Всероссийская академия внешней торговли
Международно-правовой факультет

АКТУАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ СОВРЕМЕННОЙ ПРАКТИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО ОБОРОТА

Сборник статей

СТАТУТ

Коллектив авторов

Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота

«Статут»

2015

УДК 341.96
ББК 67.932.11

Коллектив авторов

Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота / Коллектив авторов — «Статут», 2015

ISBN 978-5-8354-1185-6

Настоящий сборник включает в себя статьи по отдельным актуальным вопросам международного частного и зарубежного гражданского и торгового права в основном по вопросам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности. В публикуемых материалах содержится анализ нового российского законодательства по некоторым вопросам международного частного права, освещается международная судебная и арбитражная практика применения права к внешнеэкономическим сделкам, рассматриваются принятые в последнее время международные документы по вопросам регулирования экономических правоотношений с иностранным элементом. Сборник посвящен памяти выдающихся российских ученых в области правового регулирования международного коммерческого оборота и международного коммерческого арбитража профессоров В. С. Позднякова и М. Г. Розенберга, долгие годы трудившихся во Всероссийской (до 1992 г. — Всесоюзной) академии внешней торговли. Поэтому в настоящее издание также включены воспоминания и другие мемориальные материалы, касающиеся их научной и практической деятельности. Книга предназначена в первую очередь для юристов, других специалистов, занятых в сфере внешнеэкономической деятельности, а также для студентов, аспирантов и научных работников, занимающихся вопросами международного частного и зарубежного гражданского и торгового права. Настоящая книга выходит при участии Школы права «Статут».

УДК 341.96
ББК 67.932.11

ISBN 978-5-8354-1185-6

© Коллектив авторов, 2015
© Статут, 2015

Содержание

Предисловие 7
Научные статьи 9
М.П. Бардина, профессор кафедры международного частного права Всероссийской академии внешней торговли 9
В.В. Безбах, доктор юридических наук, профессор Российский университет дружбы народов 19
Г.Н. Буднева, кандидат юридических наук, доцент, почетный профессор Всероссийской академии внешней торговли, арбитр МКАС при ТПП РФ 25
Конец ознакомительного фрагмента. 28

Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота

© Коллектив авторов, 2015
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2015

* * *

Предисловие

Представляемый читателю сборник научных статей и мемориальных материалов подготовлен в память о выдающихся отечественных специалистах в области правового регулирования внешнеэкономических связей профессора В. С. Позднякова (1919–1995 гг.) и профессора М. Г. Розенберга (1925–2013 гг.). Научная и педагогическая деятельность этих замечательных ученых на протяжении нескольких десятилетий была связана с Всероссийской (до 1992 г. – Всесоюзной) академией внешней торговли (ВАВТ), признанной кузницей отечественных кадров для сферы внешнеэкономической деятельности.

До начала 90-х гг. прошлого века главная задача ВАВТ состояла в профессиональной подготовке руководящих работников для системы, осуществлявшей государственную монополию внешней торговли. На выпускников Академии возлагались ответственные задачи по осуществлению внешнеторгового оборота всей страны, обслуживавшего все народное хозяйство страны и составлявшего многие миллиарды долларов. Безусловно, выполнение этих функций требовало высочайшей профессиональной квалификации.

Важной составной частью в процессе подготовки специалистов в ВАВТ было глубокое изучение правовых дисциплин, которое включало в себя изучение не только отечественного права с акцентом на особенности его применения к внешнеторговым операциям, но также и близкое знакомство с основными положениями гражданского и торгового права зарубежных стран. В постсоветский период традиция высокого уровня правовой подготовки специалистов была подкреплена созданием в ВАВТ международно-правового факультета. Это позволило, основываясь на высокой квалификации и авторитете преподавания правовых дисциплин, укрепить позиции правовых кафедр ВАВТ в качестве лидеров в своей сфере деятельности.

Именно на этом поприще, внося неоценимый вклад, многие годы успешно трудились профессор В. С. Поздняков и профессор М. Г. Розенберг, передавая слушателям и студентам свои во многом уникальные знания и обширный опыт в сложнейшей сфере правового регулирования различных видов экономической деятельности на международных рынках. В этот период благодаря их деятельности был создан значительный массив учебных материалов и научных исследований в этой сфере, результаты которых широко использовались в правотворческой и правоприменительной работе как внутри страны, так и при разработке международных правовых документов, которыми регулировались отношения по внешней торговле.

Трудно переоценить роль В. С. Позднякова и М. Г. Розенберга в развитии отечественной практики разрешения международных коммерческих споров, высокий профессионализм, которой был признан на международном уровне и во многих отношениях считался эталоном в подходе к решению споров с участием иностранных партнеров. Они неоднократно участвовали в правительственных делегациях на международных конференциях, в деятельности международных организаций, обсуждавших актуальные вопросы правового регулирования международной торговли.

На протяжении почти двух десятков лет профессор В. С. Поздняков возглавлял самый известный отечественный арбитражный орган, рассматривавший внешнеторговые споры, – Внешнеторговую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате СССР (ВТАК), которая в настоящее время продолжает действовать под названием Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС). М. Г. Розенберг оставался членом ВТАК/МКАС на протяжении многих лет и безоговорочно считался одним из самых опытных арбитров. Деятельность этого арбитражного органа всегда имела большое практическое значение для развития отечественной внешнеэкономической деятельности, поскольку создавала важные предпосылки для эффективного использования отечественными предприятиями принятых в международной торговле способов правовой защиты своих экономических интересов.

Не вызывает сомнений, что не одно поколение отечественных юристов, специализирующихся на правовом обслуживании внешнеэкономической деятельности, должно быть благодарно этим выдающимся правоведам за то, что они получили возможность изучать и использовать в своей практике обширные научно-практические материалы, связанные с анализом содержания и применения важнейших правовых источников, используемых при разрешении внешнеэкономических споров.

А.С. Комаров, профессор, доктор юридических наук, заведующий кафедрой международного частного права Всероссийской академии внешней торговли

Научные статьи

М.П. Бардина, профессор кафедры международного частного права Всероссийской академии внешней торговли
Основание применения Принципов УНИДРУА при разрешении международных коммерческих споров по существу спора

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА[1] как документ, созданный авторитетной международной организацией, устанавливающий общие нормы для международных коммерческих договоров и доступный на многих языках, получает все большое признание при ведении переговоров по согласованию условий международных коммерческих контрактов[2]. Учитывая бесспорные преимущества применения Принципов для регулирования контрактов перед применением национального права, стороны выбирают Принципы[3].

Однако любые контракты могут нарушаться, в связи с чем стороны обращаются для разрешения спора в суд или международный коммерческий арбитраж. В связи с этим в данной статье предлагается рассмотреть следующие вопросы:

1. Будет ли арбитражный суд или международный коммерческий арбитраж рассматривать спор по существу на основе выбранных сторонами Принципов, также как на основе выбранного сторонами национального права?

2. Могут ли судьи или арбитры при отсутствии соглашения сторон о применимом праве признать применимым к рассмотрению спора по существу Принципы УНИДРУА?

1. Известно, что как суд, так и международный коммерческий арбитраж применяют к рассмотрению спора по существу право, согласованное сторонами, исходя из принципа автономии воли сторон, однако при этом они руководствуются разными правовыми нормами.

1.1. Арбитражный суд, как предусмотрено п. 5 ст. 13 АПК РФ, в соответствии с международным договором Российской Федерации, федеральным законом, соглашением сторон, заключенным в соответствии с ними, применяет нормы иностранного права.

