированная в соответствии с нормами национального законодательства офшорной юрисдикции, без присвоения какого-либо особого налогового статуса. Налоговая оптимизация при использовании национальных компаний достигается благодаря тому, что налоговое законодательство офшорной юрисдикции в принципе освобождает учрежденные в соответствии с ее национальным законодательством компании от ряда налоговых обязательств. Преимуществом регистрации национальных компаний в офшорных юрисдикциях является то, что национальная компания — это всегда налоговый резидент данной юрисдикции, вследствие чего к ней применяются нормы заключенных этой страной соглашений об избежании двойного налогообложения.

Национальные компании создаются в организационно-правовых формах, предусмотренных корпоративным законодательством офшорной юрисдикции. Так, ст. 5 Закона Британских Виргинских Островов (БВО) «О коммерческих компаниях» (BVI Business Companies Act, 2004) предусматривает возможность создания коммерческих компаний в следующих организационно-правовых формах, характерных для системы общего права: компания с ответственностью, ограниченной акциями (a company limited by shares); компания с ответственностью, ограниченной гарантией, не уполномоченная выпускать акции (a company limited by guarantee that is not authorised to issue shares); компания с ответственностью, ограниченной гарантией, уполномоченная выпускать акции (a company limited by guarantee that is authorised to issue shares); компания с неограниченной ответственностью, не уполномоченная выпускать акции (an unlimited company that is not authorised to issue shares); компания с неограниченной ответственностью, уполномоченная выпускать акции (an unlimited company that is authorised to issue shares).

В качестве одной из современных тенденций следует отметить, что некоторые юрисдикции, традиционно относимые к офшорным, с целью устранения дискриминации отказываются от разделения компаний, зарегистрированных на их территории, на офшорные и неофшорные. Так, например, Закон Британских Виргинских Островов «О коммерческих компаниях» 2004 г.: во-первых, устранил деление на компании, учрежденные в соответствии с Законом «О компаниях» (BVI Companies Act, 1985), и компании, учрежденные в соответствии с Законом «О компаниях международного бизнеса» (BVI International Business Companies Act, 1984), вследствие чего в настоящее время имеется один, унифицированный вид компаний — коммерческая компания БВО; во-вторых, уравнял налоговые статусы всех компаний, учрежденных в соответствии с данным Законом, освободив их от ряда налоговых обязательств независимо от наличия или отсутствия у них статуса налогового резидента БВО, а также от места осуществления ими

предпринимательской деятельности и местонахождения источника дохода (ст. 242)[1].

Налоговый статус нерезидентной компания может приобрести независимо от места ее учреждения (т. е. для целей налогообложения в качестве таковой при соблюдении определенных условий может рассматриваться также компания, которая учреждена в соответствии с национальным законодательством офшорной юрисдикции). Регистрация таких компаний возможна в тех офшорных юрисдикциях, которые заимствовали основные принципы из налогового законодательства Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, согласно которому при определенных условиях компания, зарегистрированная в данной стране, для целей налогообложения в этой стране может не рассматриваться в качестве резидента. Так, согласно ст. 2 Закона Республики Кипр «О налогообложении доходов» (The Income Tax Law, 2002) компания независимо от места ее учреждения рассматривается как нерезидент, если управление и контроль за ее деятельностью не осуществляется с территории Кипра. Причем как резидентные, так и нерезидентные компании могут создаваться в порядке, предусмотренном Законом Республики Кипр «О компаниях» (The Companies Law, 2005).

Нерезидентный статус позволяет компании в определенных случаях не уплачивать налоги, установленные для компаний-резидентов. Так, например, согласно § 1 ст. 5 Закона Республики Кипр «О налогообложении доходов» все виды дохода компании-резидента облагаются налогом на прибыль, причем возникающие или получаемые из источников как в республике, так и за ее пределами. Согласно же § 2 ст. 5 вышеназванного Закона если лицо не является резидентом республики, то оно обязано уплачивать налог на прибыль: во-первых, только в отношении доходов, возникающих или получаемых из источников в республике, а во-вторых, только в отношении доходов или имущества, определенных в Законе.

Тот факт, что нерезидентная компания не является субъектом налогообложения в стране регистрации, исключает возможность применения к таким компаниям норм соглашений об избежании двойного налогообложения, а также налоговых директив ЕС, которые предоставляют различные льготы (относительно Кипра и заморских территорий Великобритании). Тем не менее последние изменения, произошедшие в законодательстве офшорных юрисдикций, свидетельствуют о том, что офшорные юрисдикции постепен-

[1] Так, согласно ст. 242 Закона БВО «О коммерческих компаниях» все коммерческие компании освобождаются от обязанности по уплате налога на прибыль; подоходного налога (освобождаются все дивиденды, проценты, арендная плата, роялти, компенсации и другие суммы, выплачиваемые компанией); всех налогов на имущество, наследство, на имущество, полученное в порядке правопреемства или в качестве дара в отношении акций, долговых обязательств или других ценных бумаг компании; гербового (за некоторым исключением) и регистрационных сборов.

но отказываются от предоставления национальным компаниям специальных льготных режимов налогообложения и закрепляют возможность приобретения нерезидентного статуса.

Таким образом, представляется, что «офшорная компания» (в широком смысле) — условный термин, характеризующий особый налоговый статус организации, который обеспечивает ей максимальное снижение налоговых потерь.

Следует отметить, что особый налоговый статус не обязательно оказывает влияние на частноправовой (гражданско-правовой) статус офшорной компании, который определяется ее личным законом.

В белорусском праве отсутствуют какие-либо специальные положения об участии офшорных компаний в частноправовых отношениях, осложненных иностранным элементом. Вместе с тем можно указать на некоторые проблемные вопросы.

Первичная квалификация[1] и определение применимого права. Согласно ст. 1094 ГК Республики Беларусь 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*. Таким образом, в соответствии с отечественным законодательством личный статут офшорных компаний будет определяться по праву страны, где данная компания учреждена (ст. 1110[2], 1111, 1112 ГК Республики Беларусь). Как справедливо отмечает И. В. Гетьман-Павлова, льготы в отношении деятельности офшорных компаний не касаются их личного статута, а только дополняют правовое регулирование[3].

Вместе с тем решение вопроса о праве, подлежащем применению к офшорной компании, осложняется тем, что термин «офшорная компания» часто используют не только для обозначения правосубъектных организаций (как наделенных, так и не наделенных статусом юридического лица), но и

---

[1] В ряде работ по МЧП проблема «первичной квалификации» в основном рассматривается с точки зрения толкования терминов, содержащихся в объеме и привязке коллизионной нормы. 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, т. е. фактически решение вопроса о том, «…какой коллизионной нормой отечественного права покрывается соответствующее отношение» (см.: *Толстых В. Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве : Проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. М., 2002. С. 88—95).

[2] Данную норму следует применять для определения личного статуса организаций, которые наделены законодательством офшорной юрисдикции правосубъектностью в определенных сферах гражданского оборота, однако вопрос о признании за которыми статуса юридического лица является дискуссионным, в частности, это касается организаций, представляющих собой так называемые объединения лиц (партнерств в англо-американском и товариществ торгового права в европейском континентальном корпоративном праве).

[3] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : учебник для магистров. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 333.

для обозначения обособленных имущественных комплексов, в частности создаваемых посредством учреждения трастов и «организаций коллективного инвестирования», первичная квалификация отношений с участием которых носит довольно дискуссионный характер.

Как отмечает В. А. Канашевский, трасты являются одним из правовых инструментов, притягивающих к офшорным юрисдикциям бизнес со всего мира[1]. Однако траст — институт англо-американского права, и несмотря на то что правопорядки государств романо-германской системы права на протяжении последнего столетия пытаются приспособить данную юридическую конструкцию к своему внутреннему праву посредством смежных институтов континентального права (например, институт Treuhänder в Германии и Австрии, la fiducie в праве Франции и Швейцарии), по мнению большинства правоведов, достигнуть полной рецепции траста так и не удалось, чему препятствуют прежде всего унитарная конструкция права собственности, не предполагающая его «расщепления», как это имеет место в англо-американском институте траста, а также один из основополагающих принципов вещного права данных государств — принцип numerus clausus (закрытый перечень вещных прав). Указанные принципы национального вещного права создают риск непризнания зарубежного траста как противоречащего сверхимперативным нормам или публичному порядку.

Вопрос о первичной квалификации англо-американских трастов в государствах континентальной системы права решается неоднозначно. В правовой литературе и правоприменительной практике можно встретить квалификацию траста: 1) как аналога вещного права на имущество, обремененного обязанностью действовать в чужом интересе; 2) как аналога договора; 3) как аналога юридического лица; 4) как аналога концепции patrimony; 5) как аналога специфических полномочий по управлению имуществом[2].

Неоднозначность подходов к первичной квалификации траста порождает различные подходы к его коллизионному регулированию.

В российской юридической литературе (праву Российской Федерации, как и праву Республики Беларусь, институт траста неизвестен, в силу чего специальная коллизионная норма отсутствует) довольно распространенной является точка зрения об установлении применимого к трастам права на основании ст. 1203 ГК Российской Федерации (аналог ст. 1110 ГК Республики Беларусь). Сторонники данного подхода полагают, что, хотя траст и нель-

[1] *Канашевский В. А.* О праве, применимом к офшорным трастам, и об их признании [Электронный ресурс] // Закон. 2013. № 4 // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

[2] *Буяджи Г.* Теоретичні та практичні проблеми визнання та кваліфікації інституту трасту // Підприємництво, господарство і право. 2017. № 9. С. 10—15 ; *Дараселия Г. А.* Траст и некоторые вопросы первичной квалификации понятий в международном частном праве // Актуал. пробл. рос. права. 2011. № 3. С. 252—261.

зя назвать юридическим лицом, он обладает обособленным имуществом и определенной внутренней организационной структурой, в связи с чем может рассматриваться как «иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом по иностранному праву», и, соответственно, допустимо определять применимое к трасту право на основании ст. 1203 ГК Российской Федерации[1]. Полагаем, что указанный подход некорректен, поскольку, согласно англо-американскому праву, траст не является субъектом права (лицом)[2].

Поскольку белорусскому праву институт траста неизвестен, считаем, что квалификация понятия «траст» должна осуществляться lex cause, т. е. с применением норм иностранного права, которому данный институт известен и с которым правоотношение непосредственно связано (п. 2 ст. 1094 ГК Республики Беларусь).

Что касается коллизионного регулирования, то из-за отсутствия в отечественном праве коллизионных норм о трастах при определении применимого к ним права полагаем необходимым использовать общее правило, установленное п. 3 ст. 1093 ГК Республики Беларусь, о применении принципа наиболее тесной связи. Представляется, что правом, наиболее тесно связанным с трастом, следует признавать право страны, в которой траст был создан. При отсутствии сведений относительно места создания траста в качестве руководства для определения тесной связи траста с каким-либо правопорядком можно использовать положения Гаагской конвенции о праве, применимом к трастам, и о признании трастов, 1985 г., которая рекомендует учитывать следующие факторы: а) место управления трастом, выбранное его учредителем; б) местонахождение имущества траста; в) место жительства или местонахождение доверительного собственника (trustee); г) задачи траста и место, где они должны быть выполнены (ч. 2 ст. 7).

«Планирование резидентства, или национальности» и «псевдоиностранные» компании. Ведение бизнеса посредством офшорной компании помимо целей налогового планирования может быть направлено на получение офшорной компанией преимуществ и льгот, обусловленных принадлежностью компании к определенной офшорной юрисдикции, в частности:

- предоставляемых международными соглашениями (о содействии и взаимной охране инвестиций, об устранении двойного налогообложе-

[1] *Колини Г. С., Пенцов Д. А.* Признание и налогообложение иностранных трастов в России // Закон. 2010. № 10. С. 40—41 ; *Медведев И. Г.* Супружеская собственность: испытание трастом (вопросы коллизионного регулирования) [Электронный ресурс] // Закон. 2016. № 8 // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

[2] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М., 1996. С. 237.

ния), стороной которых является данная офшорная юрисдикция («*treaty shopping*», или «покупка соглашения»);

• национальным корпоративным правом данной офшорной юрисдикции, позволяющим создавать офшорные компании в организационно-правовых формах, не предусматривающих либо существенно ограничивающих ответственность участников по обязательствам компании.

Ситуация, когда основной причиной инкорпорации компании в определенной юрисдикции является стремление получить выгоды и преференции, обусловленные ее принадлежностью к данной юрисдикции, получила в литературе название «*планирование резидентства, или национальности*» (*corporate nationality planning*).

С планированием резидентства (национальности) также связана проблема «псевдоиностранных» компаний, т. е. компаний, которые по форме являются иностранными (т. е. инкорпорированы в иностранной юрисдикции), однако, по сути, сфера их основных деловых интересов (например, преимущественное осуществление деятельности) или бенефициарные собственники связаны с юрисдикцией, не являющейся местом их инкорпорации[1].

Вопрос о допустимости и границах планирования резидентства (национальности) является дискуссионным. Вместе с тем государствами, судебной практикой и доктриной выработан ряд мер, направленных на предотвращение злоупотребления такими действиями: внедрение в тексты международных договоров (о содействии и взаимной охране инвестиций, об устранении двойного налогообложения и т. п.) специальных оговорок, препятствующих искусственному подпаданию под необходимую национальность (*anti treatyshopping provisions* или *limitation on benefits or LOB provisions*); применение доктрины «снятие корпоративной вуали» и доктрины «бенефициарного собственника»; использование критерия «контроля» и разработка коллизионных норм на основе «модифицированных теорий» определения личного закона юридического лица; применение механизмов ограничения действия коллизионного метода (оговорка о публичном порядке; применение сверхимперативных норм, запрет на «обход закона»), а также процессуальных мер.

Определение права, применимого к трансграничным сделкам с участием офшорных компаний. Согласно общему правилу, установленному п. 1 и п. 4 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, при отсутствии соглашения сторон договора о подлежащем применению к этому договору праве применяется право страны, где имеет основное место деятельности сторона, осуществляющая исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора. Как указывалось выше, ряд офшорных юрисдикций в качестве одного из основных условий предоставления льготного налогового статуса

[1] Подробнее о понятии «псевдоиностранной» компании и зарубежном опыте их правового регулирования см.: *Асосков А. В.* Определение личного закона офшорных компаний в России // Закон. 2011. № 7. С. 52—58.

устанавливает требование о соблюдении запрета вести хозяйственную деятельность на их территории. Таким образом, применительно к офшорным компаниям понятия «место учреждения» и «основное место деятельности» чаще всего будут не совпадать. Данное обстоятельство необходимо учитывать и при решении вопроса о применении частноправовых международных договоров, которые используют термин «коммерческие предприятия сторон» (*place of business*) (например, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. и др.), который, как отмечает В. А. Канашевский, характеризует не субъект права, а место основной деятельности стороны, постоянное место осуществления деловых операций[1].

9.5. Транснациональные корпорации в международном частном праве

Глобализационые и интеграционные процессы в мировой экономике, активизировавшиеся после Второй мировой войны, углубление международного разделения труда, быстрый рост капитала частных компаний, усиление конкуренции, необходимость освоения новых рынков сбыта и уменьшения издержек производства привели к появлению коллективных образований, в состав которых входят расположенные в разных государствах подразделения, которые, даже имея юридически самостоятельную правосубъектность, с экономической точки функционируют как единое целое.

В научной литературе и в актах международных организаций для обозначения таких коллективных образований употребляются различные термины: многонациональные (мультинациональные, международные) корпорации (компании, предприятия, монополии), супранациональные корпорации, трансграничные предприятия, трансграничные корпорации, транснациональные (трансграничные) группы и др. Наиболее часто используются термины «транснациональная корпорация» (*transnational corporation*) (далее — ТНК) и «многонациональное предприятие (компания)» (*multinational enterprise*) (далее — МНП). В ряде исследований данные понятия противопоставляются, однако, считаем, правы те юристы, которые полагают, что эти термины синонимичны[2].

---

[1] *Канашевский В. А.* Офшорные компании: особенности участия в гражданском обороте [Электронный ресурс] // Закон. 2012. № 9 // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

[2] *Карро Д., Жюйар П.* Международное экономическое право: перевод / науч. ред. В. М. Шумилов. М., 2002. С. 25 ; *Шумилов В. М.* Международное экономическое право : учебник. 3-е изд. Ростов н/Д, 2003. С. 136 ; *Манукян М. А.* Правовое положение транснациональных корпораций в доктрине международного частного права : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2009. С. 15.

Ни экономической, ни правовой наукой не выработано единого подхода к выделению критериев, позволяющих квалифицировать группу формально самостоятельных юридических лиц как ТНК. Без решения вышеуказанного вопроса материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование деятельности ТНК затруднительно. Существующий плюрализм определений ТНК можно объяснить сущностью данного феномена, которая, по справедливому замечанию Л. А. Лунца, заключается в экономическом единстве при юридической множественности, что ведет к несоответствию экономического содержания юридической форме. Экономическое единство проявляется в единстве управления (контроля), происходящего из единого центра[1]. Как отмечает Л. А. Ляликова, экономическое единство заключается именно в наличии центра управления ТНК, который вырабатывает общую политику, общие принципы деятельности, принимает решения, обязательные для всех компаний, входящих в состав ТНК. Однако это экономическое единство не означает правового единства ТНК: структурные подразделения ТНК представляют собой независимые с правовой точки зрения юридические лица, которые учреждаются и действуют согласно законам соответствующих иностранных государств[2].

Представляется, что сегодня наиболее теоретически обоснованно следующее определение ТНК, разработанное под эгидой ООН и изложенное в проекте Кодекса поведения ТНК (*Draft United Nations Code of Conduct On Transnational Corporations*)[3]. Так, согласно ст. 1 Кодекса под *транснациональной корпорацией* следует понимать предприятие независимо от страны происхождения и формы собственности (включая частную, публичную или смешанную формы собственности), имеющее отделения в двух или более странах (независимо от юридической формы или сфер деятельности данных отделений), которые функционируют в системе принятия решений, позволяющей проводить согласованную политику и общую стратегию через один или более центров принятия решений, в которых отделения так связаны отношениями собственности или иным способом, что одно или более из них может быть способно оказывать существенное влияние на деятельность других и, в частности, делиться знаниями, ресурсами и ответственностью с другими.

На основе приведенного выше определения выделим основные признаки ТНК:

---

[1] *Лунц Л. А.* Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Совет. государство и право. 1976. № 5. С. 123.

[2] *Ляликова Л. А.* Правовые проблемы транснациональных корпораций // Актуальные проблемы современного буржуазного гражданского права : сб. науч.-аналит. обзоров. М., 1983. С. 125.

[3] Draft United Nations Code of conduct on transnational corporations (reproduced from report on Special Session (7—18 March and 9—12 May 1983) of the Commission on Transnational Corporations) // International Legal Materials. 1984. Vol. 23. № 3. P. 626—640.

• наличие отделений как минимум в двух государствах, эти отделения могут иметь любую юридическую форму (юридическое лицо, обособленное подразделение, не обладающее статусом юридического лица, и т. п.) и участвовать в любой сфере деятельности;

• наличие одного или более центров принятия решений — ядра особой системы принятия решений, позволяющей определять стратегию деятельности как ТНК в целом, так и ее отделений;

• наличие между всеми отделениями ТНК особой связи, при которой одни из них имеют возможность существенно влиять на деятельность других, в частности путем разделения знаний, ресурсов либо ответственности.

Именно наличие системы принятия решений и особой связи между отделениями позволяет говорить о ТНК как о едином по своей экономической сущности феномене.

Структура ТНК. В исследованиях, проводимых под эгидой ЮНКТАД, была выделена следующая структура ТНК: материнская компания (*parent enterprise*) и ее иностранные отделения (*foreign affiliates*).

Материнская компания определяется как компания, которая контролирует активы других отделений, расположенных в иных государствах, чем государство ее местопребывания, обычно посредством обладания определенной долей в уставном капитале. Считается, что материнская компания обладает контролем над активами отделения, если обладает долей в размере 10 % и более простых акций или голосов для инкорпорированного предприятия либо их эквивалентом для неинкорпорированного предприятия.

Под ***иностранным отделением*** понимается инкорпорированное или неинкорпорированное предприятие, в котором инвестор, являющийся резидентом другого государства, обладает долей, которая обеспечивает длительный интерес в управлении предприятием[1].

Иностранные отделения могут создаваться в следующих формах:

• *дочерняя компания* (*subsidiary enterprise*) — входящее в систему ТНК предприятие в принимающей стране, в котором материнская компания напрямую владеет более чем половиной акций с правом решающего голоса и имеет право назначать и смещать большинство членов административного органа, органа управления или надзора;

• *ассоциированная компания* (*associate enterprise*) — входящее в систему ТНК предприятие в принимающей стороне, в котором материнская компания владеет в совокупности не менее чем 10 %, но не более 50 % акций с правом решающего голоса;

• *филиал* (*branch*) — неинкорпорированное предприятие в принимающей стране, уставный фонд которого полностью или частично состоит из

[1] Transnational Corporations, Extractive Industries and Development: World Investment Report 2007 [Electronic resource] // United Nations Conference on Trade and Development. P. 245. URL: http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf (date of access: 01.06.2018).

иностранных инвестиций. Филиал может принимать форму: 1) постоянного представительства или офиса иностранного инвестора; 2) неинкорпорированного партнерства (*an unincorporated partnership*) или совместного предприятия (*joint venture*)[1], созданного прямым иностранным инвестором и одним или более третьими лицами; 3) земельного участка, сооружения (за исключением сооружений, которые находятся в собственности государственных предприятий) или недвижимого оборудования и объектов, которыми напрямую владеет иностранный резидент; или 4) движимого оборудования (например, суда, самолеты, газо- и нефтебуровые установки), функционирующего в стране иной, чем страна иностранного инвестора, на протяжении не менее года[2].

В качестве промежуточного звена между материнской компанией и ее иностранными отделениями может создаваться так называемая ***холдинговая компания*** (*holding company*) — компания, которая обладает голосующими акциями в другой компании и способна оказывать влияние на органы управления этой компании, благодаря чему способна контролировать ее политику и управление данной компанией. При этом холдинговой компании

---

[1] *Совместное предприятие* (*joint venture*) предполагает совместное участие в коммерческом предприятии, имеющем следующие характеристики: (i) предприятие создано на основании договора (обычно в письменной форме), в соответствии с которым две или более стороны (инвесторы) предоставили ресурсы для предпринимательской деятельности; (ii) стороны данного договора имеют возможность осуществлять совместный контроль над одним или несколькими видами деятельности, осуществляемыми в соответствии с условиями договора, и ни один из этих индивидуальных инвесторов не может контролировать совместное предприятие в одностороннем порядке.

Совместное предприятие может принимать одну из следующих трех форм:

- *совместно контролируемое предприятие* (*jointly controlled entity*) — объединение двух или более компаний (инвесторы) в форме создания третьей компании для осуществления конкретного бизнес-проекта. В отличие от партнерства совместно контролируемое предприятие не предполагает создания постоянной связи между инвесторами. Совместно контролируемое предприятие создается на основании договора, в соответствии с которым стороны вносят средства в создаваемую компанию. Оба инвестора контролируют деятельность, осуществляемую в соответствии с условиями договора, и ни один из них не может контролировать совместное предприятие в одностороннем порядке;
- *совместно контролируемые активы* (*jointly controlled assets*) — скоординированное использование активов инвесторов для работы над общим проектом, который не является отдельным субъектом и функционирует со свободной организационной структурой. Активы и компании каждого инвестора остаются под прямым контролем этого инвестора;
- *совместно контролируемая деятельность* (*jointly controlled operation*) предполагает внесение инвесторами вкладов в совместный бизнес-проект, которым будет управлять либо один из инвесторов, либо совместная управленческая команда. В таком предприятии соглашение о совместной деятельности определяет условия проекта, и каждый инвестор обладает правом на долю в активах проекта.

[2] Transnational Corporations, Extractive Industries and Development: World Investment Report 2007 [Electronic resource] // United Nations Conference on Trade and Development. P. 245. URL: http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf (date of access: 01.06.2018).

нет необходимости владеть большинством акций управляемой компании или осуществлять ту же деятельность, что и управляемая компания.

Основными способами установления связи между материнской компанией и ее иностранными отделениями являются:

1) установление институциональных правовых связей (т. е. посредством участия материнской компании в уставном капитале иностранных отделений);

2) установление договорных отношений (путем заключения между материнской компанией и ее иностранным отделением таких договоров, как договор простого товарищества (о создании консорциума), франчайзинга, дистрибьюторский договор, лицензионное соглашение, договор комиссии, агентирования и т. п., которые позволяют материнской компании определять основные решения, принимаемые иностранными отделениями).

По мнению Л. А. Лунца, экономическая зависимость может быть оформлена не только юридически (посредством создания держательской компании либо путем заключения договора), но и фактически, без юридического оформления (например, в результате финансирования со стороны материнской компании)[1].

В литературе существуют различные основания для классификации ТНК:

• в зависимости от характера отношений между материнской компанией и ее отделениями: вертикально и горизонтально интегрированные. Вертикально интегрированные ТНК образуются путем учреждения материнской компанией отделений в различных государствах, которые также могут выступать учредителями иностранных дочерних компаний. Горизонтально интегрированные ТНК образуются в результате объединения нескольких материнских компаний (например, путем заключения договора о совместной деятельности). А. Е. Королев предлагает дополнить эту классификацию третьим видом, сочетающим в себе вертикальную и горизонтальную интеграцию, что присуще японским ТНК, основанным на перекрестном владении акциями нескольких компаний вместе со строго организованным единым управлением компаниями, входящими в ТНК[2];

• в зависимости от организационной формы, в которой действуют ТНК: холдинг, ассоциация, консорциум, картель, синдикат, пул, трест, концерн, финансово-промышленная группа[3];

• в зависимости от характера деятельности: производственные и сервисные ТНК. Производственные корпорации, как правило, осуществляют

[1] *Лунц Л. А.* Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Совет. государство и право. 1976. № 5. С. 124.