Такое соглашение сторон должно соответствовать положениям ст. 1210 «Выбор права сторонами договора» ГК РФ, согласно которой стороны могут выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям.

Однако Принципы УНИДРУА не являются источником права в традиционном смысле, выбор которого предусмотрен этой статьей. Принципы имеют иную правовую природу, характеризуются как современное *lex mercatoria*, как транснациональное право, которое не входит в правовую систему государства. Как предусмотрено в Преамбуле Принципов УНИДРУА, они могут применяться, когда стороны согласились в том, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», *lex mercatoria* или тому подобным.

Таким образом, арбитражный суд, основываясь на ст. 1210 ГК РФ, при выборе сторонами Принципов УНИДРУА, не будет рассматривать спор по существу на их основе, так же как он стал бы рассматривать спор на основе согласованного сторонами национального права.

---

[1] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010: Пер. с англ. А. С. Комарова. М.: Статут, 2013. С. LXXIV.

[2] См.: *Bonell M.J.* An International Restatement of Contract Law // The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 3ed., Transnational Publishers. Inc. Ardsley. N.Y., 2005. P. 26.

[3] См.: *Born G.* International Commercial Arbitration. 2009. Vol. II. P. 2243.

Как отмечается в комментарии к Преамбуле (п. 4 «Принципы как нормы права, регулирующие договор») применительно к рассмотрению спора судом, свобода сторон выбирать право, регулирующее их договор, традиционно ограничивается ссылкой на национальное право, поэтому ссылка сторон на Принципы обычно будет рассматриваться как простое соглашение об их инкорпорировании в договор. В то время как право, регулирующее договор, должно быть установлено на основе норм международного частного права, в результате чего Принципы УНИДРУА будут связывать стороны только в той мере, в какой они не будут затрагивать императивные нормы применимого права, от которых стороны не вправе отступить. Таким образом, если стороны подчинили контракт Принципам УНИДРУА, при рассмотрении спора арбитражным судом Принципы могут быть применимы только в пределах регулирования диспозитивных норм, не затрагивая императивные нормы применимого права, от которых стороны не могут отступать, т. е. будут применяться только в объеме договорных условий.

1.2. Условия и порядок применения Принципов международным коммерческим арбитражем кардинально отличаются. Правовой основой выбора применимого права сторонами при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем является п. 1 ст. 28 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г. (далее – Закон РФ 1993 г.), согласно которой третейский суд разрешает спор в соответствии с такими «нормами права», которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. В этой статье, также как и в ст. 1210 ГК РФ, закреплен как исходный принцип автономии воли сторон, но разница состоит в том, что стороны могут выбрать согласно ст. 1210 ГК РФ право, а согласно п. 1 ст. 28 Закона РФ 1993 г. – «нормы права».

Однако юристам практически любой области права (кроме правового регулирования международного коммерческого арбитража) в отмеченном различии трудно найти принципиальные расхождения. Действительно, разве разрешение спора на основе применимого права не состоит именно в применении норм права, т. е. норм национальной правовой системы или международного договора, который стал частью этой правовой системы после его ратификации государством? Да, для любой области это именно так, но не для правовой сферы международного коммерческого арбитража, где словосочетание «нормы права» стало специальным термином, который приобрел совершенно особое значение. Оно незнакомо юристам в других областях, но все больше специалистов в области международного коммерческого арбитража могут себя считать посвященными в некое закодированное значение этого словосочетания, известно только правовому языку международного коммерческого арбитража[4].

Общепризнано (как будет показано далее), что это специальное значение термина «нормы права» включает транснациональное право, которое не входит в правовую систему государства, современное *lex mercatoria*, в котором Принципы УНИДРУА занимают основное место.

Таким образом, основываясь на норме п. 1 ст. 28 и специальном значении термина «нормы права», стороны вправе выбрать Принципы УНИДРУА как применимые нормы права при подчинении спора международным коммерческим арбитражем и этому выбору должны следовать арбитры. Важно отметить, что, как предусмотрено в п. 4 комментария к ст. 1.4 Принципов (императивные нормы), при рассмотрении спора арбитражем Принципы уже не ограничены обычными императивными нормами какого-либо внутреннего права. Таким образом, выбор сторонами Принципов как применимых норм права можно в этом случае сравнить с выбором иностранного права, которое включает диспозитивные и императивные нормы.

---

[4] См. подробнее: *Бардина М.П.* Выбор сторонами «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем // Международные отношения и право: взгляд в XXI век. Материалы конференции в честь заслуженного деятеля науки РФ, д. ю. н., проф. кафедры международного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета Л. Н. Галенской / Под ред. С. В. Бахина. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2009. С. 341–355.

1.3. Итак, принципиальное различие в возможности применения Принципов при рассмотрении спора по существу арбитражным судом и международным коммерческим арбитражем обусловлено специальным значением термина «нормы права». Однако каким образом можно подтвердить, что именно такое понимание термина имеется в виду в п. 1 ст. 28 Закона РФ 1993 г.?

Ответ на этот вопрос начнем с того, что, как указано в преамбуле Закона, он был принят, учитывая положения Типового закона о международном торговом арбитраже ЮНСИТРАЛ 1985 г., одобренного Генеральной Ассамблеей ООН, для возможного использования государствами в своем законодательстве в целях создания единообразного регулирования.

Следовательно, толкование содержащихся в Законе РФ 1993 г. терминов и формулировок, включая выражение «нормы права» в ст. 28 Закона (которая в п. 1 полностью текстуально воспроизводит п. 1 ст. 28 Типового закона), определяется, учитывая международное происхождение Закона РФ 1993 г., его нацеленность на создание единообразного регулирования, тем значением, которое имелось в виду разработчиками Типового закона.

Важность обеспечения единообразного применения законодательства о международном коммерческом арбитраже, принятого на основе Типового закона, подтверждается внесением в 2006 г. в данный Закон ст. 2А «Международное происхождение и общие принципы», в п. 1 которой предусмотрено, что при толковании настоящего Закона надлежит учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности[5].

Однако в Типовом законе о международном торговом арбитраже и соответственно в принятых на его основе национальных законах отсутствует толкование содержащихся в нем терминов, в том числе и термина «нормы права», что сделало бы содержание этого термина общеизвестным и общедоступным для всех, кто обратится к тексту Закона.

Чем же подтверждается такое значение термина?

Известно, что разработчики Типового закона, включив в п. 1 ст. 28 право сторон избрать «нормы права», использовали термин, уже получивший в сфере регулирования международного коммерческого арбитража специальное значение. В литературе отмечалось, что термин «нормы права» с таким специальным значением был впервые введен Декретом Франции о международном коммерческом арбитраже 1981 г., включен в ст. 1496 ГПК Франции, согласно которой стороны, а в отсутствии их выбора и арбитры, могли свободно выбирать нормы права, применимые к их спору. При этом комментаторы были едины в признании отсылки к транснациональным нормам и суды не оспаривали это толкование; то же выражение и с тем же значением использовали и некоторые другие правовые системы[6].

То, что именно такое толкование термина «нормы права» признавалось при разработке Типового закона ЮНСИТРАЛ, подтверждают опубликованные рабочие материалы в рамках ЮНСИТРАЛ (*travaux preparatoires*). Как отмечает А. С. Комаров со ссылкой на материалы разработки Типового закона, смысл и цель использования в тексте Типового закона термина «нормы права» заключались в том, чтобы дать возможность сторонам предусматривать в качестве *lex contractus* не только право в его обычном смысле, т. е. нормы, составляющие часть какой-то определенной национальной правовой системы, но также и правовые нормы, разработанные на международном уровне, содержащиеся как в конвенциях, так и в аналогичных юридических текстах, которые еще не приобрели обязательной силы в качестве права, не стали частью правовой системы государства[7].

---

[5] http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/A1R.pdf

[6] См.: *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard and J. Savage. The Hague, Boston; London, 1999. P. 802.

[7] См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. М., 2002. С. 307.

При разработке Закона этот термин был противопоставлен термину «право» в п. 2 ст. 28 Закона, где речь идет о праве, выбранном арбитрами, которым в результате дискуссии было решено предоставить меньшую свободу, чем сторонам в отношении источников, которые могут быть выбраны как основа для рассмотрения спора по существу.

М. Блессинг, констатируя, что при разработке Типового закона 1985 г. не удалось достичь консенсуса относительно включения в п. 2 ст. 28 термина «нормы права», отмечает, что таким образом арбитры согласно Типовому закону 1985 г. получили меньше полномочий по сравнению с самими сторонами[8]. Х. М. Хольцман указывает, что возможность ограничения усмотрения арбитров при выборе применимого права активно обсуждалась при создании Закона, при этом делегаты решили, что требование к арбитрам разрешить дело на основе права, поскольку им не было дано сторонами право применять «нормы права» обеспечит большую предсказуемость и определенность[9].

Термин «нормы права» именно в таком значении был включен и в регламенты многих международных коммерческих арбитражей, как в действующих, так и в более ранних редакциях, как в странах, законодательство которых основано на Типовом законе, так и не входящих в эту группу. Так, например, п. 1 ст. 21 Арбитражного регламента Международной торговой палаты 2012 г. предусматривает, что стороны свободны в выборе норм права, которые должны применяться составом арбитража к существу спора; ст. 22 Регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма 2010 г, ст. 33 Швейцарского регламента международного арбитража 2012 г. и многие другие арбитражные регламенты также предусматривает возможность для сторон выбрать нормы права.

Широкое признание специального значения термина «нормы права» проявляется и в том, что в целом ряде регламентов (например, Регламент Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, ст. 22) предусмотрены два термина, т. е. стороны могут согласовать «право» и «нормы права».

1.4. Расширение применения термина «нормы права» в специальном значении

Расширение применения данного термина происходит, например, путем приведения в соответствие с Типовым законом национального законодательства. Так, в ходе реформы австрийского арбитражного законодательства 2006 г. в § 603 разд. IV Гражданского процессуального кодекса Австрии об арбитражном разбирательстве была включена формулировка, согласно которой арбитражный суд разрешает спор в соответствии с нормами права или правилами, о которых стороны договорились. В комментарии к данному тексту говорится, что п. 1 ГПК Австрии соответствует п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ, формулировка «в соответствии с нормами права или правилами, о которых стороны договорились» охватывает также нормы, которые не относятся к правовой системе какого-либо государства, например стороны могут согласовать применение Принципов УНИДРУА. Аналогичное положение включено в Регламент по арбитражу и примирению Венского Международного арбитражного суда при Федеральной палате экономики Австрии[10].

О расширении применения термина «нормы права» в специальном значении свидетельствует введение в Регламент МКАС при ТПП РФ в § 26 термина «нормы права», поскольку, несмотря на содержание российского Закона РФ 1993 г., где был использован термин «нормы

---

[8] *Blessing M.* Introduction to arbitration – Swiss and International Perspectives. Basel; Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1999. Part II. P. 226.

[9] *Holtzmann H.M.* Aplication of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Goverened by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration // The UNIDROIT Principles: Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Governed by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in THE UNIDROIT PRINCIPLES: A COMMON LAW OF CONTRACTS FOR THE AMERICAS? ACTS/INTER-AMERICAN CONGRESS. VALENCIA, VENEZUELLA, 6–9 NOVEMBER, 1996: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome. P. 165 (1998).

[10] *Хагер С.* Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. М.: Волерс Клувер, 2006. С. 55.

права», в ранее действующем Регламенте МКАС говорилось о выборе материальных норм права. Комментируя это изменение, А. С. Комаров отметил, что под нормами права, которые стороны могут определять в качестве применимых к разрешению спора, понимаются не только правовые нормы, являющиеся составной частью какой-либо правовой системы, но и положения, содержащиеся в принятых на международном уровне нормативных документах, не служащих формальным источником права в традиционном понимании[11], а также пояснил, что стороны, которые выбрали для рассмотрения споров МКАС, могут выбрать гибкое решение относительно применимого права – Принципы УНИДРУА как применимое право, чтобы избежать сложностей, присущих согласованию, в качестве применимого национального права[12]. М. Г. Розенберг, комментируя новую редакцию § 26 Регламента МКАС, подчеркивал, что из уточненного текста прямо вытекает возможность при разрешении международных коммерческих споров применять по соглашению сторон в качестве договорного статута (*lex contractus*) не только национальное право конкретного государства, но и нормативные источники, принятые авторитетными международными организациями, например Принципы УНИДРУА[13].

Следует отметить, что именно этот термин применен в Регламенте в § 9 «Содержание искового заявления» (подп. «е» п. 1), согласно которому в исковом заявлении указывается обоснование исковых требований с учетом применимых норм права, в § 12 «Отзыв на исковое заявление» (подп. «д» п. 1) которые предусматривает, что отзыв должен содержать обоснование позиции ответчика с учетом применимых норм права.

Расширение применения специального термина «нормы права» продолжается и на уровне в документах, разрабатываемых на международном уровне. Например, в Арбитражном Регламенте ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г. положение п. 1 ст. 33 Регламента 1976 г. о том, что арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу, заменено на положение о том, что стороны согласовывают нормы права (ст. 35). В комментариях к этому изменению отмечалось, если согласно прежней норме, например, Принципы УНИДРУА могли быть предусмотрены сторонами как договорные условия, то в новой редакции нормы права, выбранные сторонами, имеют более высокий ранг в иерархии применимых источников, они не просто будут инкорпорированы в контракт, но поднимутся до статуса применимого права, а не останутся условиями контракта, подчиненными применимому праву[14].

Всевозрастающая тенденция разрешать сторонам согласовывать «нормы права», которые не являются нормами какого-либо национального права, на основе которого арбитры должны согласовывать свое решение, отмечается непосредственно в комментарии к Преамбуле Принципов УНИДРУА, при этом делается ссылка, в частности на п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Таким образом, при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем Принципы УНИДРУА, применение которых согласовано сторонами, получают статус применимого права при рассмотрении спора по существу в отличие от рассмотрения спора арбитражным судом, где Принципы в этом случае остаются договорными условиями, подчиненными применимому в соответствии с нормами международного частного права национальному праву.

---

[11] См.: *Комаров А.С.* Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10. С. 15.

[12] См.: *Komarov A.S.* Reference to the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration Practice in the Russian Federation, No. 3, UNIFORMLAWREVIEW, 2011. P. 658.

[13] См.: Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. А. С. Комарова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 109.

[14] Giuditta Cordero Moss, Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: Further Steps in INTERNATIONAL ARBITRATION LAW REVIEW. Vol. 13, issue 3. P. 97 (2010).

1.5. Возможность для сторон предусмотреть применение Принципов как норм права, применимых к рассмотрению спора по существу, обеспечивает существенные преимущества. Очевидно, что среди них в первую очередь обычно отмечается, что спор рассматривается на основе единообразных, заранее известных сторонам правил, которые созданы с учетом особенностей регулирования международного коммерческого оборота, что ставит стороны в равные условия при защите своих интересов.

Особое внимание стоит обратить и на то, что выбор сторонами Принципов в качестве применимого права дает возможность сторонам допустить его применение только в границах вопросов, не урегулированных в контракте, если стороны, заключая контракт, имеют такое намерение.