[2] *Королев А. Е.* Транснациональные корпорации как субъекты международного частного права : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. Саратов, 2001. С. 11.

[3] *Уткин Э. А., Эскиндаров М. А.* Финансово-промышленные группы. М., 1998. С. 10—18.

долгосрочные капиталовложения и способствуют развитию местных компаний, в то время как сервисные корпорации развивают инфраструктуру рынка и способствуют его интеграции в мировую экономику[1];

• в зависимости от формы собственности: частные, государственные и смешанные. В рамках данной классификации предлагается разделить третью группу на две подгруппы: а) смешанные корпорации с преобладанием государственной собственности, б) смешанные корпорации с преобладанием частной собственности[2];

• в зависимости от характера инвестиционной деятельности за рубежом: «зрелые» ТНК, инвестиционная деятельность которых носит долговременный характер, и «незрелые» ТНК, инвестиционная деятельность которых носит краткосрочный характер[3];

• в зависимости от национальности капитала (классификация предложена К. Шмиттгоффом): «национальные многонациональные предприятия» (ТНК с капиталом инвестора (инвесторов) одного государства) и «международные многонациональные предприятия» (ТНК с капиталом инвесторов из нескольких государств)[4].

Место ТНК в системе субъектов международного частного права. В доктрине международного частного права существует две основные позиции по данному вопросу:

1) ТНК имеет самостоятельную частноправовую правосубъектность и является самостоятельным субъектом международного частного права (наряду с физическими, юридическими лицами и государствами) (Е. А. Аристова; Р. А. Куликов, А. Е. Королев, С. Ю. Печенкина, Р. О. Фатхуллин). В рамках данного подхода некоторые авторы предлагают рассматривать ТНК как юридическое лицо (А. О. Иншакова) или как «квазиюридическое лицо» (Р. А. Куликов);

2) ТНК не обладает самостоятельной частноправовой правосубъектностью, соответственно, субъектом международного частного права является не ТНК в целом, а отдельные юридические лица, входящие в ее состав. В отечественной и российской литературе сегодня второй подход преобладает.

Полагаем, что при решении данного вопроса необходимо исходить из того, что правосубъектность в международном частном праве производна от гражданско-правовой правосубъектности, соответственно, то или иное лицо может признаваться субъектом международного частного права по-

---

[1] *Королев А. Е.* Транснациональные корпорации как субъекты международного частного права. С. 21.

[2] *Фатхуллин Р. О.* Правовое положение транснациональных корпораций : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2014. С. 16.

[3] *Королев А. Е.* Транснациональные корпорации как субъекты международного частного права. С. 22.

[4] См.: *Лунц Л. А.* Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права. С. 125.

стольку, поскольку в соответствии с его личным статутом, международным договором или наднациональным нормативным правовым актом наделяется гражданской право- и дееспособностью. Соответственно, ТНК может рассматриваться в качестве единого самостоятельного субъекта международного частного права только в одном из следующих случаев:

• ТНК представляет собой одно юридическое лицо, иностранные отделения которого являются обособленными подразделениями, не обладающими самостоятельной правосубъектностью (например, филиалы, представительства);

• ТНК наделяется правосубъектностью в соответствии с международным договором или наднациональным нормативным правовым актом. Так, например, международно-правовые акты, заключенные в рамках СНГ, предусматривают возможность рассмотрения ТНК как юридического лица и, следовательно, как самостоятельного субъекта права (ст. 5 Соглашения о содействии в создании и развитии производственных, коммерческих, кредитно-финансовых, страховых и смешанных транснациональных объединений от 15 апреля 1994 г.; ст. 2 Конвенции о транснациональных корпорациях от 6 марта 1998 г.);

• в соответствии с материальными нормами применимого национального права ТНК наделяется гражданско-правовой правосубъектностью.

Определение национальности и личного закона ТНК и ее структурных подразделений. Существует два основных подхода к определению национальности и личного закона ТНК. Перечислим их.

«*Субъектный подход*» (*entity approach*) предлагает определять личный статут для каждого структурного подразделения ТНК в отдельности, обосновывая это тем, что государство вправе распространить действие своих норм только на те юридические лица, входящие в структуру ТНК, которые учреждены по законодательству данного государства, следовательно, использование классических коллизионных привязок определения личного статута (прежде всего критерия места учреждения) приводит к строго территориальному регулированию.

«*Подход с точки зрения имущественного комплекса*» (*enterprise approach*) заключается в том, что деятельность всех структурных единиц ТНК необходимо подчинять одной правовой системе. Для установления личного статута ТНК предлагают различные критерии (критерий контроля, критерий центра принятия управленческих решений и др.), использование которых позволит учесть экономическое единство ТНК[1].

Поскольку практическое применение предлагаемых критериев затруднительно (современные ТНК могут иметь многозвенную и многоуровневую

[1] Международное частное право : учебник : в 2 т. [Электронный ресурс] / Е. А. Абросимова [и др.] ; отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. М., 2015. Т. 2 : Особенная часть // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

структуру, в которой сложно определить единый центр принятия решений или место, из которого осуществляется основной контроль за деятельностью всей ТНК) и в целом использование «подхода с точки зрения имущественного комплекса» приводит к экстерриториальному действию национального права, которое предлагается избрать в качестве применимого, что в свою очередь может рассматриваться в качестве нарушения суверенитета государств, в которых расположены структурные подразделения ТНК, преобладает в настоящее время «субъектный подход».

Полагаем, что применение «подхода с точки зрения имущественного комплекса» является обоснованным в случае закрепления его на уровне международного договора или наднационального нормативного правового акта либо когда ТНК в целом признается самостоятельным субъектом международного частного права. В иных случаях национальность и личный закон должны определяться в отношении каждого юридического лица, входящего в структуру ТНК, в отдельности. Недостатки «субъектного подхода» могут быть нивелированы посредством разработки коллизионных норм на основе «модифицированных теорий» определения личного закона юридического лица или посредством применения механизмов ограничения действия коллизионного метода (оговорка о публичном порядке; применение сверхимперативных норм, запрет на «обход закона»).

Возможность возложения гражданско-правовой ответственности на материнскую компанию за результаты деятельности ее иностранных отделений. На основе анализа материального права, судебной практики и доктрины зарубежных государств можно выделить следующие основные подходы к обоснованию привлечения к гражданско-правовой ответственности материнской компании за результаты деятельности ее иностранных отделений:

1) теория «снятия корпоративной вуали»;

2) «единого предприятия»;

3) «должной заботливости».

Доктрина «*снятия корпоративной вуали*» (англ. *piercing the corporate veil*, нем. *Haftungsdurchgriff*, *Durchgriffshaftung*) — собирательный термин, обозначающий разнообразные концепции, обосновывающие правовую возможность привлечения участников юридического лица в правоотношения, сложившиеся между юридическим лицом и третьими лицами. В различных национальных правовых системах для обоснования такой возможности используются различные правовые институты или даже их сочетания (нормы корпоративного, договорного, деликтного, конкурсного права, нормы о представительстве, о трастах). Доктрина применяется странами системы как общего, так и континентального права.

В рамках теории «*единого предприятия*» («*enterprise theory*») (элементы доктрины единого предприятия прослеживаются в законодательной и судебной практике Бразилии, Германии, Индии, Португалии, США) на пер-

вый план выходит экономическое единство группы: материнская компания и ее иностранные отделения рассматриваются как единое целое. Исходя из этого, доход от деятельности иностранных отделений, по сути, признается доходом материнской компании, вследствие чего она также должна нести ответственность за их правонарушения (в первую очередь деликтные)[1].

Теория «*должной заботливости*» («*duty to care*», или «*duty-to-manage responsibly*») нашла применение преимущественно в англосаксонской правовой системе. Ответственность материнской компании в рамках данной доктрины является видом ответственности за причинение вреда по неосторожности или небрежности. Применительно к ТНК рассматриваемая конструкция основана на презумпции наличия у материнской компании обязанности осуществлять управление деятельностью ее иностранных отделений разумно и добросовестно, своевременно предпринимать меры предосторожности (стандарт заботливости). Таким образом признается прямая, непосредственная ответственность материнской компании за отсутствие должной осмотрительности и за ее бездействие, выраженное в непринятии управленческих решений, необходимых для предотвращения правонарушения[2].

Представляется, что вопрос о праве, применимом при установлении гражданско-правовой ответственности материнской компании по обязательствам ее иностранных отделений, не имеет единообразного решения, так как ответ на него зависит в том числе:

- от основания возникновения связи между материнской компанией и ее иностранными отделениями (институциональные или договорные связи);
- от первичной квалификации оснований ответственности.

Поскольку рассматриваемые отношения могут иметь различную материальную правовую природу, то, соответственно, могут входить в сферу действия различных статутов: *lex societatis* иностранного отделения ТНК (например, когда привлечение материнской компании обусловлено особенностями организационно-правовой формы ее иностранного отделения); *lex fori concursus* (в случае привлечения материнской компании к ответственности в рамках производства по делу об экономической несостоятельности (банкротстве) ее иностранного отделения); *lex loci delicti* (если ответственность материнской компании квалифицируется как внедоговорная деликтная ответственность) и др.

Кроме того, в случае возникновения вопроса о привлечении материнской компании к ответственности существует вероятность применения таких механизмов ограничения действия коллизионного метода, как оговорка о публичном порядке, применение сверхимперативных норм и запрета на «обход закона».

---

[1] *Аристова Е. А.* Институт ответственности трансграничных корпоративных групп в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2013. С. 24—25.

[2] Там же. С. 25—26.

9.6. Соглашения по вопросам транснациональных корпораций государств – участников СНГ

В настоящее время международно-правовое регулирование деятельности ТНК является наиболее успешным на региональном и двустороннем уровнях. Именно на данных уровнях государствам удалось прийти к консенсусу и выработать международные акты обязательного нормативно-правового характера.

Большое значение правовому регулированию деятельности ТНК уделяют государства — участники СНГ.

Начало сотрудничеству государств — участников СНГ в области правового регулирования деятельности транснациональных объединений положил Договор о создании Экономического союза от 24 сентября 1993 г. (ратифицирован постановлением Верховного Совета Республики Беларусь от 18 ноября 1993 г. № 2566-XII), в соответствии с которым государства приняли на себя обязательства содействовать развитию прямых экономических связей между хозяйствующими субъектами, создавать благоприятные условия для укрепления производственной кооперации (ст. 11 Договора), а также содействовать созданию совместных предприятий, транснациональных производственных объединений, сети коммерческих и финансово-кредитных учреждений и организаций (ст. 12 Договора).

Дальнейшее развитие принципы, закрепленные в Договоре о создании Экономического союза, получили в Соглашении об общих условиях и механизме поддержки развития производственной кооперации, предприятий и отраслей государств — участников Содружества Независимых Государств от 23 декабря 1993 г., которое закрепило намерение государств «…принимать действенные меры по обеспечению государственной поддержки осуществления и развития кооперации между предприятиями всех форм собственности, отраслевыми и межотраслевыми комплексами на основе их прямых производственных связей, а также в рамках финансово-промышленных групп и транснациональных производственных объединений, совместных предприятий» (ст. 1).

В качестве международных соглашений, непосредственно касающихся деятельности ТНК, заключенных в рамках СНГ, можно назвать:

- Соглашение о содействии в создании и развитии производственных, коммерческих, кредитно-финансовых, страховых и смешанных транснациональных объединений от 15 апреля 1994 г. (вступило в силу для Республики Беларусь 15 февраля 1995 г.);
- Конвенцию о транснациональных корпорациях от 6 марта 1998 г. (вступила в силу для Республики Беларусь 14 января 2000 г.);
- Соглашение о регулировании социально-трудовых отношений в транснациональных корпорациях, действующих на территории государств — участников СНГ, от 9 октября 1997 г.

К источникам правового регулирования деятельности ТНК, выработанным в рамках СНГ, также необходимо отнести соглашения в сфере гарантий и защиты иностранных инвестиций (Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности от 24 декабря 1993 г., Конвенция о защите прав инвестора 28 марта 1997 г.) и противодействия монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции (в частности, Договор о проведении согласованной антимонопольной политики от 25 января 2000 г.).

В Соглашении о содействии в создании и развитии производственных, коммерческих, кредитно-финансовых, страховых и смешанных транснациональных объединений от 15 апреля 1994 г. (далее — Соглашение) закреплен широкий подход к понятию «транснациональное объединение». Так, ст. 2 устанавливает, что транснациональные объединения могут создаваться в любых областях деятельности, не запрещенных национальным законодательством, в различных формах, включая совместные финансово-промышленные группы, международные хозяйственные объединения, корпорации, холдинговые компании, ассоциации, союзы, совместные предприятия, торгово-посреднические организации типа торговых домов, агентств и международных бирж, совместные коммерческие банки и их объединения, финансовые и страховые компании.

Соглашение предусматривает два способа создания транснациональных объединений: на основе межправительственных соглашений и путем заключения договоров непосредственно между хозяйствующими субъектами в соответствии с национальным законодательством (ст. 3 Соглашения). В качестве примеров межправительственных соглашений с участием Республики Беларусь, предусматривающих создание транснациональных объединений (финансово-промышленных групп и ТНК), можно привести: Соглашение о создании транснациональной финансово-промышленной группы по обеспечению эксплуатации и ремонта авиационной техники гражданской авиации государств — участников Содружества Независимых Государств от 18 октября 1996 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Российской Федерации о создании межгосударственной финансово-промышленной группы «Белрусавто» от 1 октября 1997 г.; Соглашение о создании и деятельности межгосударственной финансово-промышленной группы «Гранит» от 18 октября 1996 г.; Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Российской Федерации о создании межгосударственной финансово-промышленной группы «Формаш» от 16 октября 1998 г.; Соглашение о создании транснациональной корпорации «Ковры СНГ» от 8 октября 1999 г. Созданные таким образом транснациональные объединения относятся некоторыми авторами к так называемым международным юридическим лицам, а именно к международным хозяйственным организациям.

Согласно Соглашению транснациональные объединения наделяются статусом юридического лица (ст. 5 Соглашения).

В рамках Соглашения сделана попытка с помощью коллизионных норм урегулировать некоторые вопросы деятельности транснациональных объединений. Так, устанавливается, что:

• правовой статус транснациональных объединений как юридических лиц определяется по законодательству государства места их регистрации (ст. 5)[1];

• статус филиалов (отделений) и представительств транснациональных объединений определяется в учредительных документах в соответствии с законодательством государства местонахождения филиалов (отделений) и представительств (ст. 5);

• инвестиционная деятельность транснациональных объединений, включая деятельность с привлечением капитала из третьих стран, осуществляется в соответствии с законодательством государства, на территории которого производятся соответствующие вложения, и договорами, заключенными между Договаривающимися государствами, о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности и о взаимной защите инвестиций (ст. 9).

Соглашение предоставляет транснациональным объединениям определенную свободу саморегулирования, устанавливая, что: порядок оценки финансовых, материальных ресурсов и имущества, вносимых учредителями в уставный фонд транснациональных объединений, определяется по согласованию между ними (ст. 6); уставный фонд транснациональных объединений формируется на согласованных учредителями условиях путем объединения их финансовых, материальных ресурсов и имущества (ст. 7); порядок распределения прибыли и возмещения убытков транснациональных объединений определяется их учредительными документами (ст. 7).

Более подробные положения о порядке создания, деятельности и государственной поддержке ТНК на территории СНГ установлены Конвенцией о транснациональных корпорациях от 6 марта 1998 г. (далее — Конвенция).

В качестве одного из наиболее важных положительных моментов Конвенции указывается введение в правовое поле СНГ понятия «транснациональная корпорация»[2]. Так, согласно ст. 2 Конвенции под «*транснациональной корпорацией*» понимается юридическое лицо (совокупность юридических лиц):

---

[1] В. А. Канашевский справедливо отмечает некорректность данной коллизионной нормы в отношении транснациональных объединений, созданных на основе межправительственных соглашений, поскольку их гражданско-правовой статус должен определяться главным образом международными соглашениями, на основании которых они созданы, и национальное право должно применяться лишь в качестве субсидиарного статута (*Канашевский В. А.* Международное частное право : учебник. М., 2009. 2-е изд. С. 169—170).

[2] *Винслав Ю.*, *Хуснутдинова М.* Конвенция о транснациональных корпорациях: условия принятия, содержание и проблемы реализации // Рос. экон. журн. 1998. № 4. С. 102.

• имеющее в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество на территориях двух и более государств — участников Конвенции;

• образованное юридическими лицами двух и более государств — участников Конвенции[1];

• зарегистрированное в качестве корпорации в соответствии с данной Конвенцией.

Понятие «транснациональная корпорация», согласно Конвенции, включает в себя различные транснациональные структуры, в том числе финансово-промышленные группы, компании, концерны, холдинги, совместные предприятия, акционерные общества с иностранным участием и т. п.

Указанное определение подвергается в литературе обоснованной критике. Во-первых, согласно ст. 2 Конвенции под ТНК понимаются как юридическое лицо, так и совокупность юридических лиц. Однако для того чтобы быть признанным в качестве ТНК, транснациональное объединение должно пройти процедуру регистрации именно в качестве ТНК (ст. 4)[2]. Данные положения Конвенции вносят дополнительную неясность в вопрос о правосубъектности ТНК. Во-вторых, данное Конвенцией определение ТНК не отражает такой существенный признак ТНК, как способность одних участников ТНК оказывать существенное влияние на деятельность других участников и (или) осуществлять контроль над ними. В-третьих, требование о регистрации ТНК в качестве корпорации, по мнению некоторых авторов[3], ограничивает договорные формы ТНК.

По сравнению с Соглашением 1994 г. Конвенция предусматривает открытый перечень способов создания ТНК: ТНК могут создавать как на основе межправительственных соглашений, так и иным, не запрещенным законодательством Сторон способом (ст. 4).

Основные вопросы личного статута ТНК (порядок регистрации ТНК, структура управления (состав высшего, исполнительного и контрольного органов), основания ликвидации) Конвенция связывает с правом государства — места ее регистрации (ст. 4, 6, 13).

Вместе с тем нормы Конвенции не дают ответа на очень важный вопрос: на основе права какого государства будет определяться, является ли

---

[1] Полагаем, что из толкования ст. 3 Конвенции можно сделать вывод, что она распространяет свое действие не только на ТНК, участниками которых являются юридические лица Договаривающихся государств, но и на ТНК с участием юридических лиц третьих стран.

[2] Согласно ст. 4 Конвенции порядок регистрации корпорации определяется законодательством государства — места ее регистрации. Однако ни законодательством Республики Беларусь, ни законодательством иных государств, ратифицировавших Конвенцию, до сих пор порядок регистрации ТНК, создаваемых в соответствии с Конвенцией, не установлен.

[3] *Камалов М. М.* Неэффективность Конвенции Содружества Независимых Государств «О транснациональных корпорациях» [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

ТНК юридическим лицом и какова ее организационно-правовая форма? Представляется, что формулировка нормы ст. 5 Соглашения 1994 г. более удачна по сравнению с приведенными выше нормами Конвенции.

Нельзя признать удачными следующие коллизионные нормы:

• по обязательствам ТНК и/или головного предприятия (центральной компании), возникшим в результате участия в деятельности ТНК, участники несут ответственность в соответствии с законодательством Сторон, юридические лица которых входят в ТНК (ст. 9);

• право собственности ТНК и других юридических лиц, входящих в ее состав, на прибыль и произведенную продукцию определяется законодательством Сторон, юридические лица которых входят в ТНК, или на основании отдельного межправительственного соглашения (ст. 11);

• регулирование социально-трудовых отношений в ТНК осуществляется на основе законодательства Сторон, на территории которых расположены ее участники, если иное не оговорено межгосударственными договорами (соглашениями) (ст. 12).

Вышеприведенные нормы не учитывают, что в состав ТНК входят как минимум два юридических лица, вследствие чего применение данных коллизионных привязок приведет к тому, что отношения должны будут одновременно регулироваться правом всех государств, юридические лица которых входят в ТНК, что делает материально-правовое регулирование данных отношений весьма проблематичным.

Как и Соглашение 1994 г. (ст. 1, 4), Конвенция предусматривает возможность для государств — участников Конвенции предпринимать не противоречащие законодательству меры, направленные на стимулирование создания и деятельности ТНК (ст. 8).

Принимая во внимание указанные выше недостатки Конвенции, полагаем возможным согласиться с А. В. Асосковым, что хотя Конвенция замышлялась как акт прямого действия, в итоге она представляет собой рамочный документ, требующий своего развития и существенной детализации в национальных законодательствах и соглашениях об учреждении отдельных «транснациональных корпораций».

С целью восполнить некоторые пробелы Конвенции по вопросам создания ТНК были разработаны Рекомендации по разработке организационных проектов транснациональных корпораций (одобрены Решением Экономического совета СНГ от 6 сентября 2000 г.), которые носят не нормативный, а методический характер. Так, в частности, было конкретизировано определение ТНК (п. 1.3. Рекомендаций), а также установлено, что регистрация ТНК осуществляется на территории государства Содружества, где расположено головное предприятие (центральная компания) (п. 2.1. Рекомендаций).

9.7. Кодексы поведения транснациональных корпораций

Одним из механизмов обеспечения достижения баланса интересов ТНК, принимающих ее структурные подразделения государств и общества в целом, являются «кодексы поведения» (*codes of conduct*), представляющие собой документы, как правило рекомендательного характера, содержащие основные права, обязанности и (или) принципы взаимодействия субъектов, которым они адресованы.

В зависимости от принявшего их субъекта кодексы поведения могут быть разделены на следующие виды:

- «*корпоративные кодексы поведения*» (corporate codes of conduct или individual company codes) — кодексы, принятые компаниями в одностороннем порядке;
- «*кодексы торговых ассоциаций*» (industry-specific codes или industry association codes) — кодексы, принятые группой компаний в определенной отрасли экономики (например, Кодекс практики Британской ассоциации игрушек и хобби (British Toy and Hobby Association Code of Practice))[1];
- «*многосторонние кодексы*» (multi-stakeholder initiative standards) — кодексы, принятые в результате переговоров между несколькими заинтересованными сторонами, включая компании и их представителей, неправительственные организации и/или профсоюзы (например, Базовый общий кодекс 2016 г. (The Baseline Common Code), содержащий принципы и практики, содействующие устойчивому развитию в производстве и обработке зеленого кофе)[2];
- *кодексы, принятые национальными государственными органами* (например, Свод правил корпоративного поведения, утвержденный приказом Министерства финансов Республики Беларусь от 18 августа 2007 г. № 293);
- «*межправительственные кодексы*» (inter-governmental codes) — кодексы, разработанные на международном уровне, как правило международными межправительственными организациями, и одобренные государствами на национальном уровне[3]. Предмет регулирования подобных кодексов

---

[1] British Toy and Hobby Association Code of Practice [Electronic resource] / British Toy and Hobby Association. URL: http://www.btha.co.uk/btha/visions-values/ (date of access: 02.05.2018).

[2] Baseline Common Code [Electronic resource] / the Global Coffee Platform. URL: https://www.globalcoffeeplatform.org/assets/files/GCP_Doc_01_Baseline-Common-Code_v2.1_en.pdf (date of access: 02.05.2018).

[3] Более подробно о кодексах поведения и их классификации см.: *Jackson J. K.* Codes of Conduct for Multinational Corporations: An Overview [Electronic resource] : CRS Report for Congress, April 16, 2013 // Federation of American Scientists. URL: https://fas.org/sgp/crs/misc/RS20803.pdf (date of access: 02.05.2018) ; *Jenkins R.* Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy [Electronic resource] : Technology, Business and Society Programme Paper Number 2, April 2001 // United Nations Research Institute for Social Development. URL: http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/E3B3E78BAB9A886F80256B5E00344278/$file/jenkins.pdf (date of access: 02.05.2018).

может как охватывать различные аспекты деятельности ТНК (например, проект Кодекса поведения ТНК ООН, Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий), так и ограничиваться лишь отдельными вопросами (например, Трехсторонняя декларация МОТ принципов, касающихся многонациональных предприятий и социальной политики; Комплекс согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил ЮНКТАД для контроля за ограничительной деловой практикой 1980 г. (The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practice); проект Норм об ответственности транснациональных корпораций и иных коммерческих предприятий в отношении прав человека 2003 г. (Norms on Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights), разработанный Комиссией по правам человека ООН).

В контексте проблем международного публичного и международного частного права наибольший интерес представляют «межправительственные кодексы».

Работа по разработке и принятию таких кодексов началась в 70-е гг. XX в. и связана с провозглашением Генеральной Ассамблеей ООН в 1974 г. нового международного экономического порядка, реализация которого предполагала в том числе регулирование деятельности ТНК. В дальнейшем данная работа стала проводиться в контексте реализации концепции устойчивого развития (*sustainable development*).

Большинство межправительственных кодексов поведения относятся к «*мягкому праву*» (*soft law*), т. е. содержат нормы, не имеющие обязательного характера и обладающие лишь морально-политической силой[1]. Однако рекомендательный характер данных документов не уменьшает их значения, поскольку они все равно могут оказывать существенное нормообразующее влияние, которое объясняется тем, что: во-первых, нормы, содержащиеся в кодексах, предназначены в числе прочего и для имплементации в национальное законодательство; во-вторых, международные организации предусматривают механизм контроля за их соблюдением, хотя он и отличен от механизма международно-правовой ответственности.