Такая оговорка в отношении ограничения применения национального права вряд ли будет признана арбитрами[15].

Например, при рассмотрении МКАС условия о применимом праве в российско-китайском контракте, в котором указывалось, что при противоречии норм применимого права и условий настоящего контракта действуют условия контракта, отмечалось, что такая формулировка прямо противоречит императивным предписаниям ГК РФ, согласно которым договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующими в момент его заключения (п. 1 ст. 422 ГК РФ), а по усмотрению сторон условия договора могут определяться, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами[16].

Поскольку императивные нормы ГК РФ могут быть исключены посредством выбора сторонами национального права другой страны, но эти нормы не могут быть волею сторон исключены при субсидиарном применении права Российской Федерации, стороны могут в таких случаях предусмотреть Принципы в качестве субсидиарного статута и ограничить их применение рамками положений контракта, исключить то, что регулируется контрактом.

Возможность предусмотреть применение Принципов, а не национального права может иметь особое значение при заключении договора на основании Типовых контрактов. Выбрав Принципы, а не национальное право, для субсидиарного применения стороны смогут избежать спорной ситуации, которая возникает на практике, в том случае, когда императивные нормы применимого национального права предусматривает отличное от положений Типового контракта регулирование одних и тех же вопросов, при этом арбитры скорее всего будут отдавать приоритет нормам национального права.

Следует обратить внимание на то, что реальный выход из этой ситуации с помощью Принципов предложен в Типовых контрактах, разработанных под эгидой Международной торговой палаты (МТПICC). Например, в Типовом коммерческом агентском контракте МТП (2-е изд. Публикация МТП № 644) в п. 2 «Применимое право», во Введении к которому предусмотрено, что данный типовой контракт основан на презумпции того, что он не регламентируется каким-либо национальным правом, а регулируется только положениями самого контракта и принципами права, общепринятыми в международной торговле (*lex mercatoria*). По мнению Рабочей группы, разрабатывавшей данный типовой контракт, этот вопрос может быть решен путем обращения к Принципам УНИДРУА[17].

---

[15] В данном случае мы не рассматриваем высказанное в литературе, но не получившее широкого распространения мнение о возможности, руководствуясь п. 1 ст. 28 Закона, подчинить спор национальному праву с исключением регулирования по отдельным вопросам, признавая при этом обоснованность такого подхода.

[16] См.: *Розенберг М.Г.* Как формулировать во внешнеэкономическом контракте условие о применимом праве // Экономика и жизнь. 2011. № 39. С. 13.

[17] См.: *Рамберг Ян.* Международные коммерческие транзакции. 4-е изд. Публикация ICC № 711: Пер с англ.; под ред. Н. Г. Вилковой. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 675.

Очевидно, что в таком случае положения Принципов УНИДРУА не будут преобладать над договорными условиями, включающими типовые контракты, поскольку стороны могут предусмотреть применение этих норм права (Принципов) в какой-либо части или с исключением определенных вопросов, в том числе регулируемых в самом контракте, т. е. предусмотреть применение норм права в понимании п. 1 ст. 28 Закона и ограничить их применение положениями, которые не урегулированы контрактом.

Важно отметить и те преимущества, которые открываются при обращении к Принципами УНИДРУА как к субсидиарному статуту международного коммерческого договора.

Так, выбор Принципов УНИДРУА, а не национального законодательства, в качестве субсидиарного статута для восполнения пробелов Венской конвенции создает единообразное регулирование международной купли-продажи. Поскольку Принципы разработаны для разных видов международных контрактов, их применение как субсидиарного статута может быть согласовано и применительно к другим конвенциям.

2. Несмотря на свободу выбора и преимущество применения Принципов УНИДРУА, стороны не всегда достигают соглашения о применимых нормах права. Вправе ли арбитры при отсутствии соглашения сторон признать применимыми к рассмотрению спора по существу нормы права, а следовательно, и Принципы УНИДРУА по своей инициативе?

Известно, что в выборе применимого права арбитрами в национальном законодательстве о международном коммерческом арбитраже и в арбитражных регламентах предусмотрены разные методы, общим для которых является то, что арбитры обладают свободой от применения коллизионных норм страны своего местонахождения[18]. Эти методы включают:

1. Определение применимого права на основе коллизионных норм, которые арбитры сочтут применимыми, что впервые было предусмотрено в п. 1 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., и дальнейшем включено в п. 2 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ, далее – в национальное законодательство и регламенты[19].

2. Определение применимого права на основе принципа тесной связи, что предусмотрено, например, ст. 187 Закона «О международном частном праве» Швейцарии 1987 г., ст. 834 ГПК Италии 1994 г. и др.

3. Определение применимого права на основе прямого выбора (*voie directe*)[20], что предоставляет наибольшую свободу арбитрам, поскольку состав арбитража применяет закон или нормы права, которые он считает подходящими (предусмотрено в регламенте Арбитражного института при ТПП Стокгольма, в Арбитражном регламенте Международного арбитражного суда МТП, Регламенте Лондонского коммерческого арбитражного суда и др.).

Очевидно, что разные методы предоставляют разный уровень свободы, но свобода определения применимого права характеризуется не только методом, ее степень различается в зависимости от свободы в выборе источников – могут ли арбитры выбрать не только национальное право, но и «нормы права», а именно Принципы УНИДРУА по своей инициативе.

В национальном законодательстве, принятом на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в п. 2 ст. 28 предусмотрено, что арбитры применяют право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые они считают применимыми, т. е. арбитры могут выбрать право, а не нормы права. Из истории создания Типового закона 1985 г., как уже отмечалось, известно, что ограничение усмотрения арбитров при

---

[18] См. подробнее: *Бардина М.П.* Определение права, применимого к существу спора международным коммерческим арбитражем // Государство и право. 2010. № 9. С. 87–90.

[19] См.: *Бардина М.П.* Определение применимых коллизионных норм в практике международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А. С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2007. С. 26–46.

[20] См.: *Кабатова Е.В.* «Прямой» выбор применимого права в международном коммерческом арбитраже // Там же. С. 229.

выборе применимого права активно обсуждалось при создании Типового закона. При этом было решено, что требование к арбитрам разрешать спор на основе права, поскольку им не было дано сторонами полномочие применять «нормы права», обеспечит большую предсказуемость и определенность.

Таким образом, в странах, законодательство которых основано на Типовом законе (Model law countries), арбитры не вправе выбрать Принципы УНИДРУА как основу для арбитражного решения, если их на это не уполномочили стороны[21]. В доктрине признается, что в Типовом законе арбитры получили меньше полномочий по сравнению с самими сторонами[22].

Но при этом арбитры могут обращаться к Принципам при разрешении конкретных вопросов, не урегулированных в национальном законодательстве, ссылаясь на то, что этот документ принят авторитетной международной правительственной организацией, как к своду общепринятых в международном обороте правил, как к документу, который приобретает характер международного торгового обычая.

В регламентах международных арбитражей последнего поколения, предоставляющих арбитрам право прямого выбора, а также в большинстве регламентов, предусматривающих определение применимого права на основе принципа тесной связи, арбитрам предоставлены более широкие полномочия в выборе применимых источников. А именно они решают спор по существу по своему выбору на основе права или «норм права» и соответственно могут применять Принципы УНИДРУА по своей инициативе.

Например, в п. 1 ст. 21 Арбитражного регламента МТП 2010 г. арбитры применяют нормы права, которые они сочтут подходящими, в п. 1 ст. 33 Регламента международного арбитража швейцарских торговых палат 2012 г., а также в ст. 22 Регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма 2010 г. арбитражный суд применяет право или нормы права, которые считает применимыми.