Поскольку межправительственные кодексы поведения ТНК относятся к актам «мягкого» права, они не создают для ТНК прав и обязанностей в строгом юридическом смысле, а устанавливают желательные варианты поведения ТНК[2]. Вместе с тем многие ТНК в добровольном порядке стре-

[1] В качестве исключения можно привести Решение Комиссии Картахенского соглашения № 292 от 4 апреля 1991 г., устанавливающее единый режим для андских многонациональных предприятий (в русскоязычной литературе получило название «Единообразный кодекс андских многонациональных предприятий»), положения которого обязательны для государств андского сообщества.

[2] *Лысенко Д. Л.* Проблема правового статуса транснациональных корпораций (международно-правовые аспекты) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. М., 2003. С. 27—28.

мятся соблюдать положения кодексов поведения, что объясняется увеличением количества сторонников концепции социальной ответственности бизнеса (corporate social responsibility)[1].

Проект Кодекса поведения ТНК ООН. Разработка проекта Кодекса поведения ТНК (the Draft United Nations Code of Conduct On Transnational Corporations) началась в рамках ООН в 1976 г. по инициативе развивающихся стран и была обусловлена необходимостью защиты их суверенных прав в области контроля за деятельностью иностранных инвесторов, осуществляемой на их территории. На содержание проекта Кодекса поведения ТНК (далее — Кодекс) значительно повлияли принципы нового международного экономического порядка, изложенные в Декларации нового международного экономического порядка 1974 г. и Хартии экономических прав и обязанностей государств 1974 г.

Кодекс состоит из преамбулы, определяющей основную цель международного сотрудничества в экономической и социальной областях (увеличение вклада ТНК в экономическое развитие при одновременной минимизации негативных последствий их деятельности), и пяти разделов.

В первом разделе Кодекса «Определения и сфера применения» даны определения таким понятиям, как ТНК (transnational corporation), предприятие (entity), страна происхождения (home country), принимающее государство (host country), государство, в котором ТНК осуществляет деятельность (country in which a transnational corporation operates), а также обозначена сфера применения Кодекса (Кодекс адресован всем ТНК, причем понятие ТНК охватывает как ТНК в целом, так и ее структурные подразделения, и открыт для применения всеми государствами).

В разделе «Деятельность транснациональных корпораций» указываются допустимые и осуждаемые виды политической, экономической, финансовой, социальной деятельности ТНК, а также стандарты раскрытия информации, перечислены обязанности ТНК по отношению к принимающему государству, в частности обязанность уважать его суверенитет, подчиняться его национальному законодательству, правилам и административным практикам; согласовывать свою деятельность с экономическими целями и задачами политики принимающего государства; уважать социально-культурные цели, ценности и традиции принимающего государства; осуществлять свою деятельность в соответствии с условиями соглашений, заключенных с принимающим государством, и др.

Раздел «Режимы для транснациональных корпораций» устанавливает права ТНК и обязанности принимающих государств и государств, где ТНК

[1] Более подробно о социальной ответственности бизнеса см.: The social responsibility of transnational corporations [Electronic resource] : Report, 31 Oct 1999. New York and Geneva. United Nations Conference on Trade and Development. URL: http://unctad.org/en/Docs/poiteiitm21_en.pdf (date of access: 10.05.2018).

осуществляют свою деятельность, регулирует вопросы национализации, компенсации и юрисдикции. Так, государствам предоставлено право самостоятельно определять роль ТНК, которую они могут играть в социально-экономическом развитии, и регулировать допуск и создание отделений ТНК, включая запрещение и ограничение их присутствия в отдельных секторах экономики. Вместе с тем на принимающее государство возлагаются определенные обязанности по отношению к ТНК, например предоставлять справедливый и недискриминационный режим.

В разделе «Межправительственное сотрудничество» государствам рекомендуется сотрудничать на межправительственном уровне по претворению в жизнь положений Кодекса посредством двусторонних и многосторонних международно-правовых форм в региональном, межрегиональном и глобальном международном масштабах, а также не использовать ТНК как средство вмешательства во внутренние или внешние дела других государств.

В разделе «Реализация положений Кодекса поведения» была предпринята попытка создать национальный и международный механизмы по внедрению положений Кодекса. Так, на национальном уровне на государства возлагаются следующие обязанности: публицизировать Кодекс и информировать о его положениях; обмениваться информацией о мерах, которые они предприняли для введения в действие Кодекса, и о практике его применения; всегда принимать во внимание положения Кодекса при принятии новых национально-правовых актов, а также при изменении и дополнении действующих, прямо или косвенно относящихся к регулированию отношений, предусмотренных Кодексом, и др. Организационную основу международного механизма должна была составить Комиссия ООН по ТНК, секретариатом которой должен был выступать Центр ООН по ТНК.

Несмотря на то что в резолюции Генеральной Ассамблеи № 45/186 от 21 декабря 1990 г. указывалось на окончание работ по разработке проекта Кодекса и на возможность его принятия на 46-й сессии, он так и не был принят. В качестве основных причин в литературе указывают расхождения между позициями основных групп участников переговоров по вопросам: определения ТНК; соотношения между обязательствами ТНК и государств; возможности предоставления национального режима филиалам иностранных ТНК; применения так называемого обычного международного права в отношении деятельности ТНК; национализации имущества ТНК и юрисдикции при урегулировании споров.

К числу кодексов поведения некоторые авторы также относят ***Глобальный договор ООН*** (Un Global Compact), идея которого была выдвинута 31 января 1999 г. Генеральным секретарем ООН Кофи Аннаном и официально начала реализовываться с 26 июля 2000 г. Данная инициатива направлена не только на регулирование деятельности ТНК, но и на поощрение социальной ответственности бизнеса в целом. Глобальный договор ООН предпо-

лагает партнерство между ООН и отдельными компаниями (не только ТНК), предусматривающее добровольное принятие компаниями на себя обязательства соблюдать десять декларируемых Глобальным договором принципов (в области прав человека, трудовых отношений, охраны окружающей среды и борьбы с коррупцией)[1], а также ежегодно представлять в Бюро Глобального договора отчеты об их реализации. Присоединение компании к Глобальному договору осуществляется посредством направления на имя Генерального секретаря ООН письма, в котором компания гарантирует исполнение указанных обязательств. В связи с тем что Глобальный договор ограничивает обязательства компаний лишь фундаментальными принципами, не предусматривает каких-либо эффективных мер по проверке при приеме новых членов и контролю за его соблюдением, он часто подвергается критике.

Декларация ОЭСР и Руководящие принципы ОЭСР. Практически одновременно с разработкой проекта Кодекса поведения ТНК ООН велась аналогичная работа в рамках Организации экономического сотрудничества и развития, Советом которой 21 июня 1976 г. была одобрена Декларация ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях (OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises), а также приложение к ней — Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий (OECD Guidelines for Multinational Enterprises). Декларация и ее приложения неоднократно пересматривались (в 1979, 1984, 1991, 2000 и 2011 гг.).

В отличие от Кодекса поведения ТНК ООН Декларация и Руководящие принципы используют термин «***многонациональное предприятие***» (multinational enterprise) (далее — МНП), однако не дают его определения, поскольку, по мнению разработчиков, в этом нет необходимости. Вместе с тем в Руководстве отмечается, что обычно к МНП относят компании или иных хозяйствующих субъектов, учрежденных более чем в одной стране и связанных таким образом, что они могут различным образом координировать свою деятельность. Хотя один или несколько таких субъектов деятельности могут оказывать значительное влияние на деятельность других из них, степень их автономности внутри МНП может колебаться в широких пределах в зависимости от конкретного такого предприятия. Указывается, что МНП могут осуществлять деятельность во всех секторах экономики; могут относиться к частной, государственной или смешанной форме собственности. Руководящие принципы распространяются на все структурные подразделения, входящие в состав МНП (как на материнские компании, так и на иностранные отделения).

[1] В основе данных принципов лежат: Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Декларация МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда 1998 г., Декларация по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейро, 1992 г.), Конвенция ООН против коррупции 2003 г.

Присоединившиеся к Декларации государства сделали заявления, касающиеся следующих четырех основных вопросов деятельности МНП. Дополнительно Советом ОЭСР были приняты решения по процедурным аспектам реализации соответствующих положений Декларации, которые периодически пересматриваются.

Во-первых, государства заявили, что они будут рекомендовать многонациональным предприятиям, осуществляющим деятельность на или с их территории, соблюдать Руководящие принципы, изложенные в Приложении 1 к Декларации (разд. I). Для достижения указанной цели 27 июня 2000 г. Советом ОЭСР было принято Решение «О Руководящих принципах ОЭСР для многонациональных предприятий»[1], согласно которому присоединившиеся к Декларации государства приняли обязательства создать национальные контактные пункты, содействовать и курировать деятельность которых должен Инвестиционный комитет ОЭСР. К Решению прилагаются Процедуры применения Руководящих принципов.

Во-вторых, государствам предписывается предоставлять предприятиям, действующим на их территориях и находящимся в собственности или под контролем лиц другого присоединившегося государства (так называемым предприятиям под иностранным контролем), национальный режим. Обязательство по применению национального режима не лишает, однако, присоединившиеся государства права регулировать приток иностранных инвестиций или условия учреждения иностранных предприятий (разд. II). Присоединившиеся государства также могут устанавливать изъятия из национального режима, порядок установления которых в настоящее время регулируется третьим пересмотренным Решением Совета ОЭСР «О национальном режиме» от 12 декабря 1991 г., к которому прилагаются списки изъятий, сделанных каждым из государств[2].

В-третьих, государства заявили, что будут сотрудничать, чтобы избегать или сводить к минимуму предъявление многонациональным предприятиям противоречивых требований, и исходить при регулировании деятельности МНП из общих соображений и практических подходов, изложенных в Приложении 2 к Декларации (разд. III). Целью данного требования является создание схожих условий деятельности для МНП на территории всех присоединившихся к Декларации государств. Процедурные вопросы сотрудничества государств по данному вопросу урегулированы Решением Совета ОЭСР от 5 июня 1991 г. «О противоречивых требованиях, предъявляемых к многонациональным предприятиям».

---

[1] Первое Решение по данному вопросу было принято 21 июня 1976 г. и в дальнейшем неоднократно пересматривалось (Решения от 13 июня 1979 г., 17 мая 1984 г. и 27 июня 2000 г.).

[2] Первое Решение по данному вопросу было принято 21 июня 1976 г. и в дальнейшем неоднократно пересматривалось (Решения 13 июня 1979 г., 17 мая 1984 г. и 12 декабря 1991 г.).

В-четвертых, государства признают необходимость расширить сотрудничество в области прямых международных инвестиций, а также необходимость уделять должное внимание интересам присоединившихся государств, в которых с помощью специальных законов, положений или административной практики установлены меры стимулирования или сдерживания прямых иностранных инвестиций. Устанавливается, что такие меры должны быть максимально прозрачны (разд. IV). В настоящее время действует Решение Совета ОЭСР «О стимулах и препятствиях для международных инвестиций» от 17 мая 1984 г.[1]

Вопрос о юридической силе Декларации как акта международного права является дискуссионным. Большинство специалистов придерживаются мнения, что несмотря на то что Декларация утверждена указанными государствами, ее положения не имеют обязательного характера и данный документ является источником «мягкого права». Вместе с тем существует мнение, что положения Декларации могут трактоваться как юридически обязательные для стран, а обмен присоединяющимися к Декларации государствами письмами о приверженности к ней может рассматриваться как взятие на себя обязательств сторонами.

Что касается Руководящих принципов, то в п. 1 Предисловия к ним указывается, что Руководящие принципы являются рекомендациями, адресованными правительствами многонациональным предприятиям. Руководящие принципы предусматривают добровольные принципы и стандарты ответственного осуществления предпринимательской деятельности в соответствии с применимым законодательством и стандартами, признанными на международном уровне.

Действующая редакция Руководящих принципов 2011 г. состоит из преамбулы и одиннадцати разделов, в которых закреплены обязанности МНП по отдельным вопросам их деятельности: I. «Концепции и принципы»; II. «Общая политика»; III. «Раскрытие информации»; IV. «Права человека»; V. «Трудовые и производственные отношения»; VI. «Охрана окружающей среды»; VII. «Борьба со взяточничеством, предложением и вымогательством взяток»; VIII. «Интересы потребителей»; IX. «Наука и технологии»; X. «Конкуренция»; XI. «Налогообложение». Закрепленные в Руководящих принципах стандарты поведения МНП схожи с теми, что закреплены в проекте Кодекса поведения ТНК ООН.

Трехсторонняя декларация принципов, касающихся многонациональных предприятий и социальной политики (The Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy) была принята Административным советом Международного бюро труда МОТ на его

[1] Первое Решение по данному вопросу было принято 21 июня 1976 г. и в дальнейшем неоднократно пересматривалось (Решения от 13 июня 1979 г. и 17 мая 1984 г.).

204-й сессии (Женева, ноябрь 1977 г.) и в дальнейшем неоднократно корректировалась (на 279-й (ноябрь 2000 г.), 295-й (март 2006 г.) и 329-й (март 2017 г.) сессиях). Особенностью Декларации является то, что изложенные в ней принципы адресованы не только правительствам и МНП, но и организациям работодателей и работников. Причем адресатами выступают субъекты, расположенные как в государстве происхождения МНП (государстве базирования), так и в принимающих государствах (п. 10 Декларации). С целью недопущения установления или сохранения неравного обращения между многонациональными и национальными предприятиями закрепляется, что в каждом случае, когда принципы Декларации относятся и к многонациональным, и к национальным предприятиям, к ним должны предъявляться одни и те же требования, касающиеся их поведения в целом и их социальной практики в частности (п. 5 Декларации).

Целями Декларации являются поощрение положительного вклада, который МНП могут внести в экономическое и социальное развитие и обеспечение достойного труда для всех, а также сведение к минимуму и преодоление трудностей, которые могут возникать в результате различных видов их деятельности (п. 2 Декларации).

В соответствии с Декларацией к многонациональным относятся предприятия — будь то в полной или частичной государственной собственности или в частной собственности, — которые обладают правами собственности или осуществляют контроль над объектами производства, сбыта, обслуживания и другими объектами за пределами страны базирования. Они могут быть крупными или малыми и иметь штаб-квартиры в любой части мира. Структуры, входящие в состав многонациональных предприятий, могут заметно отличаться друг от друга по степени самостоятельности в зависимости от самого предприятия или от характера связей между такими структурами и видов их деятельности с учетом значительного разнообразия форм собственности, размеров, характера и места осуществления деятельности соответствующих предприятий. Если не указано иное, термин «многонациональное предприятие» используется в Декларации для обозначения различных структур (материнских компаний или иностранных отделений либо и тех и других, а также МНП в целом) (п. 6 Декларации).

В действующей редакции 2017 г. Декларация состоит из преамбулы и 6 разделов: «Цель и сфера действия» (п. 1—7), «Общая политика» (п. 8—12), «Занятость» (обязательства в сфере: содействия занятости — п. 13—21; социального обеспечения — п. 22; искоренения принудительного или обязательного труда — п. 23—25; действенного искоренения детского труда — п. 26—27; равенства возможностей и обращения — п. 28—31; стабильности занятости — п. 32—36), «Профессиональная подготовка» (п. 37—40), «Условия труда и жизни» (обязательства в сфере: заработной платы, пособий и льгот и условий труда — п. 41—42; безопасности и ги-

гиены труда — п. 43—46), «Трудовые отношения» (положения: о свободе объединения и праве на организацию — п. 48—54; о коллективных переговорах — 55—62; о консультациях — п. 63; о доступе к средствам правовой защиты и рассмотрении жалоб — п. 64—66; об урегулировании трудовых споров — п. 67—68).

Декларация опирается на принципы, содержащиеся в иных международных документах МОТ, перечень которых закреплен в Приложении I к Декларации. Как и Руководящие принципы ОЭСР, положения Декларации для всех адресатов носят рекомендательный характер, предполагающий их соблюдение на добровольной основе (п. 7 Декларации).

Приложением II к Декларации устанавливаются инструменты, обеспечивающие реализацию на практике закрепленных в ней принципов.

Поскольку до настоящего времени так и не удалось принять универсальный международный правовой акт, который бы регулировал все аспекты деятельности ТНК и имел бы обязательную юридическую силу, межправительственные кодексы до сих пор остаются основным средством регулирования на международном уровне деятельности ТНК как особых коллективных образований.

9.8. Организационно-правовые формы субъектов в рамках региональных интеграционных объединений

9.8.1. Правовое положение юридических лиц в ЕАЭС

Несмотря на распад Советского Союза, некоторые бывшие союзные республики до сих пор испытывают необходимость в сохранении и углублении созданных в рамках СССР экономических и политических связей, что обусловило появление на постсоветском пространстве целого ряда интеграционных объединений.

В сфере экономического сотрудничества наибольшего успеха достигли пять государств — Республика Беларусь, Российская Федерация, Республика Казахстан, Республика Армения и Кыргызская Республика, — которые перешли к новому этапу экономической интеграции — ЕАЭС.

В качестве одной из основных целей ЕАЭС Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (далее — Договор о ЕАЭС) устанавливает стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза (ст. 4 Договора о ЕАЭС). Безусловно, достижение указанной цели невозможно без установления государствами — членами ЕАЭС единых правил создания и деятельности юридических лиц государств-членов, которые являются основными участниками международного торгового оборота.

В рамках интеграционных экономических объединений на правовое положение юридических лиц как субъектов международного частного права большое влияние оказывает прежде всего мера предоставления таких экономических свобод, составляющих основу общего (единого) рынка, как свобода учреждения и свобода предоставления (оказания) услуг. Как справедливо отмечается в литературе, «устранение препятствий учреждению, деятельности и оказанию услуг между резидентами государств — членов Евразийского экономического союза... является необходимым условием для интеграции, экономического и социального развития»[1].

Под «***общим (единым) рынком***» понимается совокупность экономических отношений в рамках Союза, при которых обеспечивается свобода перемещения товаров, услуг, капитала и рабочей силы (ст. 2 Договора о ЕАЭС). Указанная дефиниция имеет определенное сходство с понятием «***внутренний рынок***» (internal market), закрепленным в ст. 26(2) Договора о функционировании Европейского союза (далее — ДФЕС)[2], согласно которой внутренний рынок охватывает пространство без внутренних границ, в котором согласно положениям Договоров обеспечивается свободное передвижение товаров, лиц, услуг и капиталов[3].

Из буквального толкования ст. 4 Договора о ЕАЭС может сложиться впечатление, что «свобода перемещения лиц» в рамках ЕАЭС охватывает только свободу перемещения рабочей силы, т. е. сформулирована у́же, чем в ДФЕС, согласно нормам которого данная свобода включает в себя не только свободу перемещения рабочей силы (freedom of movement for workers), правовому регулированию которой посвящены нормы гл. 1 разд. IV ч. III ДФЕС, но и свободу учреждения (right of establishment), которая регламентируется гл. 2 разд. IV ч. III ДФЕС. Как отмечается в литературе, свобода учреждения в праве ЕС представляет собой право заниматься на территории государств-членов самостоятельной экономической деятельностью (ненаемным трудом), в том числе путем создания юридических лиц[4]. Смысл указанной свободы в том, чтобы дать гражданам одного государства — участника ЕС возможность вести предпринимательскую деятельности на территории дру-

---

[1] *Захаров В. Е.* Отдельные вопросы обеспечения свободы движения услуг и трудовых ресурсов в рамках Евразийского экономического союза [Электронный ресурс] : в 3 ч. Ч. 1 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

[2] Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [Electronic resource]. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2016:202:FULL (date of access: 01.09.2017).

[3] Исходя из норм гл. 4 разд. IV ч. III ДФЕС следует, что в рамках внутреннего рынка ЕС гарантируется не только свобода перемещения капитала (*free movement of capital*), но и свобода платежей (*free movement of payments*).

[4] Право Европейского Союза : учеб. пособие / П. А. Калиниченко [и др.] ; отв. ред. С. Ю. Кашкин. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 148.

гого государства — участника ЕС, причем не приобретая гражданства последнего, однако на тех же условиях, что и граждане этого государства[1].

Полагаем, что систематическое толкование текста Договора о ЕАЭС все же позволяет утверждать: свобода учреждения также является одной из составляющих общего (единого) рынка ЕАЭС.

Правовые основы свободы учреждения и свободы предоставления услуг закреплены в разд. XV Договора о ЕАЭС «Торговля услугами, учреждение, деятельность и осуществление инвестиций», а также в Протоколе о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (Приложение № 16 к Договору о ЕАЭС). Особенности торговли услугами электросвязи определяются в соответствии с Порядком торговли услугами электросвязи (Приложение № 1 к Протоколу № 16).

Анализ указанных документов позволяет сделать вывод, что значительное влияние на формирование подходов к правовому регулированию учреждения, деятельности и торговли услугами оказали подходы, разработанные в рамках Всемирной торговой организации (в частности, закрепленные в Генеральном соглашении по торговле услугами от 15 апреля 1994 г. (далее — ГАТС)[2]), а также опыт Европейского союза.

Следует отметить, что, как и в случае ГАТС (ст. I), объектом непосредственного регулирования норм разд. XV Договора о ЕАЭС и Протокола № 16 является не деятельность физических и юридических лиц, а «меры государств-членов, затрагивающие поставку и получение услуг, учреждение, деятельность и осуществление инвестиций» (п. 2 ст. 65 Договора о ЕАЭС, п. 2 Протокола № 16), под которыми понимается законодательство государства-члена, а также любое решение, действие или бездействие органа или должностного лица этого государства-члена, которые приняты или применяются на любом уровне государственной власти, органами местного самоуправления или организациями при осуществлении ими полномочий, делегированных им такими органами (п. 6 (11) Протокола № 16). Таким образом, Договор о ЕАЭС и Протокол № 16 относятся к так называемым «публично-правовым международным соглашениям», адресатами которых являются публично-правовые образования — государства — члены ЕАЭС и их органы.

Вместе с тем нельзя умалять значение Договора о ЕАЭС и Протокола № 16 для международного частного права, поскольку их нормы создают правовые условия для международного торгового оборота, а также являются предпосылкой формирования не только национального публично-правового,

---

[1] *Мещанова М. В.* Правовое регулирование внутреннего рынка Европейского Союза : учеб. пособие / под ред. Х. Херрманна, С. А. Балашенко, Т. Борича. Минск, 2010. С. 80.

[2] Генеральное соглашение по торговле услугами [заключено в г. Марракеше 15.04.1994 г.] // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». М., 2017.

но и частноправового статуса юридических и физических лиц как субъектов международного частного права. Не зря в юридической литературе отмечается важность учета и в теоретическом, и в практическом плане взаимосвязи и необходимости максимальной согласованности международно-правового и международно-частноправового регулирования[1]. Применительно к корпоративному праву можно согласиться с мнением А. О. Иншаковой, что под влиянием процесса экономической интеграции правовые механизмы корпоративного регулирования все чаще создаются интернациональным сообществом на уровне международных организаций и региональных объединений, что позволяет говорить о нарастающем взаимодействии международного и национального права, а также национальных правовых систем между собой[2].

Нормы Договора о ЕАЭС могут иметь прямое действие, о чем свидетельствует тот факт, что хозяйствующим субъектам предоставлено право обращаться в Суд ЕАЭС с заявлением о соответствии решения Евразийской экономической комиссии (его отдельных положений) Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС, а также об оспаривании действия (бездействия) Комиссии, если такое решение или действия (бездействие) повлекли нарушение предоставленных Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС прав и законных интересов хозяйствующего субъекта (п. 39 (2) Статута Суда Евразийского экономического союза (Приложение № 2 к Договору о ЕАЭС)).

Согласно п. 6 (24) Протокола № 16 под «***учреждением***» понимается:

• создание и (или) приобретение юридического лица (участие в капитале созданного или учрежденного юридического лица) любой организационно-правовой формы и формы собственности, предусмотренных законодательством государства-члена, на территории которого такое юридическое лицо создается или учреждается;

• приобретение контроля над юридическим лицом государства-члена, выражающееся в получении возможности непосредственно или через третьих лиц определять решения, принимаемые таким юридическим лицом, в том числе путем распоряжения голосами, приходящимися на голосующие акции (доли), путем участия в совете директоров (наблюдательном совете) и в иных органах управления такого юридического лица;

• открытие филиала, под которым понимается обособленное подразделение юридического лица, расположенное вне места его нахождения и

[1] *Лебедев С. Н.* Соотношение международного частного и международного публичного права. Глава 1. Предмет и природа международного частного права. Методы регулирования // Международное частное право : учебник : в 2 т. [Электронный ресурс] / А. И. Абдуллин [и др.] ; под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М., 2011. Т. 1 : Общая часть // КонсультантПлюс : Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2017.

[2] *Иншакова А. О.* Унификация корпоративного регулирования в Европейском союзе и Содружестве Независимых Государств : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.03. М., 2008. С. 11.

осуществляющее все его функции или их часть, в том числе функции представительства (п. 6 (26) Протокола № 16);

• открытие представительства, под которым понимается обособленное подразделение юридического лица, расположенное вне места его нахождения, которое представляет интересы юридического лица и осуществляет их защиту (п. 6 (14) Протокола № 16);

• регистрация в качестве индивидуального предпринимателя.

Учреждение осуществляется в том числе для целей торговли услугами и (или) производства товаров.