Таким образом, в настоящее время можно констатировать существование двух различных подходов к вопросу предоставления права арбитрам применять Принципы УНИДРУА по своей инициативе для разрешения спора по существу, которые соответствуют различным методам определения применимого права. Такое право содержится в регламентах, предусматривающих определение применимого права на основе прямого метода и тесной связи, но известно, что даже в тех случаях, когда арбитры уполномочены на применение Принципов по своей инициативе не Принципы, а национальное законодательство остается тем источником, на основе которого в большинстве случаев рассматривается спор по существу.

Однако нельзя не учитывать, что Принципы УНИДРУА имеют еще весьма недолгую историю, в течение которой они постоянно дополнялись. Напомним, что М. Бонель оценивал расширение применения Принципов как весьма успешное, и отмечал, что Венской конвенции о договорах международной купли-продажи потребовалось восемь лет, чтобы начать применяться и еще четыре года, чтобы получить 100 примеров ее применения[23].

3. Как следует из рассмотренных условий применения Принципов УНИДРУА, перспектива расширения их применения при рассмотрении спора по существу в настоящее время в большей степени зависит от согласования их применения сторонами спора.

Однако выбор сторонами Принципов УНИДРУА во многом зависит от осведомленности сторон о том, что им предоставлено такое право, и от уверенности в том, что арбитры будут следовать сделанному ими выбору.

---

[21] См.: *Holtzmann H.M.* Op. cit. P. 165.

[22] См.: *Blessing M.* Op. cit. P. 226.

[23] См.: *Bonell M.J.* UNIDROIT Principles 2004 – The new Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute of the Unification of Private Law // Uniform Law Review. 2004. N 5. P. 16.

Вполне очевидно, что полная ясность и определенность в этом могла бы быть достигнута путем пояснения термина в самом Типовом законе, поскольку в настоящее время значение термина «нормы права» можно сравнить с закодированным в нем смыслом, используемым в контексте международного арбитража, который известен не всем, а только тем, кто хорошо знаком с имеющимися в открытом доступе рабочими материалами (*travaux preparatoires*) и пояснительными записками по подготовке Типового закона, опубликованными в Ежегодниках ЮНСИТРАЛ, правовой литературой, комментариями к арбитражным регламентам.

Как справедливо отмечает Э. Жоливэ, анализируя применение Принципов УНИДРУА в практике международного арбитражного суда МТП, несомненно, что продолжающиеся публикации решений, относящихся к применению Принципов, помогут идентифицировать определенные ключевые темы в применении этого инновационного инструмента международного торгового права, и при достижении большей ясности участники международного бизнеса, вероятно, смогут лучше оценить полезность Принципов и чаще к ним обращаться в контрактах и при разрешении споров[24].

Для российских участников международных коммерческих отношений такие продолжающиеся публикации решений, относящихся к применении Принципов УНИДРУА, можно найти в известных сборниках «Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ», которые в течение многих лет готовились М. Г. Розенбергом, где в разделе «Указатель основных нормативных актов и других документов, на которые имеются ссылки в решениях МКАС», были названы Принципы УНИДРУА с перечислением номеров дел, в которых к ним обращались арбитры при рассмотрении спора.

4. К дальнейшему расширению применения Принципов УНИДРУА возможно приведет наметившаяся тенденция расширения сферы применения норм права независимо от способа рассмотрения споров, денационализация правового режима международных контрактов, в каком бы суде они ни рассматривались.

Признак того, что дорога к вненациональным источникам в перспективе может быть открыта и при рассмотрении споров государственными судами, проявился в Регламенте ЕС «Рим I» «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам», п. 13 Преамбулы которого предусматривает, что настоящий Регламент не запрещает сторонам включать посредством отсылки в свой договор негосударственное право.

Очевидно, что эта тенденция проявилась и при подготовке в рамках Гаагской конференции по международному частному праву Гаагских принципов по выбору права, применимого к международным коммерческим контрактам (*Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*).

Изначально разработчиками указанного документа констатировалось широкое признание того, что споры, возникающие из коммерческих контрактов, переданные в арбитраж, могут быть подчинены *nonstate-based rules,* выбранным сторонами, но судебные власти связаны правом и не могут в принципе применять нормы, которые не являются интегральной частью правовой системы, которой они подчинены[25].

В последующем было предложено создать единую для суда и международного коммерческого арбитража норму о выборе права. В ст. 2 Гаагских принципов (проект 2014 г.) говорится о праве стороны выбрать право с пояснением при этом в ст. 3, что право, выбранное сторонами, может быть нормами права, которые представляют собой общепринятый на международном,

[24] См: *Jolivet E.* The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration // UNIDROIT Principles. New Developments and Applications – 2005 Special Supplement/ ICC International Court Bulletin. P. 72.

[25] См.: Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles. Permanent Burea of the Hague Conference on Private International Law // Uniform Law Review. 2010. P. 891–893.

наднациональном или региональном уровне нейтральный и сбалансированный свод правил, если иное не предусматривает право страны суда[26].

Гаагские принципы носят рекомендательный характер, но являются важным показателем развития определения применимого права к договорам, тенденцией на расширение источников возможного выбора применимого права, допускающее выбор норм права, а соответственно и Принципов УНИДРУА не только при рассмотрении споров по существу международным коммерческим арбитражем, но и государственными судами.

[26] The draft Hague principles on choice of law in international commercial contracts. Preliminary document No. 6 – revised of July 2014 for the attention of the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law (http://www.hcch.net/ index_en.php?act=text.display&tid=49).

В.В. Безбах, доктор юридических наук, профессор
Российский университет дружбы народов

Гражданский кодекс Бразилии и третейское разбирательство коммерческих споров

Принятый в Бразилии 10 января 2002 г. Закон № 10.406 стал актом, давшим жизнь новому Гражданскому кодексу этой страны, заменившему прежний Кодекс 1916 г. На создание проекта этого Кодекса у его разработчиков ушло почти 30 лет. Основным мотивом, обусловившим появление в Бразилии нового Гражданского кодекса, стал мотив модернизации. Кодекс 1916 г. был создан в обществе, которое еще хранило в своем сознании память о колониальном прошлом. Это было общество, существовавшее в условиях монархического строя, патерналистских традиций, аграрной экономики, неграмотности большей части населения. Наступление же XXI в. застало Бразилию страной с совершенно иным обществом, страной высокоразвитой промышленности, высоких технологий, страной бурных темпов экономического и культурного развития. Стране понадобился новый гражданский кодекс, которому надлежало отвечать двум императивам: императиву сохранения исторически сложившейся цивилистической традиции, и императиву приведения его положений в соответствие с новыми экономическими и социальными реалиями.

Первому императиву отвечает структура нового Кодекса: как и у Кодекса 1916 г., она выстроена по пандектной системе.

Второму императиву призваны отвечать некоторые новые подходы, которых не знала прежняя кодификация бразильского гражданского законодательства. На первое место в их ряду следует, видимо, поставить стремление следовать новой основополагающей идее, пронизывающей новый ГК Бразилии: идея *«ter»* оказалась воплощенной в нем в ущерб ранее не знавшей ограничений идее «*ser*». Два инфинитивных глагола, избранные для их обозначения, т. е. «иметь» и «быть», в целом удачно выполняют предназначенную им функцию образного указания на сужение старого принципа новым. Действительно, в ГК 1916 г. и в сфере договорных обязательств, и в сфере собственности все было подчинено абсолютизации интересов частного собственника, правомочия которого не подвергались никаким социально окрашенным ограничениям: не стеснялся рамками принцип свободы договора, не провозглашался принцип социальной функции собственности.