Согласно п. 6 (22) Протокола № 16 под «***торговлей услугами***» понимается поставка услуг, включающая в себя производство, распределение, маркетинг, продажу и доставку услуг и осуществляемая следующими способами:

• с территории одного государства-члена на территорию любого другого государства-члена;

• на территории одного государства-члена лицом этого государства-члена получателю услуг другого государства-члена;

• поставщиком услуг одного государства-члена путем учреждения на территории другого государства-члена;

• поставщиком услуг одного государства-члена путем присутствия физических лиц этого государства-члена на территории другого государства-члена.

Следует отметить, что субъектами, на которых распространяется свобода предоставления услуг, являются не только поставщики услуг, но и получатели услуг (любое лицо государства-члена, которому поставляется услуга или которое намерено воспользоваться услугой). Так, государства-члены приняли на себя обязательство не устанавливать в отношении получателя услуг требований или особых условий, ограничивающих право на получение, использование или оплату услуги, оказываемой (оказанной) поставщиком услуг другого государства-члена, включая выбор поставщика услуг или обязанность получения разрешения компетентных органов (п. 49 Протокола № 16), а также обязательство обеспечивать неприменение в отношении получателя услуг дискриминационных требований или особых условий в зависимости от его гражданства, места жительства либо места учреждения или деятельности (п. 50 Протокола № 16).

Таким образом, можно говорить о том, что в рамках ЕАЭС предоставляется не только свобода предоставления услуг, но и свобода их получения.

Для того чтобы юридическое или физическое лицо могло воспользоваться свободой учреждения или свободой предоставления или получения услуг, необходимо, чтобы оно находилось в определенной правовой связи с одним из государств — членов ЕАЭС. Для физических лиц указанная правовая связь выражается в наличии гражданства одного из государств-членов (п. 6 (25) Протокола № 16), для юридических лиц — в факте создания или учреждения на территории одного из государств-членов (п. 6 (27) Протоко-

ла № 16). Некоторыми преимуществами, предоставленными Договором о ЕАЭС, могут воспользоваться не только физические и юридические лица государств-членов, но и лица, учрежденные ими (п. 29, 32 Протокола № 16).

Для недопущения необоснованного получения преимуществ, предоставленных указанным выше лицам Договором о ЕАЭС, в том числе посредством «*forum shopping*», государству-члену дано право не распространять свои обязательства на физических и юридических лиц другого государства-члена, если будет доказано, что такое лицо другого государства-члена не осуществляет существенных деловых операций на территории этого другого государства-члена и принадлежит или контролируется лицом первого государства-члена или лицом третьего государства (п. 10 ст. 65 Договора о ЕАЭС). Если государство-член сохраняет в отношении третьего государства ограничения или запреты, то оно может не распространять на лиц другого государства-члена свои обязательства, если такое лицо принадлежит или контролируется лицом указанного третьего государства, а распространение обязательств приведет к обходу или нарушению указанных запретов и ограничений (п. 9 ст. 65 Договор о ЕАЭС).

На современном этапе экономической интеграции в рамках ЕАЭС объем свобод учреждения и предоставления (получения) услуг в разных сферах предпринимательской деятельности неодинаков, что обусловлено тем, что единый рынок услуг в рамках ЕАЭС функционирует только в секторах услуг, вошедших в Перечень секторов (подсекторов) услуг, в которых функционирует единый рынок услуг в рамках Евразийского экономического союза, утвержденный во исполнение п. 40 Протокола № 16 Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 110. В настоящее время в указанный Перечень вошли 52 сектора (подсектора) услуг, но государства-члены зафиксировали стремление к распространению на взаимной основе правил единого рынка услуг на максимальное количество секторов, в том числе путем поэтапного сокращения изъятий и ограничений, предусмотренных национальными перечнями (п. 41 Протокола № 16).

Под единым рынком услуг понимается состояние рынка услуг в рамках конкретного сектора, в котором каждое государство-член предоставляет лицам любого другого государства-члена право:

1) на поставку и получение услуг на условиях предоставления национального режима[1] (п. 21, 24 Протокола № 16) и режима наибольшего

[1] Национальный режим выражается в обязанности государств-членов:

- в отношении всех мер, затрагивающих торговлю услугами, предоставлять услугам, поставщикам и получателям услуг другого государства-члена режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый при таких же (подобных) обстоятельствах своим собственным таким же (подобным) услугам, поставщикам и получателям услуг (п. 21 Протокола № 16);
- предоставлять лицам любого государства-члена в отношении учреждения и деятельности режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый при таких же (подобных) обстоятельствах своим собственным лицам на своей территории (п. 24 Протокола № 16).

благоприятствования (п. 27, 29 Протокола № 16)[1] при торговле услугами, учреждении и деятельности, а также недопустимости применения количественных (п. 30 Протокола № 16) и инвестиционных мер (п. 32 Протокола № 16). Данные условия должны соблюдаться без ограничений, изъятий и дополнительных требований, за исключением условий и ограничений, предусмотренных государствами-членами в Перечне сохраняемых государствами-членами «горизонтальных» ограничений в отношении всех секторов и видов деятельности (приложение № 2 к Протоколу № 16);

2) поставку услуг без дополнительного учреждения в форме юридического лица[2];

3) поставку услуг на основании разрешения[3] на поставку услуг, полученного поставщиком услуг на территории своего государства-члена[4];

4) признание профессиональной квалификации персонала поставщика услуг (п. 38 Протокола № 16).

Правила единого рынка услуг действуют в отношении государств-членов на условиях взаимности (п. 39 Протокола № 16).

---

[1] В обязанности государств — членов ЕАЭС предоставлять в отношении мер, затрагивающих торговлю услугами, национальный режим заключается принципиальное отличие положений Договора о ЕАЭС от положений ГАТС, которое обязывает государства — члены ВТО предоставлять только режим наибольшего благоприятствования (ст. II); обязательства по предоставлению национального режима принимаются на себя государством-членом индивидуально в соответствии с его Перечнем специфических обязательств (ст. XVII).

Режима наибольшего благоприятствования выражается в обязанности государств-членов:

- предоставлять при таких же (подобных) обстоятельствах услугам, поставщикам и получателям услуг любого другого государства-члена режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый таким же (подобным) услугам и поставщикам и получателям услуг третьих государств (п. 27 Протокола № 16);
- предоставлять при таких же (подобных) обстоятельствах лицам любого другого государства-члена, а также лицам, учрежденным ими, в отношении учреждения и деятельности на своей территории режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый лицам третьих государств, а также лицам, учрежденным ими (п. 29 Протокола № 16).

[2] Подобная формулировка позволяет некоторым авторам делать вывод, что в рамках единого рынка услуг субъектам хозяйствования предоставлена возможность оказывать свои услуги на территории другого государства-члена без учреждения в форме юридического лица, однако не исключается необходимость открытия представительства или филиала (См.: *Захаров В. Е.* Актуальные вопросы Евразийского экономического союза : в 3 ч. Ч. 2 // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017).

[3] Под «***разрешением***» понимается предусмотренное законодательством государства-члена, основанное на обращении заявителя подтверждение компетентным органом права этого лица на осуществление определенной деятельности или определенных действий, в том числе посредством включения в реестр, выдачи официального документа (лицензия, согласование, заключение, аттестат, свидетельство, сертификат и т. п.). При этом разрешение может выдаваться по итогам конкурсного отбора (п. 6 (15) Протокола № 16).

[4] В праве ЕС указанная обязанность получила название «принцип взаимного признания» (*mutual recognition*).

В секторах, в отношении которых не действуют правила единого рынка услуг, свобода учреждения и свобода предоставления (получения) услуг более ограничены (п. 44 Протокола № 16).

Так, в отношении указанных секторов государства-члены также обязаны при торговле услугами, учреждении и деятельности предоставлять национальный режим (п. 21, 24 Протокола № 16) и режим наибольшего благоприятствования (п. 27, 29 Протокола № 16), не применять количественные и инвестиционные меры (п. 30 и 32 Протокола № 16). Однако ограничить для себя данные обязанности государства-члены могут не только на основании Перечня сохраняемых государствами-членами «горизонтальных» ограничений, но и на основании индивидуальных национальных перечней ограничений, изъятий, дополнительных требований и условий (далее — национальные перечни) (п. 23, 26, 28, 31, 33 Протокола № 16)[1]. Исключением из данного правила является отсутствие у государств-членов возможности ограничить на основании национальных перечней свои обязанности предоставлять в отношении учреждения и деятельности режим наибольшего благоприятствования.

Обязанность взаимно признавать разрешения в секторах, в отношении которых не действуют правила единого рынка услуг, у государств-членов отсутствует. Поэтому в случае, если согласно законодательству государства-члена, на территории которого будет осуществляться деятельность, такая деятельность подлежит лицензированию либо существует необходимость получения иного разрешения на право ее осуществления, то хозяйствующие субъекты иных государств-членов (в том числе лица, учрежденные ими) должны такое разрешение получить в соответствии с законодательством государства-члена, на территории которого деятельность будет осуществляться.

Вместе с тем на основании взаимных консультаций (в том числе межведомственного характера) государства-члены могут принять решение о взаимном признании разрешений на поставку услуг в конкретных секторах в связи с достижением в этих секторах содержательной эквивалентности регулирования (п. 54 Протокола № 16).

Обязанность взаимно признавать профессиональную квалификацию персонала поставщиков услуг в секторах, в отношении которых не действуют правила единого рынка услуг, у государств-членов также отсутствует. Более того, устанавливается, что обязанность государств-членов не применять на своей территории и не вводить ограничения, связанные с наймом работников в отношении деятельности созданного, приобретенного или контролируемого юридического лица, филиала, представительства, зареги-

[1] Для каждого государства-члена национальные перечни утверждены Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 г. № 112.

стрированного индивидуального предпринимателя (п. 35 Протокола № 16), не ограничивает право государств-членов предъявлять требования к образованию, опыту, квалификации, деловым качествам работников (если только это не ведет к фактической дискриминации работников в зависимости от гражданства) (п. 36 Протокола № 16). Исключение из указанного правила сделано только в случае осуществления торговли услугами поставщиком услуг одного государства-члена путем присутствия физических лиц этого государства-члена на территории другого государства-члена: в отношении физических лиц, принимающих участие в торговле услугами данным способом, государство-член, на территории которого присутствует физическое лицо, не вправе применять или вводить какие-либо ограничения (п. 37 Протокола № 37).

Как в секторах, в отношении которых действуют правила единого рынка услуг, так и в секторах, в отношении которых эти правила не действуют, государствам-членам предоставлено право принимать или применять меры, ограничивающие свободу учреждения и свободу предоставления (получения) услуг, которые:

1) необходимы для защиты общественной морали или поддержания общественного порядка;

2) необходимы для защиты жизни или здоровья людей, животных или растений;

3) необходимы для соблюдения законодательства государств-членов, не противоречащего положениям разд. XV Договора о ЕАЭС, включая меры, имеющие отношение: к предотвращению вводящей в заблуждение и недобросовестной практики или последствий несоблюдения гражданско-правовых договоров; защите от вмешательства в частную жизнь отдельных лиц при обработке и распространении сведений личного характера и защите конфиденциальности сведений о личной жизни и счетов; безопасности;

4) несовместимы с обязательством по предоставлению национального режима (п. 21 и 24 Протокола № 16), однако необходимы для обеспечения справедливого или эффективного обложения прямыми налогами и их взимания с лиц другого государства-члена или третьих государств;

5) несовместимы с обязательством по предоставлению режима наибольшего благоприятствования (п. 27 и 29 Протокола №16), однако вытекают из соглашения по вопросам налогообложения, в том числе об избежании двойного налогообложения, участником которого является соответствующее государство-член (п. 7 ст. 65 Договора о ЕАЭС).

Вместе с тем указанные выше меры не должно приводить к произвольной или неоправданной дискриминации между государствами-членами или к скрытым ограничениям в торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (п. 8 ст. 65 Договора о ЕАЭС).

Следует отметить, что некоторые услуги изымаются из-под действия раздела XV Договора о ЕАЭС и Протокола № 16 либо нормы указанных документов применяются к ним субсидиарно.

Так, положения указанных документов не применяются к государственным (муниципальным) закупкам, регулируемым разделом XXII Договора о ЕАЭС, а также к поставляемым услугам и осуществляемой деятельности во исполнение функций государственной власти (п. 2 ст. 65 Договора о ЕАЭС).

Положения Протокола № 16 не применяются к правам перевозки воздушным транспортом и услугам, непосредственно относящимся к правам перевозки (за исключением ремонтного и эксплуатационного обслуживания самолетов, поставки и маркетинга авиатранспортных услуг, а также услуг компьютерной системы резервирования), если услуги поставляются с территории одного государства-члена на территорию любого другого государства-члена либо на территории одного государства-члена лицом этого государства-члена получателю услуг другого государства-члена (п. 4 Протокола № 16).

Услуги, охватываемые разд. XVI «Регулирование финансовых рынков», XIX «Естественные монополии», XX «Энергетика» и XXI «Транспорт» Договора о ЕАЭС, регулируются положениями этих разделов соответственно. Положения раздела XV Договора о ЕАЭС и Протокола № 16 действуют в части, не противоречащей указанным разделам (п. 3 ст. 65 Договора о ЕАЭС).

Подводя итог вышесказанному, можно отметить: право ЕАЭС находится на начальном этапе развития, свобода учреждения и свобода предоставления услуг в полном объеме реализованы не во всех секторах, отсутствуют наднациональные правовые акты, регулирующие правовое положение и деятельность юридических лиц в ЕАЭС. Однако определенные шаги к формированию корпоративного права ЕАЭС государствами-членами уже предприняты.

9.8.2. Особенности правового статуса наднациональных организационно-правовых форм компаний

Определенной спецификой характеризуется правовой статус «наднациональных», или «общеевропейских», организационно-правовых форм компаний. Их особенность заключается в том, что они созданы не в рамках национальной правовой системы определенной страны (что традиционно для компаний), а в рамках наднациональной правовой системы ЕС. Регламентация создания и деятельности таких компаний осуществляется регламентами ЕС, что предопределяет обязательную юридическую силу и прямое действие норм на территории всех стран ЕС.

В настоящее время в европейском праве существует три наднациональные организационно-правовые формы компаний: Европейское объедине-

ние с общей экономической целью, Европейское акционерное общество и Европейский кооператив. Каждая из них регулируется отдельным регламентом.

Организационная форма ***Европейского объединения с общей экономической целью*** (далее — ЕОЭЦ) введена на основании Регламента 2137/85 от 25 июля 1985 г. о Европейском объединении с общей экономической целью[1] (далее — Регламент 2137/85), который вступил в силу 1 июля 1989 г.

Общая характеристика. ЕОЭЦ была задумана как правовая форма, позволяющая средним предпринимателям и компаниям из различных государств облегчить трансграничную кооперацию и сотрудничество, не используя для этого стандартные формы реорганизации (слияние, присоединение) или создание дочерних и/или совместных предприятий. Консультанты, юристы, специалисты в области налогообложения по всей Европе используют ЕОЭЦ для укрепления сотрудничества по таким направлениям, как совместные учебные курсы, обучение и обмен персоналом, проведение совместных исследований и т. д. Примером ЕОЭЦ являются Европейские рекламные юридические ассоциации (European Advertising Lawyers Association), которые осуществляют в том числе деятельность по изданию книг и созданию системы юридической оценки рекламных компаний по всей Европе. Как правило, механизм деятельности ЕОЭЦ состоит в том, что мелкие и средние субъекты, учредившие ЕОЭЦ, получают заказы, которые они не получили бы или были бы не в состоянии выполнить, действуя самостоятельно. Указанные субъекты среднего и малого бизнеса распределяют между собой задачи, связанные с выполнением заказа, а ЕОЭЦ координирует деятельность по их осуществлению. В конечном счете ЕОЭЦ, не выполняя никакой производственной функции, помогает участникам увеличить собственную прибыль.

Регламент о ЕОЭЦ не устанавливает единого наименования для данной организационно-правовой формы. В результате она имеет собственный вариант наименования и аббревиатуры в каждом государстве — члене ЕС, который предопределяется государственным языком государства. В Великобритании она именуется European Economic Interest Grouping (EEIG), во Франции — Groupement européen d'intérêt économique (GEIE), в Германии — Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), в Италии — Gruppo europeo di interesse economico (GEIE), в Нидерландах — Europees economisch samenwerkingverband (EESV), в Испании — Agrupacion europeo de intéres económico (AEIE) и т. д.

По состоянию на 26 августа 2018 г. всего в государствах — членах ЕС создано 2594 ЕОЭЦ, которые объединяют более 18 000 субъектов. Из них

[1] Регламент Совета № 2137/85 от 25 июля 1985 г. о Европейском объединении с общей экономической целью // Official J. L 199. 31.7.1985. P. 1—9.

513 зарегистрированы на территории Бельгии, 482 — Германии, 321 — Франции, 270 — Великобритании, 232 — Италии[1]. В ЕС нет стран, где не было бы зарегистрировано хотя бы одно ЕОЭЦ. За весь период существования данной организационно-правовой формы (1989—2018 гг.) ликвидировано всего 427 ЕОЭЦ.

Участники. Для создания ЕОЭЦ требуется как минимум два участника. Регламент не устанавливает особых требований к организационной форме участников. В объединении могут участвовать любые виды организаций торгового или гражданского, частного или публичного права, предприниматели, лица свободных профессий и иные субъекты. Определяющим требованием к их статусу выступает взаимосвязь с правом государств — членов ЕС. Компании должны быть созданы по праву одного из государств — членов ЕС, а также иметь уставное и фактическое место нахождения в границах ЕС. Применительно к физическим лицам требование выражается в осуществлении деятельности на территории ЕС (ч. 1 ст. 4 Регламента 2137/85). По общему правилу субъекты, принадлежащие праву третьих государств, в ЕОЭЦ участвовать не могут.

Государства-члены вправе устанавливать ограничения по участию определенных групп физических лиц, компаний или иных организационных единиц, обосновывая их общественными интересами.

Максимальный количественный состав участников, по общему правилу, не ограничен. При этом отдельные государства (Ирландия, Греция) установили максимально допустимый предел — 20 участников.

Обязательным требованием, которое придает ЕОЭЦ европейский характер на стадии создания, выступает принадлежность как минимум двух участников праву разных стран ЕС.

Создание. ЕОЭЦ создается на основании учредительного договора. Минимальное содержание договора закреплено в ст. 5 Регламента 2137/85. К числу обязательных для указания относятся сведения о наименовании, местонахождении и предмете деятельности объединения, а также информация о каждом участнике. На практике договор об учреждении ЕОЭЦ, как правило, содержит больше информации: около 20—30 статей, позволяющих урегулировать необходимые вопросы между участниками.

Регламент не устанавливает особых требований к формированию уставного капитала ЕОЭЦ. Объединение может не иметь обособленного имущества. Интересы кредиторов обеспечиваются тем, что все участники ЕОЭЦ несут неограниченную солидарную ответственность по долгам объединения.

В ЕС не создано наднационального торгового регистра. Регистрируются ЕОЭЦ в национальном торговом регистре того государства, где расположе-

[1] EWIV-Statistik des Europäischen EWIV-Informationszentrums [Electronic resource]. URL: http://www.libertas-institut.com/wp-content/uploads/2018/08/ewiv-statistik.pdf (date of access: 29.11.2018).

но его уставное местонахождение. Согласно ст. 12 Регламента 2137/85 оно должно находиться на территории ЕС. В качестве места нахождения ЕОЭЦ может быть определено место нахождения его головного офиса либо место нахождения головного офиса одного из участников объединения.

Место нахождения ЕОЭЦ. Перенос места нахождения. ЕОЭЦ может переносить свое уставное место нахождения в пределах ЕС. Перенос места нахождения в пределах одного государства не представляет сложностей: достаточно решения, принятого в соответствии с учредительным договором, и представления информации для регистрации изменений в учредительный договор. Перенос места нахождения ЕОЭЦ из одного государства в другое без прекращения объединения также возможен. Это требует составления плана переноса, который направляется в торговый реестр и публикуется. Перенос осуществляется не ранее чем через 2 месяца после опубликования плана. Опубликование имеет целью уведомить кредиторов об изменениях, однако не дает им права требовать досрочного исполнения обязательств. Юридическую силу перенос имеет с момента регистрации в торговом реестре принимающего государства. Великобритания, Ирландия и Испания сделали оговорку о праве государства возразить против переноса места нахождения со стороны государства, если это затрагивает государственные интересы.

Правосубъектность. В силу положений п. 2 ст. 1 Регламента 2137/85 с момента регистрации в соответствующем национальном регистре ЕОЭЦ обладает способностью выступать носителем прав и обязанностей от собственного имени, заключать договоры и иные сделки, выступать в суде. При этом Регламент не наделяет объединение статусом юридического лица, а оставляет решение данного вопроса на усмотрение каждого государства. Например, в Германии и Италии ЕОЭЦ не имеет статуса юридического лица, как и товарищества, созданные по национальному праву. При этом за ним признается способность приобретать права и нести обязанности от своего имени, заключать сделки и обращаться в суд.

Управление. ЕОЭЦ является организационно-правовой формой, основанной на объединении лиц, но с возможностью создавать органы управления с участием третьих лиц. Органами объединения выступают совместно действующие участники ЕОЭЦ и единоличный или коллегиальный исполнительный орган. В учредительном договоре может быть предусмотрено создание иных органов, полномочия которых определяются в договоре.

Особенности осуществления деятельности ЕОЭЦ. Деятельность ЕОЭЦ не должна быть направлена на извлечение прибыли. Если его деятельность приводит к получению прибыли, она рассматривается как прибыль участников объединения и подлежит распределению между ними в равных долях, если иное соотношение не предусмотрено в договоре. Именно участники ЕОЭЦ, а не само объединение выступают плательщиками налога на

прибыль. ЕОЭЦ уплачивает лишь налоги с заработной платы и налог на добавленную стоимость.

Регламент устанавливает ряд ограничений деятельности ЕОЭЦ различного характера. Так, ЕОЭЦ не может:

- являться участником другого ЕОЭЦ;
- нанимать более 500 человек;
- прямо или косвенно владеть акциями или долями своих участников (запрет на создание холдингов);
- предоставлять займы компании или лицу, связанному с ним, когда это ограничивается или контролируется национальным законодательством;
- быть использовано для передачи какой-либо собственности между компанией и директором или любым лицом, связанным с ним, кроме как в той мере, в какой это допускается национальным законодательством.

Правовое регулирование. Регламент 2137/85, являясь основным источником регулирования ЕОЭЦ, содержит всего 43 статьи и регулирует далеко не все вопросы, связанные с деятельностью объединения. Субсидиарно деятельность объединения регулируется правом государства-участника, в котором объединение имеет свое место нахождения (ст. 2). При этом категорию национальных норм государство определяет самостоятельно: в отдельных государствах приняты специальные акты с целью регламентации ЕОЭЦ, в иных применяется право полных товариществ или союзов.

Вторая наднациональная организационно-правовая форма — ***Европейская компания***, или ***Европейское акционерное общество***, — существует в ЕС в 8 октября 2004 г., когда вступил в силу Регламент № 2157/2001 от 8 октября 2001 г. о статуте Европейской компании[1] (далее — Регламент 2157/2001).

Разработка и принятие документов о Европейской компании потребовали намного больших усилий и времени. Проект по созданию правовой базы для Европейской компании реализовывался с 1970 года. Всего было последовательно подготовлено 7 редакций регламента, для подготовки и обсуждения которых неоднократно создавались специальные экспертные группы. Действующий Регламент № 2157/2001 содержит 70 статей (для сравнения: в регламенте в редакции 1975 г. содержалось 284 статьи).

Общая характеристика. Европейская компания представляет собой организационную форму, предназначенную для осуществления коммерческой деятельности крупными компаниями. В силу прямого указания регламента данная организация является юридическим лицом, капитал которого разделен на акции. Каждый акционер несет ответственность только в пределах принадлежащих ему акций (п. 2 ст. 1 Регламента 2157/2001). Иными словами, по правовой природе Европейская компания является акционер-

[1] Регламент Совета № 2157/2001 от 8 октября 2001 г. о статуте Европейской компании (консолидированная версия) // Official J. L 294. 10.11.2001. P. 1—21.

ным обществом, что предопределяет использование термина «Европейское акционерное общество». В наименовании компании, создаваемой в форме Европейского акционерного общества, должна присутствовать единая для всех языков аббревиатура — SE (от лат. Societas Europaea), указывающая на организационно-правовую форму.

Минимальный размер уставного фонда SE составляет 120 тыс. евро (в странах, где евро не применяется — в эквиваленте или в экю). Порядок формирования уставного фонда SE специально не регламентируется. В странах ЕС вопросы формирования и сохранения уставного фонда акционерных обществ гармонизированы на основании директивы № 2012/30/ЕС[1].

Примерами крупных компаний, выступающих в организационно-правовой форме SE, являются Porsche SE, BASF SE, Allianz SE, MAN Diesel SE, Eurotonnel SE. По состоянию на 18 июня 2019 года всего зарегистрировано 3186 европейских компаний[2]. Статистика свидетельствует о стабильном росте количества SE в течение всего времени существования этой организационно-правовой формы.

Участники. В качестве учредителей SE могут выступать только компании, имеющие установленную в Регламенте правовую связь с ЕС. Требуемая правовая связь с ЕС имеет место в случае, когда компания учреждена по праву одной из стран ЕС, а также имеет свое уставное место нахождения и административный центр на территории ЕС. В регламенте предусмотрено одно исключение из данного требования (см. ч. 5 ст. 2 Регламента 2157/2001). По своему усмотрению государство — член ЕС вправе предусмотреть, что в создании SE может участвовать компания, не имеющая административного центра в ЕС, но созданная по праву одного из государств — членов ЕС, имеющая там свое место нахождения и находящаяся «в фактической и длящейся связи с экономикой одного из государств-участников»[3].

SE не может быть создано компаниями, подчиняющимися исключительно праву одного государства и не имеющими выхода за его пределы. Требуется, чтобы минимум две компании, участвующие в учреждении SE, были подчинены праву разных государств-членов либо чтобы компания имела дочернюю компанию или филиал в другом государстве-участнике не менее двух лет.

Создание. SE может быть создано несколькими способами. Способ создания SE в определенной степени предопределяется организационно-правовой формой его учредителей.

---

[1] Директива № 2012/30/ЕС от 25 октября 2012 г. ЕП и Совета о координации мер, которые по требованию государств должны осуществлять компании по смыслу § 2 ст. 54 ДФЕС, для защиты интересов участников и иных лиц, в отношении акционерных обществ, формирования и изменения размера их уставного капитала, и для того, чтобы сделать эти меры эквивалентными // Official J. L 315. 14.11.2012. P. 74—97.

[2] European Company (SE) Database [Electronic resource]. URL: http://ecdb.worker-participation.eu/ (date of access: 18.06.2019).

[3] *Дубовицкая Е. А.* Европейское корпоративное право. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 169.

Во-первых, SE может быть образовано путем реорганизации *национальных акционерных обществ*, подчиняющихся праву как минимум двух государств-членов ЕС, в форме слияния или присоединения (ч. 1 ст. 2, ст. 17—31 Регламента 2157/2001). В случае слияния вновь созданная компания учреждается в форме SE. В случае присоединения то национальное акционерное общество, к которому присоединяется другое национальное акционерное общество, принимает форму SE.

Во-вторых, SE может быть образовано путем создания холдинговой компании в форме SE *акционерными обществами и обществами с ограниченной ответственностью*. При этом как минимум две компании должны подчиняться праву разных государств-членов или в течение не менее двух лет иметь дочернее общество, регулируемое правом другого государства-участника, или филиал в другом государстве-участнике (ч. 2 ст. 2, 32—34).

В-третьих, может иметь место создание совместной дочерней компании в форме SE *национальными компаниями, преследующими коммерческие цели*, либо создание дочерней компании в форме SE иным *Европейским акционерным обществом* (ст. 2 ч. 3, 35—36).

В-четвертых, SE может быть образовано путем преобразования *национального акционерного общества* в SE, если в течение не менее двух лет такое общество имело дочернюю компанию, подчиняющуюся праву другого государства-участника (ст. 37).

Регистрация SE, как и других наднациональных организационно-правовых форм компаний, осуществляется в торговом реестре страны места его нахождения.

Место нахождения SE. Перенос места нахождения. Уставное место нахождения SE должно находиться в пределах ЕС, а именно в том же государстве, где находится административный центр общества. Более того, государства вправе требовать, чтобы уставное место нахождения и административный центр находились в одном месте.

SE как наднациональная компания может переносить свое место нахождения в пределах ЕС, не утрачивая правосубъектности. Перенос места нахождения SE из одного государства ЕС в другое не влечет необходимости ликвидации субъекта в одной стране и создания нового субъекта в другой стране, не сопряжено с проведением реорганизации компании в той или иной форме и правопреемством. Спецификой SE в контексте переноса места нахождения является невозможность переноса фактического места нахождения в отрыве от уставного. Перенос административного центра SE в другое государство без одновременного переноса уставного места нахождения признается неправомерным и может выступать основанием для ликвидации SE (ст. 7, 64 Регламента).

Процедура переноса места нахождения SE предполагает соблюдение ряда требований с целью обеспечения прав участников SE и иных заинтересованных групп субъектов (ст. 8 Регламента). Решение о переносе SE

принимается на общем собрании квалифицированным большинством (как минимум двумя третями голосов участвующих в голосовании). Государство вправе установить, что для решения достаточно простого большинства, если на собрании представлено более половины размещенного капитала. Для тех участников, которые не согласны, может быть предоставлена возможность выхода из общества и получения денежной компенсации.

План переноса публикуется с указанием требуемых сведений, к числу которых относятся наименование, регистрационный номер и место нахождения SE, планируемое новое место нахождения, изменения в устав, сроки, последствия для кредиторов и работников. Налоговые и другие публичные обязательства в стране места нахождения подлежат исполнению до момента переноса.

С целью защиты интересов всех заинтересованных групп субъектов составляется отчет о последствиях переноса, адресованный участникам, кредиторам, работникам и иным заинтересованным лицам, в котором указывается экономическая и юридическая целесообразность перемещения.

Компетентный государственный орган страны места нахождения SE выдает документ о соблюдении всех требуемых до переноса формальностей и совершении обязательных действий. Регистрация в государстве нового места нахождения осуществляется после предъявления указанного документа и выполнения условий регистрации, необходимых в принимающем государстве. SE исключается из торгового реестра страны прежнего места нахождения после извещения регистрирующего органа страны нового места нахождения о внесении соответствующих сведений в реестр.

Управление. На уровне Регламента 2157/2001 не установлена единая структура управления SE. Общество имеет возможность выбора организационной структуры управления. По решению самого общества (не государства) структура управления может быть монистической (предполагает наличие единого исполнительного органа) или дуалистической (предполагает наличие руководящего органа и наблюдательного совета). Указание на выбранную модель управления должно содержаться в уставе SE (ст. 38 Регламента 2157/2001).

Такой подход к регулированию структуры управления SE явился компромиссом между странами ЕС, корпоративное законодательство которых предусматривает различные модели управления в акционерных обществах. Монистическая (романская или французская) модель характеризуется наличием в корпорации общего собрания участников (как ее основного, волеобразующего органа) и единоличного (главным образом волеизъявляющего) органа, к которому может добавляться и постоянно действующий коллегиальный орган (правление, совет), при этом оба последних органа считаются исполнительными органами корпорации[1]. В дуалистической (германской) обя-

[1] *Суханов Е. А.* Сравнительное корпоративное право [Электронный ресурс]. М., 2014 // КонсультантПлюс: Версия Проф / АО «Консультант Плюс». М, 2017.

зательным становится наличие между общим собранием и исполнительными органами компании промежуточного звена в виде наблюдательного совета. Он представляет собой постоянно действующий орган акционеров компании, создаваемый ее общим собранием и осуществляющий контроль за деятельностью ее исполнительных органов и за состоянием капитала компании[1].

Финансовая отчетность. SE составляет финансовую отчетность в соответствии с правом государства его места нахождения. Применительно к налогообложению также имеется отсылка к праву страны места нахождения, что является существенным фактором при выборе локализации общества. Основания и процедура прекращения, ликвидации, включая меры по защите интересов кредиторов, банкротство подчинены нормам об акционерных обществах страны места нахождения SE.

Правовое регулирование. Регламент № 2157/2001 является основным источником регулирования статуса SE. Им регламентируется ряд основополагающих вопросов создания и деятельности SE: правосубъектность, способы создания, минимальный размер уставного фонда, место регистрации, место нахождения, его перенос, отдельные вопросы управления, годовой и консолидированной отчетности, некоторые аспекты прекращения деятельности общества. В случаях, когда Регламент отсылает к уставным документам SE, подлежит применению устав. В отношении остальных аспектов деятельности SE в Регламенте установлены четкие правила выбора подлежащего применению права (ст. 9). Они подчинены национальному праву места нахождения SE. При этом сначала должны применяться нормы, издаваемые государствами специально для регулирования деятельности SE, и лишь затем нормы, касающиеся национальных акционерных обществ и устава SE.

Вопросы участия работников в управлении SE урегулированы директивой 2001/86 от 8.10.2001 «Об участии работников в управлении Европейской компанией», срок трансформации которой совпадает с моментом вступления в силу Регламента № 2157/2001.

Правовой статус ***Европейского кооператива*** (Societas cooperativa Europaea, далее — SCE) урегулирован Регламентом № 1435/2003 от 22.07.2003 о статуте Европейского кооператива[2]. Регламент вступил в силу 18 августа 2006 г. Данная организационная форма не нашла широкого применения в ЕС. По состоянию на ноябрь 2011 г. было зарегистрировано лишь 24 европейских кооператива[3].

---

[1] *Суханов Е. А.* Сравнительное корпоративное право. М., 2014. [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: Версия Проф / АО «Консультант Плюс». М., 2017.

[2] Регламент Совета № 1435/2003 от 22 июля 2003 г. о статуте Европейского кооператива (консолидированная версия) // Official J. L 207. 18.8.2003. P. 1—24.

[3] European Conference ‘Cooperative contributions to the EU 2020 strategy’ (Follow-up) [Electronic resource]. URL: http://ec.europa.eu/growth/content/european-conference-%E2%80%98co-operative-contributions-eu-2020-strategy%E2%80%99-follow_en (date of access: 15.01.2018).

Общая характеристика. SCE представляет собой наднациональную организационно-правовую форму юридического лица, уставный капитал которого разделен на паи. По общему правилу члены кооператива несут ответственность по его долгам только в пределах оплаченной части пая. Иное может быть предусмотрено в учредительных документах при образовании SCE, что должно найти отражение и в наименовании путем указания на ограниченную ответственность.

Основной целью SCE является удовлетворение потребностей его членов и/или содействие их коммерческой и/или социальной деятельности. Как правило, это осуществляется путем заключения между членами соглашений о поставках товаров, оказании услуг или проведении работ в рамках деятельности, которую осуществляет кооператив или позволяет осуществлять. Если иного не предусмотрено уставом, третьи лица, не являющиеся членами кооператива, не вправе участвовать в деятельности кооператива и пользоваться ею.

Участники. В качестве членов SCE могут выступать физические лица и компании. Они должны иметь установленную в Регламенте правовую связь с ЕС. Применительно к физическим лицам критерием выступает домицилий — лица должны проживать на территории стран — членов ЕС. Применительно к компаниям требуемая правовая связь с ЕС имеет место в случае, когда компания учреждена по праву одной из стран ЕС, а также имеет свое уставное место нахождения и административный центр на территории ЕС. В Регламенте предусмотрено одно исключение из данного требования. Государство — член ЕС вправе предусмотреть, что в создании SCE может участвовать компания, которая не имеет административного центра в ЕС, но создана по праву одного из государств — членов ЕС, имеет там свое уставное место нахождения и находится в фактической и длящейся связи с экономикой одного из государств — членов (п. 2 ст. 2 Регламента 1435/2003).

SCE, являясь наднациональной компанией, не может быть создано субъектами, подчиняющимися исключительно праву одного государства и не имеющими выхода за его пределы. Требуется, чтобы минимум две компании, участвующие в учреждении SE, были подчинены праву разных государств-членов либо чтобы компания имела дочернюю компанию или филиал в другом государстве-участнике не менее двух лет, применительно к физическим лицам — чтобы минимум двое из них проживали на территории разных стран ЕС.

Создание. Способы создания SCE предопределяются составом его учредителей. SCE может быть создан:

- пятью и более физическими лицами, проживающими не менее чем в двух разных государствах-членах;
- пятью и более физическими лицами или компаниями, созданными по праву государств-членов, которые соответственно проживают или подчиняются праву как минимум двух различных государств-членов;

• компаниями, созданными по праву государств-членов, которые подчиняются праву как минимум двух различных государств-членов;

• путем слияния национальных кооперативов, созданных по праву государств-членов и имеющих уставное и фактическое место нахождения в ЕС;

• путем преобразования кооператива, созданного по праву государства-члена и имеющего уставное и фактическое место нахождения в ЕС, при условии, что в течение не менее двух лет кооператив имел дочернюю компанию или филиал, подчиняющиеся закону другого государства-члена.

Минимальный размер уставного капитала SCE установлен на уровне 30 тыс. евро (п. 2 ст. 3 Регламента 1435/2003). При этом если в стране учреждения установлены нормы, фиксирующие более высокий размер уставного капитала для юридических лиц, занимающихся определенным видом деятельности, эти нормы подлежат применению. Уставный капитал объявляется в валюте страны местонахождения кооператива.

В качестве вклада в уставный фонд может выступать лишь имущество, экономическая оценка которого может быть установлена. Трудовые или гражданско-правовые обязательства участников не могут выступать в качестве вкладов. Денежные вклады в уставный фонд подлежат внесению в день вступления в кооператив в размере не менее 25 % их стоимости. Оставшаяся часть подлежит внесению в течение пяти лет, если иное не предусмотрено уставом кооператива. Иные вклады должны быть внесены к моменту вступления.

В зависимости от того, на территории какого государства ЕС создается SCE, могут иметь место расхождения по наименованию и количеству учредительных документов. В любом случае они должны быть составлены в письменной форме и подписаны учредителями, а также содержать минимально необходимую информацию, перечисленную в ст. 5 Регламента 1435/2003.

Регистрация SE осуществляется в торговом реестре страны места его нахождения.

Место нахождения SCE. Перенос места нахождения. Уставное место нахождения SCE должно находиться в пределах ЕС, а именно в том же государстве, где находится административный центр SCE (ст. 6 Регламента 1435/2003). Более того, государства вправе требовать в отношении кооперативов, зарегистрированных на их территории, чтобы уставное и фактическое место нахождения совпадали полностью.

Как и SE, Европейский кооператив вправе перенести место своего нахождения (в совокупности уставное и фактическое) в другое государство ЕС без прекращения правосубъектности. Процедура переноса места нахождения организационно сходна с процедурой, установленной для SE. Руководящим или исполнительным органом составляется и публикуется план переноса, который по содержанию должен удовлетворять установленным в Регламенте 1435/2003 требованиям. Вторым обязательным документом выступает отчет

о последствиях переноса, адресованный участникам, кредиторам, работникам и иным заинтересованным лицам, в котором указывается экономическая и юридическая целесообразность перемещения. Затем принимается решение о переносе места нахождения, производятся все требуемые формальности и расчеты, после чего компетентный государственный орган страны места нахождения выдает документ о соблюдении всех требуемых до переноса формальностей и совершении обязательных действий. По предъявлении данного документа и выполнении всех требуемых для регистрации формальностей происходит внесение сведений о SCE в торговый регистр по новому месту регистрации. По общему правилу перенос места нахождения имеет юридическую силу для третьих лиц с момента опубликования информации о внесении SCE в регистр принимающего государства.

Правовое регулирование. Регламент 1435/2003 включает 80 статей и содержит нормы о признаках, способах создания SCE, иерархии источников правового регулирования, минимальном размере и порядке формирования уставного фонда, минимальном содержании учредительных документов, переносе места нахождения, членстве в кооперативе, прекращении деятельности путем реорганизации в национальный кооператив, отчетности и др. В случаях, когда Регламент отсылает к учредительным документам SCE, подлежат применению их нормы. В отношении остальных вопросов деятельности SCE в Регламенте установлена отсылка к национальному праву места нахождения SCE. При этом сначала следует обращаться к специальным национальным нормам о SCE, затем к нормам, регламентирующим деятельность национальных кооперативов, и к нормам учредительных документов. Более того, специальные нормы, регулирующие тот или иной вид деятельности в конкретном государстве, в полной мере применяются к SCE, осуществляющим соответствующий вид деятельности. Вопросы участия работников в управлении SE урегулированы директивой об участии работников в управлении кооперативом, которая вступила в силу одновременно с Регламентом 1435/2003.

Обобщение. Характерным признаком для всех трех европейских организационно-правовых форм является то, что они созданы на наднациональном уровне. Тем не менее установить все вопросы частноправового статуса наднациональной компании лишь на основании норм регламентов ЕС, без обращения к национальному праву страны места нахождения компании не представляется возможным. Для этого потребуется применение двух регулирующих систем: европейского права и национального права того государства, на территории которого компания имеет уставное и фактическое место нахождения.

Наднациональные компании регистрируются в национальных реестрах (регистрах) по месту их нахождения, общеевропейского наднационального реестра не существует.

Наднациональные компании имеют возможность трансграничного перемещения по территории ЕС без утраты гражданской правосубъектности, т. е. они вправе перенести уставное и фактическое место нахождения из одного государства — члена ЕС в другое, не прибегая к процедурам ликвидации и реорганизации. Такой перенос будет означать автоматическое изменение субсидиарно применимого национального права, что, в свою очередь, может повлечь изменение многих вопросов, определяемых законом юридического лица. Таким образом, в связи с наличием национальных особенностей во внутреннем корпоративном законодательстве стран ЕС наднациональная организационно-правовая форма приобретает различное содержание в зависимости от субсидиарно применимого национального права.

Названные особенности следует учитывать при применении коллизионного законодательства Республики Беларусь, нормы которого определяют закон юридического лица по праву страны, где это юридическое лицо учреждено.

Вопросы для самоконтроля

1. Что понимается под терминами «национальность юридического лица» и «личный закон юридического лица»? По каким критериям их можно разграничить?
2. Какие вопросы разрешаются в соответствии с личным законом юридического лица?
3. Каковы критерии определения национальности/личного закона юридических лиц? В чем их достоинства и недостатки?
4. Что такое «статутарная/реальная оседлость»?
5. Каким образом вопросы признания государствами юридических лиц, созданных в других государствах, разрешаются на международно-правовом уровне?
6. Какова сфера действия личного закона юридического лица?

Список литературы

Аристова, Е. А. Институт ответственности трансграничных корпоративных групп в международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. А. Аристова. М., 2013.

Иншакова, А. О. Унификация корпоративного регулирования в Европейском Союзе и Содружестве Независимых Государств : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / А. О. Иншакова. М., 2008.

Канашевский, В. А. О праве, применимом к офшорным трастам, и об их признании [Электронный ресурс] / В. А. Канашевский // КонсультантПлюс: Версия Проф. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр». М., 2018.

Фатхуллин, Р. О. Правовое положение транснациональных корпораций : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.030 / Р. О. Фатхуллин. М., 2014.

ГЛАВА 10
ГОСУДАРСТВО В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

10.1. Участие государства в частноправовых отношениях с иностранным элементом

В соответствии с абз. 5 ч. 2 ст. 2 ГК Республики Беларусь субъекты гражданского права участвуют в гражданских отношениях на равных, равны перед законом, не могут пользоваться преимуществами и привилегиями, противоречащими закону, и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту прав и законных интересов (принцип равенства участников гражданских отношений).

Республика Беларусь является самостоятельным субъектом гражданских отношений. В отличие от остальных субъектов гражданского права Республика Беларусь в силу своих властных полномочий обладает особым статусом и имеет специфический правовой режим правоотношений, в которых принимает участие.

Согласно ст. 124 ГК Республика Беларусь, ее административно-территориальные единицы участвуют в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных с иными участниками этих отношений — физическими и юридическими лицами.

К Республике Беларусь применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательства или особенностей данных субъектов (п. 2 ст. 124 ГК Республики Беларусь).

В соответствии с п. 1 ст. 125 ГК Республики Беларусь от имени Республики Беларусь могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде государственные органы в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов.

Государство может считаться непосредственно участвующим в гражданском обороте лишь тогда, когда в законодательстве содержится полномочие какого-либо органа государства совершить действие от его имени[1].

Пунктом 3 ст. 125 ГК Республики Беларусь установлено, что в случаях и порядке, предусмотренных законодательством Республики Беларусь, от

[1] Гражданское право : учебник : в 2 ч. / под общ. ред. проф. В. Ф. Чигира. Минск, 2000. Ч. 1. С. 358.

имени Республики Беларусь по ее специальному поручению могут выступать иные государственные органы, не упомянутые в ст. 125 ГК Республики Беларусь, а также юридические лица и граждане.

В юридической литературе описываются довольно курьезные случаи, связанные с осуществлением гражданами каких-либо полномочий от имени государства. Так, например, в 1992 г. российский министр, временно занимая пост заместителя Председателя Правительства России, выдал от имени Российской Федерации доверенность, на основании которой действующий по этой доверенности поверенный продал одной немецкой фирме, находящейся в Берлине, Российский дом науки и культуры. По действовавшему в тот момент законодательству России только Правительство Российской Федерации могло выдавать доверенности на совершение подобного рода сделок. Немецкий суд согласился с доводами российской стороны и признал договор купли-продажи недействительным как заключенный лицом, не имеющим полномочий на распоряжение таким имуществом[1].

Специфика статуса Республики Беларусь в гражданско-правовых отношениях с участием иностранного элемента ярко проявляется при заключении инвестиционных соглашений. Порядок заключения инвестиционного договора между инвестором (инвесторами) и Республикой Беларусь установлен Декретом Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 года № 10 «О создании дополнительных условий для осуществления инвестиций в Республике Беларусь».

Государство может выступать в международных частноправовых отношениях также в качестве эмитента государственных эмиссионных ценных бумаг. Согласно п. 1 ст. 56 Бюджетного кодекса Республики Беларусь государственными ценными бумагами являются ценные бумаги, эмитируемые (выдаваемые) Министерством финансов от имени Республики Беларусь.

Государство может вступать во внешнеэкономические отношения и для привлечения займов.

10.2. Коллизионное регулирование частноправовых отношений с участием государства

В соответствии со ст. 1114 ГК Республики Беларусь к гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом с участием государства правила разд. VII ГК Республики Беларусь применяются на общих основаниях, если иное не предусмотрено законодательными актами.

В научной литературе отмечается, что государство не может претендовать на какое-либо исключительное или привилегированное положение по

[1] *Канашевский В. А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008.

сравнению с другими субъектами гражданского права и в случае, когда эти отношения осложнены иностранным элементом, например в случае применения российских коллизионных норм, правил о взаимности, обратной отсылке, оговорке о публичном порядке[1].

Республика Беларусь либо иностранное государство в соответствии с положениями п. 1 ст. 1124 ГК Республики Беларусь могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению с другой стороной право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору, если это не противоречит законодательству.

При отсутствии подобного соглашения применимое к соглашению право будет определяться в соответствии с правилами ст. 1125 ГК Республики Беларусь.

В то же время в научной литературе справедливо отмечается, что при решении коллизионной проблемы применительно к отношениям с участием государства использование ряда привязок, таких как место жительства и основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, для определения страны, с которой договор наиболее тесно связан, вряд ли обладает практическим значением, если государство исполняет обязательства, имеющие решающее значение. В данном случае суд должен применить право иностранного государства, а квалифицирующие признаки места жительства или места деятельности утрачивают свое значение[2].

Необходимо отметить, что многосторонние международные договоры, заключенные между странами СНГ и посвященные вопросам международного частного права, не содержат в себе детального правового регулирования вопросов участия государства в международных частноправовых отношениях. Правовое регулирование коллизионных отношений с участием государства носит в подобных международно-правовых актах скорее эпизодический характер.

Так, Конвенция о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенная в г. Кишиневе 7 октября 2002 г., в ст. 49, регулируя вопросы перехода наследства к государству, устанавливает: «Если по законодательству Договаривающейся Стороны, подлежащему применению при наследовании, наследником является государство, то движимое наследственное имущество переходит Договаривающейся Стороне, гражданином которой является наследодатель в момент смерти, а недвижимое наследственное имущество переходит Договаривающейся Стороне, на территории которой оно находится».

---

[1] Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М., 2002. С. 402.

[2] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части третьей (постатейный) / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова. М. : Юрайт, 2004.

Пункт 4 ст. 4 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, заключенного в г. Киеве 20 марта 1992 г., устанавливает правила подсудности дел с участием государственных органов.

10.3. Иммунитет государства в международном частном праве

10.3.1. Понятие и правовое обоснование иммунитета иностранного государства

Сделки, совершаемые государством, имеют особый правовой режим. Особенности правового регулирования частноправовой деятельности государства предопределены его суверенитетом. Вступая в гражданско-правовые отношения, государство не теряет свои качества как суверена. Суверенитет предполагает наличие у государства целого комплекса иммунитетов[1].

Термин «иммунитет» происходит от латинских слов — прилагательного immunis (свободный от чего-либо, освобожденный) и существительного immunitas (освобождение от налогов, от службы и т. п.).

В теории права под иммунитетом понимают особый вид привилегий, которые наделяют своих обладателей правовой неприкосновенностью.

Под *юрисдикционным иммунитетом* в международном праве понимается право суверенного государства на освобождение от применения к нему полномочий по вынесению судебных решений, обычно принимаемых на себя, судом или магистратом в рамках правовой системы государства территории, а также в связи с неосуществлением всех других административных и исполнительных полномочий независимо от того, о каких мерах, процедурах и властях государства территории в связи с судебным разбирательством идет речь.

Данная концепция охватывает весь судебный процесс: от начала процесса или возбуждения разбирательства, вручения судебных повесток, следствия, допроса, собственно суда, постановлений, определяющих временные или промежуточные меры, до вынесения решений и их исполнения или приостановления и последующего освобождения от их исполнения.

Более общее и простое определение дается Г. Штайнбергером: «Право иммунитета государства понимается как совокупность юридических принципов и норм, в соответствии с которыми иностранное государство может заявлять право на изъятие из-под юрисдикции иностранного государства, приостановление осуществления или неподчиненность юрисдикции другого государства»[2].

---

[1] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : учебник. М., 2005. С. 156.

[2] *Кравченко О. И.* Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности : дис. … канд. юрид. наук :12.00.03. Минск, 1998.

Иммунитетом в международном частном праве именуется система льгот, заключающаяся в определенном изъятии из-под действия национального законодательства и судопроизводства.

Н. А. Ушаков определяет термин «иммунитет» как «изъятие или освобождение от юрисдикции, что равнозначно неподчинению юрисдикции», а под термином «юрисдикция» — осуществление государством своих властных полномочий: «власть, будучи единой, проявляется как власть законодательная, исполнительная и судебная, что и понимается в данном случае под термином “юрисдикция”. Следовательно, принцип иммунитета государства означает, что каждое государство пользуется иммунитетом от законодательной, административной и судебной юрисдикции другого государства. Таким образом, законодательство государства не может предписывать юридически обязательные правила поведения другим государствам, а его административные и судебные инстанции не могут осуществлять свои властные правомочия в отношении иностранного государства». Подводя итог анализа понятия иммунитета государства, А. Н. Ушаков пишет, что в международном праве под иммунитетом государства подразумевается неприменение к иностранному государству законов данного государства[1].