Гражданский кодекс 2002 г. осуществил такое стеснение, во-первых, и закрепил приоритет личностной ценности человека (*valorizar o «ser»*), во-вторых. Этот приоритет вытекает из зафиксированных в нем принципов *eticidade, operabilidade* и *socialidade*, т. е. «этичности», «действенности» и «социальности».

В числе принципов нового гражданского законодательства, закрепленных в ГК Бразилии 2002 г., следует упомянуть также принцип *boa fé*, т. е. принцип добросовестности, конкретизирующий в известной степени принцип этичности. Последний трактуется в контексте объективной концепции добросовестности (*concepção ética da boa fé*), выступая, таким образом, многоотраслевым принципом права.

Концепция добросовестности в субъективном смысле, которую бразильские правоведы именуют также «психологической концепцией», применяется в тех случаях, когда квалификация правоотношения требует учета намерений его участников. Чаще всего она применяется в договорной сфере.

Последнее обстоятельство связано с тем, что свобода договора подчинена современными кодификациями Бразилии принципу социальной функции договора (*função social do contrato*), означающему, что интересы участников договора ни при каких условиях не могут предпочи-

таться социальному интересу. Принцип социальной функции договора был закреплен бразильским законодательством еще в 1990 г., Кодексом о защите прав потребителя, принятым Законом № 8.078/90. Этот Кодекс исходит из тезиса об открытом перечне (*numerus apertus*) условий договора, которыми потребитель может быть поставлен в неравное положение с коммерсантом. Такие условия считаются проявлением злоупотребления свободой договора той стороной, к выгоде которой они направлены, т. е. контрагентом потребителя, и *ex officio* признаются судом ненаписанными. Гражданский кодекс Бразилии 2002 г. поддержал принцип социальной функции договора.

Применение принципа социальности тесно связывается новым ГК Бразилии с принципом социальной функции собственности. В отношениях, например, собственности на сельскохозяйственные земли последняя должна подчиняться триаде императивов: производительному использованию земли, поддержанию равновесного состояния окружающей среды, а также гармоничным трудовым отношениям в сфере использования таких земель. Пренебрежение любым из этих императивов влечет за собой применение санкции, закрепленной гражданским законодательством, – принудительную экспроприацию соответствующего земельного участка. Закрепление такой санкции в новом ГК Бразилии – еще одно свидетельство отступления от сугубо индивидуалистского подхода прежнего кодекса в пользу подчинения правомочий собственника социальному интересу (*supremacia do interesse social em detrimento do exagero individualista*).

Принцип действенности (*operabilidade*) выражен в новом кодексе посредством включения в него так называемых общих положений (*cláusulas gerais*). Они представляют собой выражение «юридически открытых понятий» (*conceitos juridicamente abertos*), конкретное содержание которых подлежит наполнению тем, кто осуществляет их толкование. Цель такого толкования – повысить действенность права, содержащего такие положения, а равно эффективность его применения.

Некоторые бразильские правоведы характеризуют новый ГК Бразилии в терминах идеализации допускаемой им гибкости толкования содержащихся в нем общих положений. Именно она, по их мнению, делает кодекс грандиозным явлением в нормотворчестве, освобождающим правоприменителя от медлительности и нерасторопности (*morosidade*) законодателя. Эта гибкость, подчеркивают они, устраняет необходимость подвергать кодифицированный акт многочисленным изменениям и дополнениям, вызываемую инертностью парламента.

По замечанию одного из них, Ricardo Fiuza, «гражданский кодекс должен выражать предписываемые им правила в достаточно открытой форме, с тем, чтобы сделать возможным их творческое толкование (*de maneira a permitir a função criadora do intérprete*). Необходимо выйти за пределы чрезмерного позитивизма, «бетонирующего» право и замедляющего необходимые ему перемены; лишь в этом случае удастся достигнуть постпозитивистской фазы [развития] права. Избыток позитивизма приводит к усмотрению в законодательстве неисчерпаемого источника решений для любых задач, выдвигаемых правовой жизнью, к взгляду, согласно которому закон все предусматривает и все разрешает, – иными словами, такой избыток оказывается главным источником нестабильности и ненадежности законодательства» [27].

Примечательно, что сходные воззрения послужили разработчикам нового ГК Бразилии основой, на которой построено объединение норм гражданского и предпринимательского права в одном кодифицированном акте, – объединение, которое в латиноамериканской цивилистике принято обозначать термином «унификация частного права» (*unificacao do direito privado*).

[27] См.: Entrevista com Dr. Fiuza, Relator Geral do Novo Código Civil. // Fevreiro 1. 2007 (http://www.youtube.com/watch?v=ywcZ6KZJGfY).

Структурно Кодекс разбит на девять книг, из которых первые три составляют Общую часть и последующие шесть – Особенную. Предпринимательскому праву посвящена вторая книга Особенной части (Libro II. – Direito a empresa)[28]. В ней сосредоточены нормы, посвященные статусу предпринимателя, организационно-правовым формам предпринимательской деятельности. Предприятие трактуется в ней как имущественный комплекс, объединяющий и материальные, и нематериальные элементы[29].

Однако специальных норм, посвященных третейскому рассмотрению споров между коммерсантами вторая книга Особенной части бразильского Гражданского кодекса не содержит, так как они помещены в других разделах кодекса. В наиболее общей форме принцип допустимости разрешения споров в третейском порядке сформулирован в ст. 851 и ст. 853 ГК 2002 г., которым отведено место в титуле VI книги первой Особенной части, среди норм о различных видах договоров (Titulo VI. Das varias especies de contrato), а именно в главе о соглашениях (Capítulo XX. Do Compromisso). В первой из них закрепляется правило о допустимости соглашений, направленных на судебное либо внесудебное разрешение споров между контрагентами[30]. Во второй указывается, что договоры могут содержать в себе третейское соглашение, нацеленное на разрешение споров в третейском суде (*juizo arbitral*) в порядке, установленном специальным законом[31].

Положения о третейском разбирательстве не могут, конечно, найти исчерпывающего закрепления в Гражданском кодексе; в Бразилии, как и в других странах, такие положения выражены в специальном законе. Однако исторические особенности становления и развития бразильского законодательства таковы, что весьма немногочисленным нормам Кодекса, относящимся к арбитражному соглашению (третейской оговорке), довелось исполнить роль принципиальной основы, допускающей третейское разбирательство (*arbitragem*) в качестве способа разрешения имущественных споров.

Дело в том, что в Бразилии довольно продолжительное время сохранялось положение, при котором такое разрешение возлагалось исключительно на систему государственных судов. Более того, в литературе совсем недавно можно было встретить немало суждений, весьма сдержанно оценивающих текущее положение дел в третейской сфере. Парадокс ситуации авторы таких суждений связывали с тем, что весьма медленный ход рассмотрения торговых споров в системе государственных судов, осложняемый к тому же многочисленными препонами бюрократического характера, не благоприятствует более широкому и масштабному использованию третейской формы их разрешения[32].

Чаще всего назывались две причины такого положения: а) получившая широкое распространение практика уклонения от соблюдения третейского соглашения при возникновении споров из договоров; б) зависимость правового значения решения третейского суда от подтверждения его со стороны государственного суда (*homologação da sentença arbitral por tribunal do Poder Judiciário*).

Однако юридическая общественность Бразилии, инициативы деловых кругов, а также поддержка некоторых ветвей судебной власти позволили к середине 1990-х гг. существенно исправить такое положение. Сначала удалось добиться ратификации (в 1995 г.) Национальным

---

[28] См.: Codigo civil. Anotado por Maria Helena Diniz. 17a edicao. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2013.