Г. К. Дмитриева отмечает, что можно дать два определения иммунитета государства в зависимости от того, с позиции какого государства его рассматривать: либо с позиции государства, осуществляющего деятельность на территории иностранного государства, либо с позиции принимающего государства. В целом это будут две стороны одного и того же явления:

а) иммунитет — это право государства на освобождение от юрисдикции другого государства, т. е. право на неприменение к нему принудительных мер со стороны судебных, административных и иных органов другого государства;

б) иммунитет — частичный отказ государства от осуществления своей юрисдикции, т. е. отказ от применения принудительных мер своими судебными, административными и другими государственными органами в отношении иностранного государства[2].

В научной литературе отмечается, что признание иммунитета государства за рубежом основывается не только на положениях внутреннего права соответствующих иностранных государств, но и на общепризнанных принципах и нормах международного права.

В 1951 г. английский ученый Лаутерпохт поставил под сомнение существование в международном праве общепризнанной императивной нормы, запрещающей осуществление юрисдикции в отношении иностранных го-

[1] См. *Галстян Р. Р.* Иммунитеты государств : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. Минск, 1999.

[2] *Виноградова Р. И., Дмитриева Г. К., Репин В. С.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / под ред. В. П. Мозолина. М., 2002.

сударств в случае совершения последними действий, относящихся к сфере гражданско-правового регулирования. Он аргументировал свою позицию следующими доводами: во-первых, в судебной практике ряда стран применялось ограничение юрисдикционных иммунитетов иностранных государств, но это не вызывало особого протеста со стороны государств, в отношении которых суды осуществляли юрисдикцию, — очевидно, что все обстояло бы иначе в случае существования в международном праве четкой императивной нормы, провозглашающей полный иммунитет государства от юрисдикции судов другого государства. Во-вторых, тот факт, что в некоторых странах юрисдикционный иммунитет предоставлялся иностранному государству на основе взаимности, говорит об отсутствии императивной нормы, обязывающей признавать юрисдикционный иммунитет иностранного государства: «на основе взаимности делаются уступки или предоставляются привилегии, которые согласно международному праву, государства не обязаны предоставлять друг другу»[1].

И. О. Хлестова отмечает: «...судебная практика ограниченного круга стран не может служить доказательством существования универсальной нормы международного права, представляющей государству ограниченный иммунитет»[2].

И. О. Хлестова указывает и на то, что нормы об иммунитете иностранного государства представляют общепризнанный принцип современного международного права, который имеет диспозитивный характер. Принцип иммунитета иностранного государства не является нормой *jus cogens* в международном праве. Принцип иммунитета иностранного государства не относится к общим принципам международного права. Этот принцип базируется на обычной норме международного права. Сфера применения нормы, основанной на теории абсолютного иммунитета иностранного государства, постоянно сужается, а сфера применения нормы, которая базируется на теории функционального иммунитета, неуклонно расширяется. Принцип иммунитета иностранного государства является принципом международного публичного права, его детализация, конкретное содержание раскрывается нормами международного частного права[3].

На наш взгляд, наиболее верно статус института иммунитета иностранного государства отражен в преамбуле к Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. (далее — Конвенции ООН 2004), в которой указы-

[1] *Галстян Р. Р.* Иммунитеты государств : дис. … канд. юрид. наук :12.00.03. Минск, 1999.

[2] Цит. по: *Кравченко О.* Юрисдикционные иммунитеты государств: перспективы кодификации // Журн. междунар. права и междунар. отношений. 1998. № 2. С. 47—55.

[3] *Хлестова И. О.* Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства : дис. … д-ра юрид. наук :12.00.03. М., 2003. С. 256.

вается, что государства — участники настоящей Конвенции считают, что юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права.

10.3.2. Виды иммунитета государства

В научной литературе выделяют несколько видов иммунитета государства.

Так, профессор И. О. Хлестова выделяет три вида иммунитета иностранного государства:

а) судебный иммунитет, т. е. неподсудность иностранного государства судам другого государства;

б) иммунитет от предварительного обеспечения иска;

в) иммунитет от принудительного исполнения судебного решения.

Совокупность всех трех видов иммунитета называется юрисдикционным иммунитетом иностранного государства.

Судебный иммунитет предполагает, что:

1) ни одно государство не может принудить иностранное государство выступать в качестве ответчика в судах первого государства;

2) иностранное государство подсудно судам другого государства, только если иностранное государство ясно выразило согласие на это;

3) ни одно государство не может отказать иностранному государству в праве выступать истцом в судах первого государства.

Иммунитет от предварительного обеспечения иска означает, что в порядке обеспечения иска имущество иностранного государства не может быть подвергнуто принудительным мерам, например аресту, секвестру со стороны другого государства. Иммунитет от исполнения предполагает, что недопустимо обращать на имущество иностранного государства меры принудительного исполнения судебного решения[1].

Необходимо отметить, что выделение данных трех видов иммунитета государства в правовой доктрине является классическим и находит свое отражение как в национальном законодательстве различных государств, так и на уровне международно-правовых актов.

Кроме вышеизложенных в научной литературе выделяют следующие виды иммунитетов.

Иммунитет собственности государства означает правовой режим неприкосновенности государственной собственности, находящейся на территории иностранного государства.

---

[1] *Хлестова И. О.* Иммунитет иностранного государства и международный коммерческий арбитраж // Междунар. коммерческ. арбитраж. 2004. № 3. С. 5—15.

С иммунитетом собственности государства тесно связана «доктрина акта государства» — если государство заявляет, что имущество принадлежит ему, то суд иностранного государства не вправе подвергать это заявление сомнению. Никакие иностранные компетентные органы не могут рассматривать вопрос, принадлежит ли собственность действительно государству, если государство заявляет, что собственность принадлежит ему. Общеизвестно заявление английского суда по делу «Лютер против Сегора» (1921 г.), связанному с национализацией частной собственности в Советской России: «Если г-н Красин привез товары в Англию и от имени своего правительства заявляет, что они принадлежат русскому правительству, то ни один английский суд не может проверять, соответствует ли такое заявление действительности. Подобное расследование противоречило бы международной вежливости в отношениях между независимыми суверенными государствами»[1].

Еще одним из видов иммунитета государства, на который обращается внимание ученых, является коллизионный иммунитет государства. Сущность данного вида иммунитета в том, что к частноправовым отношениям государства должно применяться только его собственное право. Все сделки государства подчиняются национальному праву государства.

Как отмечает Л. П. Ануфриева, данный вид иммунитета имманентен тем составным частям суверенитета, которые именуются независимостью и верховенством. Действительно, если государство независимо и обладает верховенством, то невозможно без его согласия подчинить его действия иному закону, кроме собственного. Действия государства определяются его внутренним правопорядком и нормами международного права, но никак не законами другого государства. Отсюда следует, что в гражданско-правовых отношениях государство подчиняется только собственному законодательству, если не согласилось на иное. Вследствие этого при заключении государством частноправовой сделки с иностранным физическим или юридическим лицом в случае, если стороны не определили применимое к их отношениям право (т. е. отсутствовала явно выраженная воля государства), договор будет регулироваться правом данного государства.

Постоянная палата международного правосудия в Гааге 12 июня 1929 г., разрешая дела о займах югославского и бразильского правительств («дела о сербских и бразильских займах»), размещенных среди французских граждан, признала, что вопрос о силе «золотой оговорки» по этим займам подчинен законам Югославии и Бразилии, а не французскому законодательству, ибо «к особенностям суверенного государства относится то, что оно не предполагается подчинившим существо и действительность своих обязательств иному закону, нежели своему собственному».

[1] *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право : учебник. М., 2005. С. 157.

Таким образом, ни одно государство не может требовать от иностранного государства подчинения «чужому» законодательству. В силу этого при заключении международно-правовых договоров государства особо оговаривают подобного рода аспекты своих отношений[1].

10.3.3. Концепции абсолютного и ограниченного иммунитета государства

Иммунитет иностранного государства предполагает, что ни одно государство не может осуществлять свою власть в отношении другого государства.

Начиная со Средних веков это положение происходит из личного иммунитета суверена от юрисдикции другого государства и выражается формулой *par in parem non habet imperium*. На этой формуле основывается теория абсолютного иммунитета иностранного государства.

В Средние века иммунитет применялся к владениям как короля, так и других привилегированных лиц, особенно духовенства. Римский император Гонорий положил начало пониманию иммунитета как слияния привилегии и освобождения от общей юрисдикции, предоставленного им духовенству[2].

В начале XIX в. теория абсолютного иммунитета иностранного государства была сформулирована и поддержана решениями судов стран общего права.

К примеру, в 1812 г. Верховный суд США в решении по делу «The Schooner Exchange v. M'Fadden» признал иммунитет французской военной шхуны, несмотря на то что последняя, будучи собственностью гражданина США, была захвачена французскими военными кораблями и введена в состав ВМС Франции. В решении Верховного суда по иску бывших владельцев шхуны о восстановлении права собственности указано, что иск к суверенному государству не может быть принят к рассмотрению судом другого государства, ибо в силу равноправия и независимости суверенных государств они вынуждены отказаться от права на абсолютную юрисдикцию: «Эта полная и абсолютная территориальная юрисдикция, будучи атрибутом каждого государства… не должна рассматривать иностранные государства и их суверенные права в качестве своих объектов». Кроме того, в решении суда подчеркивалось, что шхуна «Exchange» обладала объемом иммунитетов, равным иммунитетам глав государств (суверенов) или представителей государства за границей[3].

Норма абсолютного иммунитета государства и его собственности была сформулирована в решении Федерального суда по южному округу

---

[1] *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : учебник : в 3 т. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. Т. 2 : Особенная часть.

[2] Там же.

[3] *Галстян Р. Р.* Иммунитеты государств : дис. … канд. юрид. наук : 12.00. Минск, 1999.

г. Нью-Йорка, вынесенном 5 июня 1931 г. по иску Банка Франции к двум американским банкам о выдаче американского золота, вывезенного в США и депонированного в двух упомянутых банках. В этом деле американский суд в следующих выражениях сформулировал принцип неприкосновенности иностранного суверена и его имущества: «Одним из свойств государственного суверенитета… является свобода от исков со стороны иностранцев. Если гражданин иностранного государства имеет требование к другому государству или его органу, то он не может предъявить исковое требование к такому признанному суверену. Было бы нарушением принципа государственного суверенитета, если бы мы разрешили иск к такому правительству без его согласия»[1].

К концу XIX — началу XX в. в промышленно развитых странах государство стало участвовать в хозяйственной деятельности, что привело к созданию государственной, национализированной промышленности, которая связана с международными товарными и финансовыми рынками. Иными словами, государства стали от своего имени вступать в различные внешнеторговые сделки. К тому же государства начинают обращаться к иностранным частным банкам для получения займов. Это обусловило возникновение теории функционального (ограниченного) иммунитета иностранного государства.

Теория функционального иммунитета исходит из того, что иммунитет иностранному государству предоставляется лишь в тех случаях, когда оно осуществляет суверенные функции, т. е. действия *jure imperium*. Если же иностранное государство заключает торговые сделки, эксплуатирует торговый флот, т. е. совершает действия *jure gestionis*, оно не пользуется иммунитетом[2].

Уже в конце XIX в. суды некоторых стран (Бельгия, Италия) в целях защиты прав и законных интересов граждан начали ограничивать иммунитеты иностранных государств.

В 1857 г. Апелляционный суд в Бельгии одобрил решение торгового трибунала Антверпена о выплате правительством Перу денежной компенсации за материальный ущерб, причиненный бельгийским гражданам вследствие введения монополии на гуано в Перу[3].

Развитию концепции ограниченного иммунитета способствовали решения египетских судов. Особенность судебной практики Египта заключалась в том, что при рассмотрении дел, в которых одной из сторон выступали иностранные граждане или государства, судебный состав формировался не только из граждан Египта, но и из числа иностранных судей. Несмотря на

[1] *Фисенко В. Н., Фисенко И. В.* Международное частное право. Специальная часть. Книга I. Минск, 1993.

[2] *Хлестова И. О.* Иммунитет иностранного государства и международный коммерческий арбитраж // Междунар. коммер. арбитраж. 2004. № 3. С. 5—15.

[3] *Галстян Р. Р.* Иммунитеты государств : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. Минск, 1999.

интернациональный состав, судьи действовали согласно египетскому праву и назначались правительством Египта. Смешанные суды были учреждены в 1875 г. с целью разрешения дел, в которых фигурировали граждане иностранных государств. Смешанные суды были упразднены только в 1949 г. В вопросе иммунитетов иностранных государств смешанные суды придерживались принципа ограниченного иммунитета. В судебный состав, кроме прочих, входили и граждане США, Франции, Англии, суды которых в то время применяли принцип абсолютного иммунитета. Однако представители вышеперечисленных стран в смешанных судах высказывались за ограничение иммунитета иностранного государства. Как отмечает египетский юрист Г. Бадр, решения смешанных судов по вопросу иммунитетов государств отражали не только египетскую, но и общую позицию судей, представлявших различные судебные системы.

Необходимо отметить, что кроме Египта еще целый ряд стран пошел по пути закрепления принципов ограниченного иммунитета иностранного государства путем вынесения судебных решений, которые впоследствии становились судебными прецедентами (Бельгия, Италия, Франция, ФРГ, Австрия, Швейцария, Нидерланды, Швеция, Аргентина, Дания, Греция, Ливан, Норвегия, Ирландия, Исландия, Финляндия)[1].

В середине второй половины XX века в национальном законодательстве различных государств начинают появляться законодательные акты, закрепляющие концепцию ограниченного иммунитета.

Первыми из законов об иммунитете иностранного государства являлись: Закон США об иммунитете иностранных государств 1976 г., Закон Соединенного Королевства об иммунитете государства 1978 г., Закон Сингапура об иммунитете государства 1979 г., Ордонанс Пакистана об иммунитете государства 1981 г., Закон Южно-Африканской Республики об иммунитете иностранных государств 1981 г., Закон Канады об иммунитете государства 1982 г., Закон Австралии об иммунитетах государств 1985 г.

Основные общие черты рассматриваемых актов:

- все акты придерживаются теории ограниченного иммунитета государства и называют, либо прямо перечисляя, либо употребляя более общие положения, категории исков, по отношению к которым иностранное государство не может ссылаться на иммунитет;
- во всех этих актах принята объективная дефиниция актов государства публичного характера, по отношению к которым общепризнано применяется принцип государственного иммунитета. Акты иностранного государства, которые имеют частный характер, не могут подпадать под сферу действия иммунитета даже тогда, когда эти акты имеют политическую мотивацию и осуществляются в государственных целях.

[1] *Галстян Р. Р.* Иммунитеты государств : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. Минск, 1999.

Вместе с тем все семь документов отличаются друг от друга подходом к режиму иммунитета государства от исполнительных мер органов иностранного государства. Рассмотрение основных источников прав и обязательств, которые дают возможность предъявить иск к иностранному государству в местном суде, а также конкретных положений иностранных национальных законов в отношении вышеназванных источников выявляет дополнительные различия, которые не имеют принципиального характера. Так, в законах содержатся различия по поводу видов субъектов, которым предоставляется право на государственный иммунитет[1].

Отметим, что 3 ноября 2015 г. в Российской Федерации был принят Федеральный закон № 297-ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации».

На положениях теории функционального иммунитета основан ряд международных актов. Одним из них является Брюссельская конвенция для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов от 10 апреля 1926 г. и Дополнительный протокол к ней 1934 г. Брюссельская конвенция 1926 г. приравнивает режим государственных торговых судов и грузов, находящихся в собственности негосударственных физических и юридических лиц, допуская арест государственных иностранных судов и грузов и обращение на них взыскания.

Другим важным документом в данной сфере можно признать Европейскую конвенцию об иммунитете государств, заключенную странами Совета Европы 16 мая 1972 г. в г. Базеле. Эта Конвенция не распространяется на разбирательства относительно социального обеспечения, возмещения ядерного ущерба или вреда, разбирательства, связанные с управлением государственными морскими судами. Наиболее важная черта Европейской конвенции 1972 г. в том, что ее составители стремились урегулировать не только вопросы юрисдикционного иммунитета, но и вопросы признания и приведения в исполнение судебных решений, вынесенных против иностранного государства. Цель Европейской конвенции 1972 г. не просто установить случаи, когда иностранное государство не вправе ссылаться на иммунитет, но еще и обеспечить признание и исполнение судебных решений, вынесенных против иностранного государства[2].

В соответствии с Европейской конвенцией 1972 г. государство, против которого вынесено решение, обязано его исполнить. Исключение составляют строго ограниченные случаи: если решение противоречит публичному порядку страны исполнения; если разбирательство между теми же сторона-

[1] *Кравченко О. И.* Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности.

[2] *Хлестова И. О.* Иммунитет иностранного государства и международный коммерческий арбитраж // Междунар. коммерчес. арбитраж. 2004. № 3. С. 5—15.

ми имеется в производстве суда другого участника Европейской конвенции и возбуждено там первым; если не были соблюдены требования о вручении судебных повесток, представители государства не явились в суд и не была принесена апелляция на заочное судебное решение.

Если государство не исполняет судебное решение, сторона, добивающаяся его исполнения, вправе обратиться в суд государства, против которого вынесено решение. Этот суд должен определить, подлежит ли исполнению вынесенное против этого государства решение. При ратификации, утверждении или присоединении к Европейской конвенции государство-участник указывает такие компетентные суды.

Никакие принудительные меры не применяются в отношении собственности иностранного государства, которая находится на территории государства суда. Такие меры могут применяться только при условии, если иностранное государство в письменной форме согласилось на их применение[1].

Основным международно-правовым документом, регулирующим вопросы предоставления иммунитета при разрешении коммерческих споров, является Конвенция ООН 2004 г., проект которой с 1979 г. разрабатывался Комиссией ООН по международному праву.

В ст. 2 Конвенции ООН 2004 г. содержится определение понятия «государство», которое означает:

1) государство и его различные органы управления;

2) составные части федеративного государства, его политические подразделения, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве;

3) учреждения, институции, организации в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства;

4) представители государства, действующие в этом качестве.

Понятие «государство» охватывает все иностранные государства независимо от формы правления.

Конвенция ООН 2004 г. (п. 3 ст. 10) устанавливает важное правило в отношении государственных предприятий или других образований, учрежденных государством, которые наделены независимой правосубъектностью и способны: а) предъявлять иски, быть ответчиком; б) приобретать имущество, иметь его в своей собственности или владеть и распоряжаться им. Если такая организация участвует в разбирательстве относительно коммерческой сделки, заключенной ею, то она не пользуется иммунитетом, который предоставляется государству. Здесь имеются в виду самостоятельные

[1] *Хлестова И. О.* Российское законодательство об иммунитете иностранного государства: тенденции развития // Журн. рос. права. 2004. № 7.

государственные организации, например государственные унитарные предприятия, осуществляющие внешнеэкономическую деятельность[1].

Главными критериями, разграничивающими действия государства на осуществляемые в качестве носителя суверенной власти (*jure imperii*) и в качестве частного лица (*jure gestionis*), являются критерий правовой природы действий государства и критерий цели действий.

До недавнего времени в литературе не было единого подхода к решению данной проблемы.

Эта проблема решена в тексте Конвенции ООН 2004 г.

В соответствии с п. 1 ст. 10 Конвенции ООН 2004 г. иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства при разбирательстве относительно коммерческой сделки. Под коммерческой сделкой понимаются: а) любой коммерческий контракт или сделка купли-продажи товаров или о предоставлении услуг; б) любой контракт о займе или иная сделка финансового характера, включая любое обязательство по гарантии или компенсации в отношении любого такого займа или сделки; в) любой иной контракт или сделка финансового, коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудовых договоров. К коммерческим сделкам Конвенция ООН 2004 г. относит все виды сделок купли-продажи товаров, предоставления услуг, договоры займа, кредитные договоры, предоставление государством гарантий при осуществлении сделок физическими и юридическими лицами.

Для определения коммерческого характера сделки в Конвенция ООН 2004 г. используются два критерия.

Первый — природа контракта или сделки.

Второй — цель, если: а) стороны договорились об этом; б) согласно практике государства суда эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера сделки.

Использование такого двойного подхода предоставляет государствам-ответчикам возможность доказать, что в их практике ту или иную сделку следует рассматривать как сделку некоммерческого характера в силу ее цели, которая имеет явно государственное значение и обосновывается «соображениями государственной важности», например закупка продовольствия для населения в целях борьбы с голодом, оказания помощи пострадавшим районам или закупка медикаментов для борьбы с распространением эпидемии, при условии, что заключение таких сделок в государственных целях является практикой данного государства.

Использование двойного подхода к выбору критерия для определения природы действия государства оправдано необходимостью сокращения чис-

[1] *Хлестова И. О.* Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. С. 4—15.

ла споров, возникающих при применении одного критерия, например критерия характера сделки. Таким образом, рассматриваемое положение имеет целью обеспечить дополнительный критерий для определения в некоторых случаях того, какой характер имеет та или иная сделка купли-продажи товаров или предоставления услуг — коммерческий или некоммерческий.

Возможность ссылаться как на критерий цели, так и характер сделки обеспечивает сбалансированный подход[1].

В соответствии со ст. 7 Конвенции ООН 2004 г. иностранное государство не пользуется иммунитетом, если явно выразило согласие на осуществление судом другого государства-участника юрисдикции в силу:

а) международного соглашения;

б) письменного контракта;

в) заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства.

Таким образом, Конвенция ООН 2004 г. устанавливает формы явного отказа государства от иммунитета. Согласно п. 2 ст. 7 Конвенции ООН 2004 г. согласие государства на применение законодательства другого государства не рассматривается как согласие на осуществление юрисдикции судами этого государства.

В Конвенции ООН 2004 г. содержатся и нормы, касающиеся подразумеваемого согласия (ст. 8, 9 Конвенции ООН 2004 г.). Так, государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, если само возбудило разбирательство или приняло участие в разбирательстве существа дела или предприняло какое-либо иное действие по существу дела. Однако если государство докажет в суде, что ему не могло быть известно о фактах, послуживших основанием для заявления об иммунитете, до тех пор, пока оно не предприняло такого действия, оно может ссылаться на иммунитет на основании этих фактов при условии, что сделает это в ближайшее по возможности время. Государство не рассматривается как согласившееся на осуществление юрисдикции судом другого государства, если вступает в разбирательство или предпринимает какое-либо другое действие с единственной целью: сослаться на иммунитет или привести доказательства своего права или интереса в отношении собственности, которой касается разбирательство. Статья 5 Конвенции ООН 2004 г. устанавливает общий принцип иммунитета иностранного государства: государство пользуется иммунитетом в отношении себя и своей собственности от юрисдикции судов другого государства с учетом ее положений.

В Конвенции ООН 2004 г. предусмотрен запрет на применение предварительных мер, а также совершение исполнительных действий, например

[1] *Кравченко О.* Юрисдикционный иммунитеты государств: перспективы кодификации // Журн. междунар. права и междунар. отношений. 1998. № 2. С. 47—55.

ареста собственности иностранного государства, за исключением случаев, когда государство прямо согласилось на принятие таких мер, которые указаны в международном соглашении, арбитражном соглашении или в письменном контракте, в заявлении перед судом, в письменном сообщении после возникновения спора между сторонами, или иностранное государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом разбирательства.

Конвенция ООН 2004 г., с учетом того что в ней содержатся достаточно широкие изъятия из иммунитета от исполнительных действий, выделяет особые категории собственности, которые пользуются полным иммунитетом от исполнительных действий. К ним относятся:

а) собственность, включая любой банковский счет, используемая или предназначенная для использования при исполнении дипломатического представительства государства, его консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях;

б) собственность военного характера, используемая или предназначенная для исполнения военных функций;

в) собственность центрального банка или иного финансового органа государства;

г) собственность, составляющая часть культурного наследия государства или часть его архивов, не выставленная на продажу или не предназначенная для продажи;

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

В целом теория ограниченного иммунитета иностранного государства более адаптирована к существующей правовой действительности, поэтому представляется оправданным проводить работу, направленную на присоединение Республики Беларусь к Конвенции ООН 2004 г.

Завершая анализ положений теории ограниченного иммунитета, нельзя не вспомнить о ее недостатках, на которые указывают некоторые юристы.

К примеру, в качестве значительного недостатка теории ограниченного иммунитета рассматривается следующее: чтобы определить характер действия государства, суд должен рассмотреть такое действие. Таким образом, все действия государства *a priori* подчинены юрисдикции иностранного суда. Более того, суд, а не государство, осуществляющее то или иное действие, должен ответить на вопрос, является ли действие государства *jure imperii* или *jure gestionis*. Это значит, что мнение иностранного суда превалирует над мнением суверенного государства[1].

[1] *Кравченко О.* Юрисдикционный иммунитет государства: абсолютный или ограниченный? // Журн. междунар. права и междунар. отношений. 1998. № 1. С. 48—54.

В споре между сторонниками теории ограниченного иммунитета и сторонниками теории абсолютного иммунитета последние обозначали следующую проблему: как к действиям государства могут применяться нормы, неизвестные внутреннему праву такого государства? Согласно теории абсолютного иммунитета характер действий иностранного государства и его органов может определяться только правом этого государства, а право другого иностранного государства должно применяться только в том объеме и таким образом, как оно применяется и толкуется в таком иностранном государстве. Если внутреннее право государства не знает деления на публичное и частное, такое деление не может применяться.

10.3.4. Правовое регулирование иммунитета государства в Республике Беларусь

Законодательство Республики Беларусь в настоящий момент не содержит единого нормативного правового акта, регулирующего вопросы ответственности и иммунитета государства. Отдельные же положения, регулирующие вопросы иммунитета иностранного государства, содержатся в процессуальном и инвестиционном законодательстве.

Необходимо отметить, что хозяйственное процессуальное законодательство Республики Беларусь прошло переход от теории абсолютного иммунитета к теории иммунитета ограниченного.

Так, в ст. 311 первой редакции ХПК Республики Беларусь 1998 г. устанавливалось, что «предъявление в хозяйственный суд иска к иностранному государству, привлечение его в качестве третьего лица к участию в деле, наложение ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Республики Беларусь, обращение взыскания на это имущество в порядке принудительного исполнения решения хозяйственного суда ***допускается лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства***, если иное не предусмотрено законодательством, в том числе международными договорами Республики Беларусь» — налицо закрепление теории абсолютного иммунитета.

Статья 239 ХПК Республики Беларусь новой редакции говорит, что «иностранное государство, ***выступающее в качестве суверена***, обладает судебным иммунитетом от предъявленного к нему иска в суде, рассматривающем экономические дела, привлечения его к участию в деле в качестве третьего лица, наложения ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Республики Беларусь, и принятия по отношении к нему судом, рассматривающим экономические дела, мер по обеспечению иска и имущественных интересов».

Данное положение содержит ограничительную формулировку в отношении судебного иммунитета иностранного государства. Иммунитет пре-

доставляется только в тех случаях, когда государство выступает в качестве суверена. В такой ситуации экономическим судам необходимо выяснять природу отношений, в которые вовлечен иностранный участник, обладающий иммунитетом.

Следует отметить, что положения хозяйственного процессуального законодательства в понимании современных тенденций развития института иммунитета иностранного государства продвинулись дальше положений гражданского процессуального законодательства. Так, ст. 553 ГПК Республики Беларусь устанавливает, что предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на имущество иностранного государства, находящееся в Республике Беларусь, могут быть допущены лишь с согласия его компетентных органов. Таким образом, гражданское процессуальное законодательство Республики Беларусь до сих пор придерживается теории абсолютного иммунитета иностранного государства.

Возможность отказа государства от иммунитета предусмотрена в ряде нормативных правовых актов Республики Беларусь.

В соответствии со ст. 36 Закона Республики Беларусь «О концессиях» в концессионных договорах, заключаемых с иностранными гражданами, лицами без гражданства, иностранными и международными юридическими лицами (организациями, не являющимися юридическими лицами), может быть предусмотрен отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении обеспечения иска и исполнения судебного постановления или арбитражного решения[1].

Согласно п. 3 Указа Президента Республики Беларусь от 13 мая 2010 г. № 245 «О выпуске государственных облигаций» Совету Министров Республики Беларусь предоставлено право закреплять (при необходимости) в договорах и иных документах, связанных с выпуском облигаций, их размещением, обращением и погашением, отказ Республики Беларусь от иммунитетов по спорам, связанным с выпуском, размещением, обращением и погашением данных облигаций[2].

Республика Беларусь является участницей ряда международных договоров о защите инвестиций, которые предусматривают порядок разрешения инвестиционных споров. Такие соглашения, например, заключены с Вьетнамом, Финляндией, Китайской Народной Республикой, Федеративной Республикой Германия, Швейцарией, Великобританией, Швецией, Нидерландами, Румынией, Ираном, Италией, Болгарией.

---

[1] О концессих [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь от 12 июля 2013 г. № 63-З // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск,2017.

[2] О выпуске облигаций [Электронный ресурс] : Указ Президента Республики Беларусь от 13.05.2010 г. (в ред. от 21.01.2011 г.) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

К примеру, ст. 9 Соглашения между Республикой Беларусь и Королевством Нидерландов о поощрении и взаимной защите инвестиций от 11 апреля 1995 г. предусматривает, что «каждая из Договаривающихся Сторон соглашается на передачу любого юридического спора, возникающего между этой Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны в связи с какими-либо инвестициями этого инвестора на территории первой Договаривающейся Стороны, для урегулирования путем примирения или арбитража в соответствии с Конвенцией по урегулированию инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, открытой для подписания 18 марта 1965 г. в Вашингтоне, в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров».

Наличие в соглашении указанных положений означает, что Республика Беларусь не может воспользоваться иммунитетом от рассмотрения в суде спора с инвестором Королевства Нидерландов, подпадающего под действие данного Соглашения. Однако это не означает, что в данном случае Республика Беларусь не сможет воспользоваться иммунитетом от мер по предварительному обеспечению иска и принудительного исполнения судебного решения.

Возвращаясь к процессуальному законодательству Республики Беларусь, необходимо отметить, что отдельные положения, характерные для теории абсолютного иммунитета по вопросам обращения взыскания на имущество иностранного государства, в новой редакции ХПК Республики Беларусь сохранились. В соответствии со ст. 239 ХПК Республики Беларусь «обращение взыскания на такое имущество в порядке принудительного исполнения судебного постановления допускается ***лишь с согласия*** компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено законодательными актами или международными договорами Республики Беларусь».

Меры по исполнению судебного решения могут применяться в случае добровольного согласия иностранного государства на осуществление принудительных мер, выраженного в международном соглашении, в письменном контракте или в заявлении на судебном разбирательстве по конкретному делу. Одно лишь согласие иностранного государства на осуществление юрисдикции еще не предполагает его согласия на применение принудительных мер в отношении его собственности по решению суда. Для применения мер по исполнению или обеспечению судебного решения суд должен получить отдельное согласие иностранного государства.

На наш взгляд, предоставление полномочий на отказ от международных иммунитетов должно регулироваться в том же порядке, что и предоставление полномочий на заключение международных договоров.

Порядок предоставления полномочий на заключение международных договоров Республики Беларусь урегулирован Законом Республики Беларусь «О международных договорах Республики Беларусь».

Представляется верным утверждение, что и порядок наделения полномочиями на отказ от международных иммунитетов должен соответствовать положениям данного Закона.

Согласно ч. 3 ст. 239 ХПК Республики Беларусь отказ от судебного иммунитета осуществляется в порядке, установленном законодательством соответствующего государства или правилами международной организации. В случае оформления отказа от иммунитета суд, рассматривающий экономические дела, в Республике Беларусь рассматривает дело в порядке, установленном ХПК Республики Беларусь.

В соответствии с п. 10 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 г. № 21 «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц» экономический суд принимает к производству иск по хозяйственному (экономическому) спору, ответчиком по которому является иностранное государство, выступающее в качестве суверена, или международная организация, судебный иммунитет которой определен международными договорами Республики Беларусь, только при наличии явно выраженного согласия ответчика на рассмотрение спора в хозяйственном суде. Подобное согласие следует рассматривать в качестве отказа от судебного иммунитета иностранного государства или международной организации.

Согласие на рассмотрение спора в экономическом суде должно быть подписано лицами, уполномоченными законодательством иностранного государства или правилами международной организации на отказ от судебного иммунитета.

Анализируя возможность применения института юрисдикционного иммунитета при рассмотрении экономических споров, необходимо также обратить внимание на постановление Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26 июня 2013 г. № 25 «Об утверждении методических рекомендаций о некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц и оказания правовой помощи» (гл. 2 разд. 3), в котором в свое время были выработаны отдельные рекомендации судам по вопросу применения юрисдикционного иммунитета в хозяйственном процессе. Так, в п. 91—93 акта указывается, что иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде Республики Беларусь, если оно:

- само возбудило разбирательство;
- приняло участие в судебном разбирательстве по делу или предприняло какое-либо иное действие по делу. Однако если иностранное государство

докажет в суде, что ему не могло быть известно о фактах, которые могли служить основанием для заявления об иммунитете до тех пор, пока оно не предприняло такого действия, оно может ссылаться на иммунитет на основании этих фактов незамедлительно после того, как они стали ему известны. Государство не рассматривается как согласившееся на осуществление юрисдикции суда, если оно вступает в разбирательство или предпринимает какое-либо другое действие с единственной целью — сослаться на иммунитет. Явка представителей государства в суд для дачи свидетельских показаний не должна пониматься как согласие иностранного государства на осуществление юрисдикции судом.

Неучастие иностранного государства в производстве по делу не может рассматриваться как согласие иностранного государства на осуществление юрисдикции судом (п. 95).

Необходимо отметить, что механизм правового регулирования института иммунитета иностранного государства в Республике Беларусь не идеален и подлежит дальнейшему расширению и совершенствованию.

Учитывая компромиссный подход Конвенции ООН 2004 г. к вопросу обращения взыскания на имущество иностранного государства, представляется целесообразным проводить процесс по трансформации норм Конвенции ООН 2004 г. в законодательство Республики Беларусь. На наш взгляд, наилучшим способом по включению положений Конвенции ООН 2004 г. в отечественное законодательство станет принятие законодательного акта, регулирующего вопросы предоставления иммунитета иностранному государству на территории Республики Беларусь.

Действующее законодательство Республики Беларусь в настоящий момент не регулирует вопросы предоставления иммунитета иностранному государству в сфере трудовых отношений, отношений интеллектуальной собственности, споров о возмещении вреда.

Кроме того, главной причиной для принятия закона об иммунитете иностранного государства является необходимость выработки механизма защиты интересов белорусских граждан и субъектов хозяйствования, вступающих в отношения с иностранным государством.

10.4. Ответственность государства в международном частном праве

В соответствии с п. 2 ст. 126 ГК Республика Беларусь, ее административно-территориальные единицы не отвечают по обязательствам созданных ими юридических лиц, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами.

ГК предусматривает ряд исключений из этого общего правила. Так, если экономическая несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана собственником его имущества, учредителями (участниками) или другими лицами, в том числе руководителем юридического лица, имеющими право давать обязательные для этого юридического лица указания либо имеющими возможность иным образом определять его действия, то на таких лиц при недостаточности имущества юридического лица возлагается субсидиарная ответственность по его обязательствам (ч. 2 п. 3 ст. 52 ГК). В соответствии с п. 5 ст. 115 ГК Республики Беларусь несет субсидиарную ответственность по обязательствам казенного предприятия при недостаточности его имущества. При недостаточности денежных средств у учреждения Республика Беларусь (административно-территориальная единица) как собственник имущества данного учреждения несет субсидиарную ответственность по долгам такого учреждения (п. 2 ст. 120 ГК).

Республика Беларусь отвечает по своим обязательствам принадлежащим ей на праве собственности имуществом, кроме имущества, которое может находиться только в республиканской или коммунальной собственности (п. 1 ст. 126 ГК Республики Беларусь). Перечень данного имущества содержится в ст. 13 Конституции Республики Беларусь, Законе Республики Беларусь «Об объектах, находящихся только в собственности государства, и видах деятельности, на осуществление которых распространяется исключительное право государства».

В соответствии с ч. 3 ст. 126 ГК Республика Беларусь не отвечает по обязательствам административно-территориальных единиц и созданных ею юридических лиц.

Данное правило не распространяется на случаи, когда Республика Беларусь приняла на себя гарантию (поручительство) по обязательствам административно-территориальной единицы или юридического лица.

Согласно ст. 127 ГК особенности ответственности Республики Беларусь в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств определяются законодательными актами.

В соответствии со ст. 938 ГК вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного управления и самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего законодательству акта государственного органа или органа местного управления и самоуправления, подлежит возмещению. Вред возмещается соответственно за счет казны Республики Беларусь или казны административно-территориальной единицы.

Вопросы для самоконтроля

1. Кто уполномочен вступать в частноправовые отношения от имени государства?
2. Раскройте особенности коллизионно-правового регулирования частноправовых отношений с участием государства.
3. Что понимается под иммунитетом иностранного государства? Какие виды иммунитета государства вы знаете?
4. Каким образом регулируются вопросы предоставления иммунитета иностранному государству в законодательстве Республики Беларусь?
5. Укажите особенности правового регулирования ответственности государства в международном частном праве.

Список литературы

Галстян, Р. Р. Иммунитеты государств : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / Р. Р. Галстян. Минск, 1999.

Корочкин, А. Ю. Применение норм международного частного права в хозяйственном судопроизводстве: отдельные аспекты : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. Ю. Корочкин. Минск, 2012.

Кравченко, О. И. Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. И. Кравченко. Минск, 1998.

Хлестова, И. О. Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 / И. О. Хлестова. Минск, 2003.

Хлестова, И. О. Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности / И. О. Хлестова // Междунар. коммерч. арбитраж. 2005. № 4.

ГЛАВА 11
МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

11.1. Участие межправительственных организаций в отношениях, регулируемых международным частным правом

Межправительственная организация — объединение государств и/или международных организаций, созданное в соответствии с международным правом и на основании международного договора или резолюции международной организации общей компетенции для сотрудничества в той или иной области международных отношений, имеющее необходимую для этого систему органов, а также самостоятельные международные права и обязанности. Прежде всего это субъект международного публичного права. Осуществляя свои основные — публично-правовые — функции, международные организации вынуждены постоянно вступать и в частноправовые отношения преимущественно двух видов:

- частноправовые отношения, непосредственно связанные с реализацией международными организациями их функций (например, одной из целей Международного банка реконструкции и развития в соответствии с его уставом является содействие в привлечении частных иностранных инвестиций путем предоставления гарантий по займам и иным капиталовложениям частных инвесторов либо участия в них[1]);
- частноправовые отношения, вступление в которые необходимо международным организациям для обеспечения их нормального функционирования (например, водо- и энергоснабжение международной организации, поставка офисного оборудования для ее нужд, трудовые отношения).

Иностранным элементом в составе гражданского правоотношения, позволяющим квалифицировать отношение как международное частноправовое, является сама международная организация.

11.1.1. Межправительственные организации как квазиюридические лица

Возможность участия международных организаций в частноправовых отношениях, как правило, связывается с наделением их статусом юридического лица, поскольку в национальных правовых системах именно юри-

[1] Статья 1 соглашения Международного банка реконструкции и развития [Электронный ресурс] (Заключено в г. Вашингтоне 21.12.1945) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

дические лица наряду с физическими являются основными субъектами гражданских прав и обязанностей. Прямое указание на наличие у международной организации статуса юридического лица часто содержится непосредственно в положениях ее учредительных документов. Прототипом таких норм является ст. 1 Конвенции ООН «О привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций»:

«Объединенные Нации являются юридическим лицом и правомочны:

a) заключать договоры;

b) приобретать недвижимое и движимое имущество и распоряжаться им;

c) возбуждать дела в суде».

Статья 1 Конвенции ООН «О привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций» принята в развитие ст. 104 Устава ООН, говорящей о том, что «*Организация Объединенных Наций пользуется на территории каждого из своих членов такой правоспособностью, которая может оказаться необходимой для выполнения ее функций и достижения ее целей*». Положение, закрепленное ст. 1 Конвенции ООН «О привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций», практически дословно воспроизводится в уставах всех межправительственных организаций системы ООН. Обращаясь к организациям, не входящим в систему ООН, близкие по смыслу нормы содержатся, например, в ст. 7 Марракешского соглашения о создании Всемирной торговой организации, ст. 3 Устава Евразийского банка развития. Следует отметить, что норма о признании за международной организацией статуса юридического лица может также закрепляться в соглашении между международной организацией и государствами, не участвующими в ней, например, как в ст. 7 Соглашения между штаб-квартирой ОПЕК и Австрийской Республикой, не являющейся стороной данного соглашения.

Мнение о том, что международная организация для участия в частноправовых отношениях наделяется статусом юридического лица, широко укрепилось и в доктрине международного частного права. Т. Н. Нешатаева пишет: «*...в международных отношениях цивилистического характера международная организация выступает в качестве юридического лица*»[1]. Важно, что «*международные организации не являются юридическими лицами по национальному праву. В то же время на международном уровне признается, что они могут действовать как национальные юридические лица в той мере, в которой это необходимо для эффективного выполнения их функций*»[2].

[1] *Нешатаева Т. Н.* Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. 2-е изд. М., 1999. С. 216.

[2] *Muller A.S.* International Organizations and Their Host States: Aspects of Their Legal Relationship. Martinus Nijhoff Publishers — Cameron May, 2005. P. 92.

В связи с отсутствием тождества между статусом международной организации и юридического лица по национальному праву в отечественной доктрине международного частного права за международными организациями закрепилось название «*квазиюридические лица*»[1]. Основные отличия статуса международной организации от статуса национального юридического лица состоят в следующем:

- правоспособность межправительственной организации возникает и определяется на основании международного договора, а не в соответствии с национальным законодательством;
- международная организация пользуется иммунитетами и привилегиями, не свойственными национальным юридическим лицам.

Поскольку международная организация возникает на основании международного договора, возможность ее участия в частноправовых отношениях не привязана к ее регистрации в качестве юридического лица по процедуре, установленной национальным корпоративным правом соответствующих государств, а возникает либо непосредственно на основании международного договора (США, Австрия, Германия), либо в результате инкорпорации международного договора в национальное право (Англия, Канада, Швеция, Израиль, Финляндия). Для Республики Беларусь международный договор вступает в силу с момента выражения согласия Республики Беларусь на обязательность для нее международного договора в соответствии с Законом «О международных договорах Республики Беларусь» № 421-З от 23 июля 2008 г.[2]

Что касается иммунитетов и привилегий международных организаций, то специальный докладчик Комиссии по международному праву по отношениям между государствами и международными организациями Леонардо Диас-Гонсалес в качестве оснований для наделения ими организаций называет обеспечение независимости международных организаций и равенства участвующих в них государств[3].

Достижение этой цели обеспечивается предоставлением межправительственным организациям иммунитетов трех видов:

- изъятие из-под действия национального законодательства;
- иммунитет от применения местного судопроизводства;
- иммунитет от мер по защите собственности международной организации[4].

---

[1] *Леанович Е. Б.* Международное частное право : учеб. пособие. Минск, 2008. С. 111.

[2] Ст. 17, 27 Закона Республики Беларусь от 23.07.2008 № 421-З «О международных договорах Республики Беларусь» // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

[3] Relations Between States and International Organizations // Yearbook of the International Law Commission. 1989. V. II, Part 1. New York, 1989. GAOR 41st session. Supplement N 10 (A/44/10). P. 136.

[4] *Нешатаева Т. Н.* Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. 2-е изд. М., 1999. С. 222.

Основные привилегии, которыми наделяются международные организации: фискальные, таможенные льготы, неприменение регуляторных требований национального права (например, о лицензировании). Привилегии международных организаций, как правило, пересекаются с их иммунитетом из-под действия национального законодательства.

При этом как правоспособность, так и иммунитеты и привилегии межправительственной организации ограничены критерием функциональной необходимости.

11.1.2. Правоспособность межправительственных организаций в международных частноправовых отношениях

Кроме прямого указания в международном договоре на то, что международная организация обладает статусом юридического лица, основанием для признания ее цивилистической правосубъектности могут также служить:

- иные положения международного договора (учредительных документов, соглашений о штаб-квартире, т. д.);
- международный обычай и принципы международного права;
- акты национального законодательства[1].

Международный договор. Классическим источником правоспособности межправительственных организаций в международных частноправовых отношениях являются международные договоры об их учреждении или иные их учредительные документы. Большинство таких документов[2] содержат прямое указание на то, что учреждаемая ими международная организация либо «является юридическим лицом»[3], либо обладает «полной юридической правоспособностью»[4]. Даже если прямое указание на наличие у международной организации полной юридической правоспособности (которая связывается со статусом юридического лица) отсутствует, но учредительный документ содержит указание на отдельные полномочия международной организации, присущие национальным юридическим лицам, на практике считается, что наделение международной организации таким статусом подразумевалось[5]. Известным практическим подтверждением такого подхода является дело *UNRRA v. Daan* (*Администрация ООН по оказанию помощи и реабилитации v. Даан*). В этом решении суд постановил,

[1] *Reinisch A.* International Organizations before National Courts. P. 42 ; *Klabbers J., Wallendahl Å.* Research Handbook on the Law of International Organizations. Edward Elgar Publishing, 2011. P. 45.

[2] *Reinisch A*. International Organizations before National Courts. P. 45.

[3] См. п. 12.1.1 выше.

[4] Статья 10 Конституции Международной организации по миграции [Электронный ресурс] (Принята в г. Брюсселе 19.10.1953) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

[5] *Reinisch A.* International Organizations before National Courts. P. 44.

что хотя в международных договорах отсутствует прямое указание на наличие у Администрации ООН по оказанию помощи и реабилитации статуса юридического лица, в них указано, что «*у Администрации есть право приобретать, владеть и передавать имущество, заключать контракты и принимать на себя обязательства, назначать представителей и создавать представительства и наблюдать за деятельностью созданных таким образом представительств, исполнять обязательства и в целом осуществлять любые юридические действия в соответствии с ее целями и задачами*». Учитывая данную норму, суд постановил, что наделение Администрации ООН по оказанию помощи и реабилитации статусом юридического лица по голландскому праву подразумевается, а значит, она может участвовать в судебном процессе[1].

Международный обычай и принципы международного права. Межправительственная организация может обладать правами юридического лица в государствах — участниках данной организации даже при отсутствии положения об этом в международных договорах. Как отмечают П. Сандс и П. Кляйн, «*любая международная организация должна рассматриваться как имеющая статус юридического лица в национальном праве, поскольку это практически всегда будет оказываться необходимым для исполнения ее функций на ежедневной основе*»[2]. Юридическим основанием для такого признания может выступать принцип добросовестности[3], международный обычай[4], для государств, не участвующих в международной организации, — принцип международной вежливости[5].

Акты национального законодательства. Во-первых, иногда государства включают в свое внутреннее законодательство положения о том, что межправительственные организации имеют права, присущие национальным юридическим лицам. Примерами таких актов законодательства служат «*The International Organizations Act 1968*» и «*The International Organizations Act 2005*» Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии. Согласно законодательству США международные организации, в которые они входят, «*будут, в той степени, в которой это соответствует документам об их создании, (i) заключать договоры; (ii) приобретать и распоряжаться недвижимым и движимым имуществом; (iii) преследовать в судебном порядке*»[6].

---

[1] *Reinisch A.* International Organizations before National Courts. P. 44.

[2] *Sands P., Klein, P*. Bowett's Law of International Institutions. Sweet&Maxwell, 2001. P. 477.

[3] *Amerasinghe C. F*. Principles Of The Institutional Law Of International Organizations. Cambridge University Press, 2005. P. 76.

[4] *Reinisch A*. International Organizations before National Courts. P. 45.

[5] *Klabbers J., Wallendahl Å.* Research Handbook on the Law of International Organizations. P. 46.

[6] United States International Organizations Immunities Act, enacted December 29, 1945. [Electronic resource] // Yale Law School, Lilian Goldman Law Library. URL: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad034.asp> (date of access: 30.05.2012).

Цивилистическая правоспособность межправительственной организации может быть также признана государством, не участвующим в ней, на основании норм международного частного права о признании за организацией правоспособности по праву страны, где она учреждена[1]. В Беларуси подобная норма закреплена в ст. 1110 ГК Республики Беларусь.

Проведение аналогии с правоспособностью иностранных организаций осложняется тем, что международные организации создаются не по праву какого-либо государства, а на основании международного договора. Как указал английский суд в отношении Международного совета по олову, «*он является не английской и не иностранной организацией, но основан на международном договоре*»[2]. В том числе с учетом данного решения в западной доктрине международного права сформировалась точка зрения, согласно которой *lex pesonalis* международной организации считается ее внутреннее право, т. е., международный договор, на основании которого она была создана[3]. Однако говорить о том, что такая практика определения *lex pesonalis* международной организации окончательно сформировалась, еще рано. При активном участии международной организации в частноправовых отношениях на территории или с участием резидентов государств, не участвующих в этой организации, наиболее рациональным представляется заключение двустороннего соглашения между международной организацией и соответствующим государством или принятие государством национального нормативного правового акта, который содержал бы положения о наделении международной организации гражданской правоспособностью, а также пределах и условиях предоставления такой правоспособности. По такому пути следует, к примеру, Швейцария[4].

Необходимо также специально отметить часто предоставляемое международным организациям право открытия представительств на территории участвующих в них государств. Перечень представительств и органов международных организаций и межгосударственных образований, осуществляющих деятельность на территории Республики Беларусь, утвержден постановлением Министерства иностранных дел Республики Беларусь, Министерства по налогам и сборам Республики Беларусь от 19 марта

---

[1] *Reinisch A.* International Organizations before National Courts. P. 51 ; *Klabbers J., Wallendahl Å.* Research Handbook on the Law of International Organizations. P. 46.

[2] *Reinisch A*. International Organizations before National Courts. P. 51.

[3] Там же.

[4] Напр., Ordinance to the Federal Act on the Privileges, Immunities and Facilities and the Financial Subsidies Granted by Switzerland as a Host State of 7 December 2007, Federal Act on the Privileges, Immunities and Facilities and the Financial Subsidies Granted by Switzerland as a Host State of 22 June 2007 // United Nations Juridical Yearbook, 2008. New York, 2008. P. 3—25.

2010 г. № 3/21. Гражданско-правовой статус представительств межправительственных организаций может быть определен в соглашении о правовом статусе представительства международной организации[1].