[29] Примечательно, что в число последних судебная практика, основанная на применении норм ст. 1.142–1.149, включает также элементы электронной торговли, признавая, например, залогоспособность веб-сайта, на котором отражаются сведения о торговом предприятии и поддерживаются контакты с ним.

[30] Статья 851: «É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar».

[31] Статья 853: «Admitese nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial».

[32] См.: *Vitor Barbosa Lenza Junior*. A arbitragem como forma alternativa de jurisdicao no Brasil // Revista de Direito. Vol. 25. P. 431–455.

конгрессом Бразилии Межамериканской конвенции о международном коммерческом арбитраже 30 января 1975 г.[33] Затем был принят Закон № 9.037 о третейских судах от 23 сентября 1996 г.[34], выступающий главным источником норм, предназначенных для регулирования деятельности третейских судов по рассмотрению торговых споров.

Разумеется, принятие этого закона не было самой первой вехой на пути к появлению в Бразилии третейского разбирательства споров коммерческого содержания. Согласно общепринятому мнению, арбитраж в этой стране ведет свою историю от Свода законов, опубликованного при короле Португалии Филиппе I (1603 г.)[35]. На территории Бразилии он действовал вплоть до провозглашения Конституции Бразильской империи в 1824 г.

Более того, в 1850 г. Торговый кодекс Бразилии закрепил норму об обязательном порядке разрешения споров между коммерсантами в формате третейского разбирательства (*arbitragem obrigatória para questões comerciais).* Однако в 1866 г. обязательный третейский порядок разрешения коммерческих споров в Бразилии был отменен[36] и следование этому порядку оставалось возможным только по соглашению сторон на основании третейского соглашения.

Этот же подход был использован и в ГК Бразилии 1916 г., а позднее Бразилия подписала созданный еще в рамках Лиги Наций Протокол об арбитражных оговорках от 24 сентября 1923 г. (Женева). Перспективы дальнейшего развития третейского разрешения споров были, впрочем, омрачены утверждением в 1937 г. автократического политического режима в стране, известного как «новое государство» (*Estado Novo*), приведшего к роспуску парламента, прекращению полномочий органов местной власти и принятию Конституции, допускавшей рассмотрение споров исключительно в государственных судах.

В 1969 г. Верховый суд Бразилии принял решение, которым признал возможность участия государства в качестве участника спора, принятого к рассмотрению международным третейским судом. Этим решением был создан прецедент, закрепивший легальность третейского разбирательства как метода рассмотрения споров в Бразилии. Затем Гражданский процессуальный кодекс 1975 г. предусмотрел право на выбор участниками спора вида разбирательства – государственного либо частного (*jurisdição pública ou particular*). Это были весьма значимые шаги в деле развития третейских судов, но к принципиальному улучшению положения дел в этой сфере они не привели, так как собственно порядок третейского разбирательства остался прежним, т. е. целиком зависящим от признания действительности его результатов государственными судами.

Улучшение наступило после принятия Конституции Бразилии 1988 г., провозгласившей демократический характер формирования и отправления государственной власти в стране. Хотя применительно к рассмотрению споров в ней не содержится упоминаний о третейских судах, общий дух ее положений позволил существенно изменить воззрения на их роль в сфере разрешения имущественных споров между коммерсантами.

В этом же духе оказался выдержанным Закон № 9.037 о третейских судах от 23 сентября 1996 г. Бразилия не приняла Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., но текст Закона об арбитраже 1996 г. построен по его модели и современные бразильские обозреватели считают его актом, восстановившим атмосферу принятия третейского способа рассмотрения споров.

---

[33] См.: Convencion interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30.01.1975 / Текст конвенции доступен на сайте Департамента международного права Организации американских государств (http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html).

[34] См.: Lei 9.037 sobre arbitragem de 23 de setembro de 1996 / Текст закона доступен на сайте Юридического отдела канцелярии президента Бразилии (http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm).

[35] Ordenações Filipinas – масштабная компиляция кастильских законов, осуществленная в начале XVII в. испанским королем Филиппом II, который одновременно выступал в качестве португальского короля Филиппа I. См. Candido Mendes de Almeida. Brasil. [Leis etc]. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

[36] См.: *Vitor Barbosa Lenza Junior*. Op. cit. P. 431–455.

В 2002 г. Бразилия присоединилась к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.).

Основные положения Закона № 9.037 1996 г. состоят в следующем. Во-первых, был отменен прежний порядок подтверждения решений третейских судов государственными судами Бразилии[37]. Закон закрепил основополагающие начала третейского разбирательства: законность, независимость судей, равенство сторон перед законом и судом, состязательность и равноправие сторон (ст. 1, 2, § 1–4 ст. 21).

Во-вторых, в Законе прямо указано, что компетенция третейского суда вытекает из соглашения сторон. Понятие третейского соглашения в Законе № 9.037 1996 г. не определено, однако и доктрина, и практика трактуют его как результат письменного соглашения сторон о передаче возможного между ними спора в конкретный третейский суд.

Третейское соглашение может быть заключено в форме третейской оговорки в договоре либо в форме дополнительного соглашения к договору (*cláusula compromissória*, ст. 4–8). Оно может быть заключено и в виде отдельного письменного соглашения или договора (*compromisso arbitral*, ст. 9–12). Оно может быть заключено и в том случае, когда спор уже поступил на рассмотрение государственного суда первой инстанции, если этот суд еще не принял решение (ст. 9[38]).

Арбитражная оговорка считается самостоятельным соглашением, действительность которого не зависит от действительности договора, в котором она содержится[39].

Касаясь вопроса о требованиях к арбитрам (третейским судьям), указываемых Законом № 9.037 1996 г., следует заметить, что эти требования считаются исходящими от самих сторон. Они могут договориться о том, чтобы арбитры, которые будут рассматривать их спор, соответствовали тем или иным критериям, например, обладать опытом работы в определенной сфере, документами, подтверждающими их квалификацию и т. п. (ст. 21). Даже если арбитры назначаются, а не избираются сторонами, то назначающий орган должен учитывать критерии, обозначенные в соглашении сторон.

Что касается правил третейского разбирательства (*procedimento*), то согласно Закону № 9.037 1996 г., таковые устанавливаются сторонами арбитражного соглашения либо специализированным арбитражным учреждением (ст. 21). Правила разбирательства признаются неотъемлемой частью соглашения. Стороны, передавая спор на рассмотрение третейского суда, принимают на себя обязательство подчиниться решению последнего. Решение арбитра (третейского судьи) не подлежит обжалованию либо одобрению органом государственной судебной власти (*Poder Judiciário*).

Решения третейских судов подлежат немедленному добровольному исполнению. Форма этих решений должна отвечать обязательным реквизитам, предписанным ст. 26 Закона № 9.037 1996 г. (*requisitos obrigatórios*). В число реквизитов входят сведения о наименовании и резиденции спорящих сторон, изложение обстоятельств дела, мотивы решения, дата и место вынесения решения, подписи арбитров.

В случае отказа стороны, против которой вынесено решение, от его добровольного исполнения, она может быть принуждена к исполнению на основании исполнительного документа (*título executivo*), выдаваемого по ходатайству другой стороны государственным судом (*ação de*

---

[37] Характерно в этом отношении положение, закрепленное в ст. 18 Закона, однозначно подчеркивающее, что действительность решения третейского суда не зависит от последующего одобрения его со стороны государственных судов («O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário»).