11.2. Обоснование деятельности и ограничение иммунитетов межправительственных организаций критерием функциональной необходимости

Гражданская правоспособность международной организации ограничена ее целями и функциями, которые определяются в документе о ее учреждении. Классическим примером такого ограничения является ст. 104 Устава ООН, согласно которой «*Организация Объединенных Наций пользуется на территории каждого из своих Членов такой правоспособностью, которая может оказаться необходимой для выполнения ее функций и достижения ее целей*». Аналогичные положения, как правило, содержатся и в учредительных документах иных межправительственных организаций.

Для практического определения пределов гражданской правоспособности международной организации используется механизм, получивший название «критерий функциональной необходимости»[2]. Так, в своем юридическом заключении, выданном в 2005 г. в отношении возможности предоставления офисов ЮНКТАД в пользование двум неправительственным организациям, Секретариат ООН указал, что ЮНКТАД может осуществлять только те действия, которые непосредственно включены в его мандат. Поскольку предоставление своих помещений в пользование третьим лицам в мандат ЮНКТАД не включено, данная организация не имеет права вступать в подобные правоотношения[3].

Применение критерия функциональной необходимости может привести и к расширению гражданской правоспособности международной организации. Согласно теории подразумеваемой компетенции права и обязанности международной организации вытекают не только из полномочий, которыми она наделена непосредственно, но и из функций и задач, которые она реализует. Следование данной теории на практике основано на Консультативном

[1] Напр., ст. 4 Соглашении между Республикой Беларусь и Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев о сотрудничестве и правовом статусе Представительства Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев и его персонала в Республике Беларусь [Электронный ресурс] (Заключено в г. Минске 20.07.2010) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

[2] *Леанович Е. Б.* Международное частное право : учеб. пособие. Минск, 2008. С. 111.

[3] Interoffice Memorandum to the Legal Adviser of the United Nations Conference on Trade and Development regarding the provision of premises and secretariat functions by the Conference to two nongovernmental organizations // United Nations Juridical Yearbook, 2005. New York, 2005. P. 452.

заключении Международного суда ООН от 11 апреля 1949 г. по вопросу о возмещении ущерба, понесенного на службе в ООН, в котором было указано, что «*согласно международному праву Организация должна считаться обладающей такими полномочиями, которые, хотя прямо и не указаны в ее Уставе, предоставлены ей на основании необходимого подразумевания, поскольку являются существенными для исполнения ее обязанностей*»[1].

Кроме того, критерий функциональной необходимости применяется при определении пределов иммунитетов международных организаций: международной организации предоставляется иммунитет лишь в отношении действий, соответствующих ее целям и функциям. Применение указанных иммунитетов, как правило, также основано на положениях учредительных документов международных организаций. Например, согласно Преамбуле к разд. 7 Устава Евразийского банка развития «[*д*]*ля достижения своих целей и выполнения своих функций Банк наделяется на территории каждого государства — участника Банка иммунитетами, привилегиями и льготами, предусмотренными настоящим разделом и зафиксированными в заключенных между Банком и участниками Банка соглашениях*»[2]. Таким образом, международной организации не может быть предоставлен иммунитет от ответственности за действия, не связанные с достижением цели, для которой она была создана, и при их осуществлении она должна подчиняться всем положениям национального законодательства без изъятий.

Критерий функциональной необходимости при решении вопроса о наделении межправительственной организации иммунитетами указан, в частности, Президиумом Высшего арбитражного суда Российской Федерации в письме «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов» от 18 января 2001 г. № 58: «[*и*]*ммунитет не распространяется на коммерческую деятельность международной организации, не предусмотренную международными договорами (ее уставом и соглашением о штаб-квартире)*». Порядок применения данного критерия можно продемонстрировать с помощью сравнения двух дел из российской судебной практики.

Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации в указанном выше письме приводит в качестве примера дело, когда межправительственная организация предъявила иск к государственной налоговой

---

[1] Reparation for Damages Suffered in the Office of the United Nations. Advisory Opinion of April 11, 1949 // Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice, 1949. P. 182.

[2] Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Евразийским банком развития об условиях пребывания Евразийского банка развития на территории Республики Беларусь [Электронный ресурс] (Совершено в г. Минске 18.06.2010) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

инспекции о признании не подлежащими исполнению инкассовых поручений ответчика на бесспорное списание с расчетного счета организации недоимки по налогу на добавленную стоимость. В силу применимой к рассматриваемым правоотношениям Конвенции о правовом статусе, привилегиях и иммунитетах межгосударственных экономических организаций, действующих в определенных областях сотрудничества 1980 г., межправительственная организация должна была освобождаться от прямых налогов и других имеющих налоговый характер обязательных платежей и сборов, за исключением платежей за коммунальные услуги и другие подобные виды обслуживания. Имущество и активы межправительственной организации имели в силу Конвенции иммунитет от любой формы судебного и административного вмешательства. Однако, поскольку согласно уставу межправительственной организации она была создана для научной деятельности, но при этом осуществляла и иную деятельность, в частности сдавала помещения в аренду и оказывала коммунальные услуги, Высший арбитражный суд Российской Федерации указал, что арбитражному суду, рассматривающему вопрос о возможности взыскать с межправительственной организации задолженность по неуплаченным налогам, несмотря на имеющийся у нее иммунитет от любой формы судебного и административного вмешательства, следовало установить объем средств, полученных этой организацией от уставной деятельности и от реализации работ, услуг, не имеющих отношения к компетенции международной организации, выяснить сумму дохода, на которую не распространяются иммунитеты и привилегии международного лица, и исчислить сумму налога, подлежащего перечислению в бюджет страны пребывания международной организации. Таким образом, межправительственной организации было отказано в привилегиях и иммунитетах в связи с действиями, не связанными с осуществлением ее функций.

В то же время в постановлении № 3440/07 от 12 июля 2011 г. Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации признал, что договор аренды нежилого помещения межправительственной организацией «Интерэлектро», имеющей некоммерческие цели деятельности и обладающей судебным иммунитетом, не может рассматриваться как заключенный в рамках коммерческой деятельности, не связанной с реализацией уставных задач организации, поскольку в спорном помещении был расположен секретариат организации «Интерэлектро», проходили заседания ее рабочих групп, «*то есть помещение было необходимо для реализации уставных целей организации* “*Интерэлектро*”». В результате данного решения Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации иск арендодателя о неуплате межправительственной организацией «Интерэлектро» арендной платы не может быть принят к рассмотрению судом.

11.3. Иммунитеты межправительственных организаций по праву Республики Беларусь

В Республике Беларусь вопросы иммунитетов международных организаций определяются в первую очередь в соответствии с действующими на ее территории международными договорами. Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь не содержит норм об иммунитетах международных организаций. В ХПК Республики Беларусь содержатся положения, которые для регулирования вопросов наделения межправительственных организаций иммунитетами отсылают к положениям международных договоров и правилам международных организаций:

- судебный иммунитет международных организаций определяется международными договорами Республики Беларусь;
- отказ от судебного иммунитета осуществляется в порядке, установленном правилами международной организации[1].

Нормы о правовом регулировании порядка наделения международных организаций иммунитетами в Республике Беларусь закреплены в международных договорах различных видов, в том числе таких, как:

- соглашения об учреждении международных организаций, участницей которых является Республика Беларусь[2];
- двусторонние соглашения между Республикой Беларусь и международными организациями о сотрудничестве[3];
- двусторонние соглашения между Республикой Беларусь и международными организациями об условиях пребывания международной организации на территории Республики Беларусь[4].

Таким образом, при рассмотрении споров о наделении международной организации иммунитетами в Республике Беларусь прежде всего необхо-

---

[1] Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс] : 15.12.1998 № 219-З (ред. от 30.12.2011) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

[2] Напр., ст. 40 Устава Международной Организации Труда [Электронный ресурс] (Совершен в г. Париже 28.06.1919) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

[3] Например, ст. 1 Соглашения между Правительством Республики Беларусь и Международной организацией по миграции о сотрудничестве [Электронный ресурс] (Заключено в г. Минске 22.07.1998) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

[4] Например, ст. 4 Договора между Республикой Беларусь и Экономическим судом Содружества Независимых Государств об условиях пребывания Экономического суда Содружества Независимых Государств на территории Республики Беларусь [Электронный ресурс] (Подписан в г. Минске 22.11.1996) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

димо обратиться к положениям всех международных договоров, в которых участвует Республика Беларусь и которые касаются статуса соответствующей международной организации.

Вопросы для самоконтроля

1. В каких формах межправительственные организации участвуют в отношениях, регулируемых международным частным правом?
2. Что такое квазиюридические лица?
3. Охарактеризуйте правоспособность межправительственных организаций в международных частноправовых отношениях.
4. Каковы особенности иммунитета межправительственных организаций, участвующих в международных частноправовых отношениях?

Список литературы

Корочкин, А. Ю. Право Всемирной торговой организации: основные направления, практика применения и перспективы развития / А. Ю. Корочкин. Минск : Кологрaд, 2016.

Право ВТО: теория и практика применения / Л. П. Ануфриева [и др.] ; под ред. Л. П. Ануфриевой. М. : Норма : ИНФРА-М, 2016.

Право Европейского Союза : учебник / Ю. А. Дзиова [и др.] ; под ред. С. Ю. Кашкина. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2011.

ГЛОССАРИЙ

Безусловная взаимность — применение отечественными судами иностранного права независимо от наличия взаимности.

Глоссаторы — (лат. от греч. glossa — язык) в Средние века итальянские юристы, которые толковали и комментировали римское право посредством составления заметок («глосс») на полях текстов римских кодексов.

Дееспособность (active legal capacity) — способность своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их.

Деликтоспособность (capacity to incur liability in tort/delict) — способность нести ответственность за гражданское правонарушение.

Домицилий — (лат. domicilium — место пребывания, место жительства) в праве ряда зарубежных государств место постоянного жительства гражданина или место регистрации юридического лица.

Иммунитет иностранного государства (foreign state immunity) — совокупность юридических принципов и норм, в соответствии с которыми иностранное государство может заявлять право на изъятие из-под юрисдикции иностранного государства, приостановление осуществления или неподчиненность юрисдикции другого государства.

Иностранный элемент — это признак общественных отношений, где субъектом выступает сторона, имеющая иностранное гражданство (место регистрации юридического лица); объект находится за границей; юридический факт, порождающий возникновение, изменение или прекращение отношений, имеет место за границей.

Квалификация (characterization (англ.), caractérisation (фр.), calificaciones (исп.)) — толкование: определение содержания терминов нормы и идентификация понятий нормы с фактическими обстоятельствами дела.

Клаузула — особое положение или условие в международном договоре, связанное с основным предметом лишь косвенным образом, например предоставление участникам международного торгового договора режима наибольшего благоприятствования.

Коллизия (столкновение) обозначает противоречие правовых систем, обусловленное различным содержанием права в каждом государстве.

Коллизионная норма — это правовая норма, которая не дает ответа на вопрос, какие права и обязанности порождает для сторон возникновение, изменение или прекращение конкретного правоотношения, она лишь определяет применимое право, т. е. указывает компетентный материальный правопорядок, подлежащий применению к данному правоотношению.

Коллизионно-правовая взаимность — применение судом отечественного государства иностранного права только в случае, если суд иностранного государства при решении спора по аналогичным отношениям применяет право отечественного государства.

Материальная взаимность — предоставление иностранным субъектам государства таких же прав, которыми пользуются отечественные субъекты на территории этого иностранного государства.

Офшорная зона — государство (территория), в котором действует льготный налоговый режим и (или) не предусматривается раскрытие и предоставление информации о финансовых операциях (п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 25 мая 2006 г. № 353 «Об утверждении перечня оффшорных зон»).

Постглоссаторы — в Средние века итальянские и французские юристы, занимавшиеся толкованием норм и отрывков из Свода Юстиниана, имевшихся в работах глоссаторов. Их называют также комментаторами, поскольку они изучали римское право не в источниках, а по глоссам.

Правоспособность (passive legal capacity) — способность иметь гражданские права и нести обязанности.

Преференция — (лат. praeferentia — предпочтение) преимущество, льгота, предоставляемая отдельным государствам, предприятиям, организациям для поддержки определенных видов деятельности.

Резидент офшорной зоны — лицо с местом нахождения (местом жительства) в офшорной зоне — государстве (на территории), в котором действует льготный налоговый режим и (или) не предусматривается раскрытие и предоставление информации о финансовых операциях (п. 1.7 ст. 87

Налогового кодекса Республики Беларусь (Общая часть) от 19.12.2002 № 166-З).

Реторсии (ответные меры) — правомерные ограничения прав иностранных субъектов на территории отечественного государства как ответ на ограничение прав отечественных субъектов на территории иностранного государства.

Статут правоотношения — определяемое на основе коллизионной нормы право (закон страны), которое подлежит применению ко всей совокупности правоотношений определенного рода, осложненных иностранным элементом, или, по крайней мере, к основной их части.

Торговля услугами — трансграничная поставка услуг, включающая в себя производство, распределение, маркетинг, продажу и доставку услуг и осуществляемая одним из следующих способов: 1) с территории государства на территорию любого другого государства; 2) на территории одного государства лицом этого государства получателю услуг другого государства; 3) поставщиком услуг одного государства путем присутствия физических лиц этого государства на территории другого государства.

Транснациональная корпорация — предприятие любой страны происхождения и формы собственности (включая частную, публичную или смешанную формы собственности), имеющее отделения в двух или более странах (независимо от юридической формы или сфер деятельности этих отделений), которые функционируют в системе принятия решений, позволяющей проводить согласованную политику и общую стратегию через один или более центров принятия решений, в котором отделения так связаны отношениями собственности или иным способом, что одно или более из них может быть способно оказывать существенное влияние на деятельность других и, в частности, делиться знаниями, ресурсами и ответственностью с другими.

Условная взаимность — применение отечественными судами иностранного права в случаях, прямо предусмотренных в законодательных актах.

Учреждение — термин, обозначающий одну из следующих форм осуществления трансграничной деятельности: 1) создание и (или) приобретение юридического лица (участие в капитале созданного или учрежденного юридического лица) любой организационно-правовой формы и формы собственности, предусмотренных законодательством государства, на территории которого такое юридическое лицо создается или учреждается; 2) приобретение контроля над юридическим лицом одного государства, выражающееся в получении возможности непосредственно или через третьих лиц определять решения, принимаемые таким юридическим лицом, в том

числе путем распоряжения голосами, приходящимися на голосующие акции (доли), путем участия в совете директоров (наблюдательном совете) и в иных органах управления такого юридического лица; 3) открытие филиала; 4) открытие представительства; 5) регистрация в качестве индивидуального предпринимателя.

Формальная взаимность — предоставление иностранным субъектам такого же правового режима, которым пользуются отечественные граждане в своем государстве.

«Хромающие отношения» — это «коллизия коллизионных норм», когда по праву одной страны определенные отношения являются юридически действительными (порождают юридические связи), а по праву другой страны эти же самые отношения не имеют правовых последствий (являются юридически ничтожными).

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ 3

СПИСОК УСЛОВНЫХ ОБОЗНАЧЕНИЙ 6

РАЗДЕЛ I.
ВВЕДЕНИЕ В ДИСЦИПЛИНУ
МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА 9
1.1. Предмет международного частного права 9
1.1.1. Отношения, регулируемые международным частным правом 10
1.1.2. Понятие и разновидности иностранного элемента 11
1.1.3. «Хромающие отношения» в международном частном праве 12
1.1.4. Определение применимого права и компетентной юрисдикции 13
1.2. Двойственная природа международного частного права 14
1.3. Методы правового регулирования в международном частном праве 14
1.4. Место и роль международного частного права в системе права 17
1.5. Система международного частного права 18

ГЛАВА 2. ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ДОКТРИНЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА 21
2.1. Предпосылки зарождения и развития международного частного права 21
2.2. Зарождение доктрины международного частного права в учениях глоссаторов и постглоссаторов 22
2.3. Развитие доктрины международного частного права в Средние века 23
2.4. Буржуазные доктрины международного частного права 24
2.5. Территориальная доктрина международного частного права в странах англосаксонской системы права 27
2.6. Развитие доктрины международного частного права в XX в. 28
2.7. Развитие международного частного права в Российской империи и СССР 30

ГЛАВА 3. ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА 33
3.1. Понятие и система источников международного частного права 33
3.2. Роль международных организаций в развитии источников международного частного права 34

3.3. Унификация и кодификация источников международного частного права ... 37
3.3.1. Унификация норм международного частного права ... 37
3.3.2. Особенности кодификации норм международного частного права ... 39
3.4. Влияние процессов региональной экономической интеграции на развитие источников международного частного права ... 41
3.4.1. Европеизация международного частного права ... 42
3.4.2. Наднациональное регулирование в ЕАЭС ... 46
3.5. Международный договор как источник международного частного права ... 48
3.5.1. Юридическая сила норм международного договора ... 50
3.5.2. Теория трансформации ... 51
3.6. Система двусторонних международных договоров по вопросам международного частного права ... 53
3.6.1. Договоры о правовой помощи ... 53
3.6.2. Договоры о торгово-экономическом сотрудничестве ... 55
3.6.3. Договоры об устранении двойного налогообложения ... 56
3.6.4. Договоры о содействии и взаимной защите инвестиций ... 58
3.6.5. Договоры о транспортном сообщении ... 59
3.6.6. Договоры о платежах и расчетах ... 60
3.6.7. Консульские конвенции ... 62
3.7. Международные многосторонние договоры по вопросам международного частного права, в которых участвует Республика Беларусь ... 63
3.8. Национальное законодательство как источник международного частного права ... 65
3.9. Обычай и обыкновение как источники международного частного права ... 66
3.10. Понятие *lex mercatoria*, его регулятивная роль в международном частном праве ... 68
3.11. Регулятивное значение судебной, арбитражной практики и доктрины в международном частном праве ... 69

РАЗДЕЛ II.
УЧЕНИЕ О КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМАХ

ГЛАВА 4. ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА КОЛЛИЗИОННОЙ НОРМЫ ... 73
4.1. Понятие и сфера применения коллизионной нормы ... 73
4.2. Структура коллизионной нормы ... 78
4.3. Статут правоотношения ... 79
4.4. Правовая природа коллизионной нормы ... 82
4.5. Классификация коллизионных норм ... 84

ГЛАВА 5. Основные типы коллизионных привязок ... 93
5.1. Классификация коллизионных привязок ... 93
5.2. Виды коллизионных привязок ... 93
5.2.1 Личный закон физического лица ... 93
5.2.2. Личный закон юридического лица ... 95
5.2.3. Закон места нахождения вещи ... 97

5.2.4. Закон, избранный сторонами правоотношения (*lex voluntatis*) 98
5.2.5. Закон места совершения акта 100
5.2.6 Закон места заключения сделки 100
5.2.7. Закон места исполнения обязательства 101
5.2.8. Закон места совершения брака 102
5.2.9. Закон места причинения вреда 102
5.2.10. Закон затронутого рынка 103
5.2.11. Закон страны продавца 103
5.2.12. Закон места работы 104
5.2.13. Закон флага 105
5.2.14. Закон валюты долга 105
5.2.15. Закон государства места возбуждения производства 105
5.2.16. Закон, избранный арбитрами 106
5.2.17. Закон наиболее тесной связи 107
5.2.18. Закон, наиболее благоприятный для сторон 108
5.2.19. Закон страны суда 109
5.2.20. Закон, регулирующий существо отношений 109

ГЛАВА 6. МЕХАНИЗМЫ ПРИМЕНЕНИЯ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ 111
6.1. Взаимность и реторсии в международном частном праве 111
6.1.1. Применение института взаимности 111
6.1.2. Реторсии в международном частном праве 114
6.2. Проблема квалификации коллизионных норм, толкование правовых понятий объема и привязки коллизионной нормы 116
6.3. Отсылки в международном частном праве 123
6.3.1. Суть проблемы обратной отсылки 123
6.3.2. Обратная отсылка в судебной практике 126
6.3.3. Доктринальные подходы к проблеме обратной отсылки 128
6.4. Оговорка о публичном порядке 132
6.5. Сверхимперативные нормы 137

РАЗДЕЛ III.
СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

ГЛАВА 7. СТАТУС СУБЪЕКТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА 153
7.1. Основные положения о субъектах международного частного права 153
7.2. Режимы, определяющие правовое положение субъектов международного частного права 155

ГЛАВА 8. ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ 157
8.1. Физические лица как субъекты международного частного права 157
8.2. Коллизионное регулирование правового положения физических лиц 159
8.2.1. Коллизионное регулирование вопросов правоспособности и дееспособности физических лиц 159

8.2.2. Коллизионное регулирование признания физических лиц безвестно отсутствующими и объявления их умершими ... 165
8.2.3. Коллизионное регулирование вопросов имени физического лица ... 166
8.3. Правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь ... 167
8.3.1. Иностранцы как субъекты гражданских прав ... 170
8.3.2. Правовой статус иностранцев в трудовых отношениях ... 178
8.3.3. Право иностранцев на охрану здоровья ... 198
8.3.4. Право иностранцев на образование ... 200
8.3.5. Право иностранцев на защиту прав и свобод ... 203
8.3.6. Обязанности иностранцев ... 205
8.4. Правила въезда, выезда и транзитного проезда иностранцев ... 205
8.4.1. Правовые основания въезда, выезда и транзитного проезда ... 206
8.4.2. Визовый порядок въезда иностранцев на территорию Республики Беларусь ... 208
8.4.3. Ограничения права иностранцев на въезд в Республику Беларусь ... 213
8.4.4. Ограничение иностранцев в праве на выезд из Республики Беларусь ... 215
8.4.5. Упрощенный порядок въезда иностранцев в Республику Беларусь ... 216
8.4.6. Безвизовый порядок въезда иностранцев в Республику Беларусь ... 217
8.4.7. Транзитный проезд (транзит) иностранцев через территорию Республики Беларусь ... 218
8.5. Правила пребывания иностранцев в Республике Беларусь ... 221
8.6. Правила выезда и въезда граждан Республики Беларусь ... 231
8.6.1. Особенности выезда за границу несовершеннолетних граждан Республики Беларусь ... 233
8.6.2. Страны безвизового въезда для граждан Республики Беларусь ... 234
8.6.3. Визовый упрощенный въезд граждан Республики Беларусь в некоторые страны ... 238

ГЛАВА 9. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ ... 240
9.1. Национальность и личный закон юридического лица ... 240
9.2. Правовое положение иностранных юридических лиц в Республике Беларусь ... 251
9.2.1. Понятие иностранного юридического лица ... 251
9.2.2. Правовой режим иностранного юридического лица ... 253
9.2.3. Экономическое присутствие ... 254
9.2.4. Создание юридического лица ... 254
9.2.5. Открытие представительства ... 256
9.2.6. Участие в выставках (ярмарках), проводимых на территории Республики Беларусь ... 257
9.3. Представительство иностранной организации на территории Республики Беларусь ... 257
9.3.1. Многозначность понятия представительства в праве Республики Беларусь ... 257

9.3.2. Создание представительства иностранной организации на территории Республики Беларусь 260
9.3.3. Деятельность представительства иностранной организации в Республике Беларусь 261
9.3.4. Основания прекращения деятельности представительства иностранной организации в Республике Беларусь 262
9.4. Офшорные компании 263
9.5. Транснациональные корпорации в международном частном праве 273
9.6. Соглашения по вопросам транснациональных корпораций государств — участников СНГ 282
9.7. Кодексы поведения транснациональных корпораций 287
9.8. Организационно-правовые формы субъектов в рамках региональных интеграционных объединений 295
9.8.1. Правовое положение юридических лиц в ЕАЭС 295
9.8.2. Особенности правового статуса наднациональных организационно-правовых форм компаний 304

ГЛАВА 10. ГОСУДАРСТВО В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ 317
10.1. Участие государства в частноправовых отношениях с иностранным элементом 317
10.2. Коллизионное регулирование частноправовых отношений с участием государства 318
10.3. Иммунитет государства в международном частном праве 320
10.3.1. Понятие и правовое обоснование иммунитета иностранного государства 320
10.3.2. Виды иммунитета государства 323
10.3.3. Концепции абсолютного и ограниченного иммунитета государства 325
10.3.4. Правовое регулирование иммунитета государства в Республике Беларусь 333
10.4. Ответственность государства в международном частном праве 337

ГЛАВА 11. МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ 340
11.1. Участие межправительственных организаций в отношениях, регулируемых международным частным правом 340
11.1.1. Межправительственные организации как квазиюридические лица 340
11.1.2. Правоспособность межправительственных организаций в международных частноправовых отношениях 343
11.2. Обоснование деятельности и ограничение иммунитетов межправительственных организаций критерием функциональной необходимости 346
11.3. Иммунитеты межправительственных организаций по праву Республики Беларусь 349

ГЛОССАРИЙ 351

Учебное издание

Бабкина Елена Васильевна
Кудрявец Юлия Николаевна
Леанович Елена Борисовна и др.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО. ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Учебное пособие

Ответственный за выпуск *Е. А. Логвинович*
Художник обложки *Т. Ю. Таран*
Технический редактор *Л. В. Жаборовская*
Компьютерная верстка *О. В. Гасюк*
Корректоры *Н. А. Ракуть, Е. И. Бондаренко*

Подписано в печать 30.09.2019. Формат 60×84/16. Бумага офсетная.
Ризография. Усл. печ. л. 20,92. Уч.-изд. л. 21,7.
Тираж 100 экз. Заказ 682.

Белорусский государственный университет.
Свидетельство о государственной регистрации издателя, изготовителя,
распространителя печатных изданий № 1/270 от 03.04.2014.
Пр. Независимости, 4, 220030, Минск.

Республиканское унитарное предприятие
«Издательский центр Белорусского государственного университета».
Свидетельство о государственной регистрации издателя, изготовителя,
распространителя печатных изданий № 2/63 от 19.03.2014.
Ул. Красноармейская, 6, 220030, Минск.