[38] Art. 9. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

[39] Art. 8. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

execução de sentença ou laudo arbitral) в соответствии с положениями бразильского Гражданского процессуального кодекса 1973 г.

Относительно решений иностранных третейских судов следует отметить, что таковые признаются либо исполняются на территории Бразилии в соответствии с положениями международных конвенций, в которых участвует Бразилия, а при отсутствии таковых – в соответствии с положениями ст. 36 Закона № 9.037 1996 г. В этом случае Закон предполагает обязательное одобрение (подтверждение) решения иностранного третейского суда со стороны Верховного суда Бразилии (ст. 35).

Основаниями для отказа в признании либо исполнении иностранного третейского суда на территории Бразилии служат недееспособность сторон, недействительность арбитражного соглашения ввиду противоречия закону страны его заключения, злоупотребление правом со стороны третейского суда, выход решения за пределы содержания арбитражного соглашения при невозможности разграничения решения на части, соответствующие и не соответствующие такому соглашению, и др. (ст. 38). Противоречие решения иностранного третейского суда публичному порядку Бразилии также служит основанием для отказа в признании или исполнении такого решения (ст. 39).

Подводя итог изложенному выше, следует подчеркнуть, несмотря на то что в настоящее время большинство споров коммерческого содержания рассматривается в государственных судах Бразилии, третейский способ их разрешения признается набирающим все большую популярность.

Г.Н. Буднева, кандидат юридических наук, доцент, почетный профессор Всероссийской академии внешней торговли, арбитр МКАС при ТПП РФ

Международно-правовая охрана изобретений

В настоящее время в связи с восстановлением в России общепринятой системы охраны технических новшеств можно с полным основанием говорить о российском патентном праве.

Патентное право имеет дело с охраной и использованием нематериальных благ, являющихся продуктами интеллектуального творчества. Изобретения и другие объекты промышленной собственности представляют собой результаты мыслительной деятельности, идеальные решения тех или иных технических или художественно-конструкторских задач.

В объектах патентного права ценность представляет само содержание тех решений, которые созданы изобретателями. Именно они и становятся предметом охраны патентного права. Учитывая значение этой деятельности, государство устанавливает определенные нормы для регулирования этих отношений или же вырабатывает общие принципы, по которым они строятся на договорной основе.

В настоящее время важнейшим и основным источником, регулирующим интеллектуальную деятельность в России, является часть четвертая ГК РФ, введенная с 1 января 2008 г., где в ст. 1225 дается перечень объектов интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, среди которых названы изобретения.

Закон исходит из того, что результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации являются интеллектуальной собственностью. Это подтверждается и ст. 128 ГК РФ, принятой в новой редакции, которая также в числе объектов гражданских правоотношений указывает «охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность) …».

Обычно к интеллектуальной собственности относят, кроме объектов авторских прав, объекты промышленной собственности. В соответствии со ст. 1 (2) Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. К объектам промышленной собственности, кроме прочих, отнесены изобретения.

В России изобретения приобретают правовую охрану на основе патента (ст. 1345–1349).

Права на изобретение, основанное на охранном документе, обладают важнейшими особенностями.

Во-первых, лицо, получившее охранный документ (патент либо любой другой), обладает исключительным правом на соответствующий объект-изобретение. Это означает, что право на изобретение, основанное на охранном документе, предоставляет юридическую монополию на это техническое решение. Только патентовладелец может сам монопольно использовать охраняемый объект либо выдать кому-либо лицензию (разрешение) на его использование. Кроме того, только патентовладелец может на законных основаниях применять созданное им изобретение и одновременно запрещать третьим лицам применение данного изобретения без специального разрешения. В противном случае подобное действие третьих лиц будет квалифицировано как правонарушение. Поэтому основанные на охранном документе права относятся к категории абсолютных: праву патентовладельца изобретения использовать техническое решение корреспондирует обязанность всех остальных лиц («всех и каждого») воздерживаться от такого использования.

Во-вторых, патент на изобретение, являясь охранным документом, действует лишь на территории того государства, где он приобретен и используется изобретателем (так называемый территориальный принцип действия промышленных прав). Поэтому для приобретения

права на изобретение в другом государстве требуется подача заявки и самостоятельная выдача патента или иного охранного документа в этом иностранном государстве. Так, если в России создано изобретение и на это изобретение в России выдан охранный документ, это изобретение действует *только* в пределах России. Любая зарубежная фирма вне пределов России может использовать это изобретение и претензии к ней предъявлены быть не могут. Следовательно, чтобы обеспечить права на свое изобретение в других государствах, необходимо осуществить зарубежное патентование своего изобретения.

Для российских предприятий и организаций, как и для всех участников международной торговли, из принципа территориального действия патента вытекают важнейшие юридические последствия. Кроме названных выше следует обратить внимание на следующие моменты:

а) поскольку существуют различия в национальном патентном законодательстве западноевропейских стран, права российского предпринимателя на одно и то же изобретение, основанное на патентах, выданных в разных государствах, неодинаковы как по своему характеру, так и по объему;

б) патенты, полученные российским предприятием на одно и то же изобретение в разных государствах, юридически независимы друг от друга. Это означает, что любое изменение или прекращение действия патента в какой-либо стране не порождает никаких юридических последствий для действия патентов на это изобретение, выданных в других странах;

в) в тех случаях, когда происходит нарушение патентных прав в двух и более странах, российское предприятие должно в каждой из этих стран принять защитные меры самостоятельно (судебные или несудебные).

В-третьих, права изобретателя, основанные на охранном документе, являются срочными. Как правило, срок действия патента составляет от 15 до 20 лет. В России этот срок составляет 20 лет (ст. 1363 ГК РФ). В Японии и Италии – 15 лет, в Великобритании – 16 лет, Франции и Бельгии – 20 лет, в США и Скандинавских странах – 17 лет, в Германии и Швейцарии – 18 лет и т. д. По истечении срока действия охранного документа изобретения могут использоваться любым лицом как общественное достояние.

Правовую охрану может получить не всякое техническое решение, а лишь такое, которое отвечает требованиям закона к изобретению, т. е. является патентоспособным. В соответствии с российским законодательством изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо (п. 1. ст. 1350 ГК РФ). Изобретение считается новым, если оно не известно из уровня техники. Изобретение отвечает требованию наличия изобретательского уровня, если для специалиста оно явным образом не следует из уровня техники, т. е. по своему характеру является результатом изобретательского творчества, а не просто инженерной разработкой. Уровень техники включает любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения (п. 2. ст. 1350 ГК РФ). Изобретение является промышленно применимым, если оно использовано в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении, других отраслях экономики или социальной сфере (п. 4. ст. 1350 ГК РФ).

Далее законодательством предусмотрено, что раскрытие информации, относящейся к изобретению, автором изобретения, заявителем или любым лицом, получившим от них прямо или косвенно эту информацию, в результате чего сведения о сущности изобретения стали общедоступными, не является обстоятельством, препятствующим признанию патентоспособности изобретения при условии, что заявка на выдачу патента на изобретение подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение шести месяцев со дня раскрытия информации (п. 3. ст. 1350 ГК РФ).

Не предоставляется правовая охрана в качестве изобретения:

1. Сортам растений, породам животных и биологическим способам их получения, за исключением микробиологических продуктов, полученных такими способами;

2. Топологиям интегральных микросхем (п. 6. ст. 1350 ГК РФ).

Важная роль в регулировании охраны прав изобретателя принадлежит международным соглашениям – многосторонним и др. Особое место среди многосторонних соглашений занимает универсальная по сфере своего действия Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. Россия участвует в Конвенции как правопреемник СССР, который присоединился к ней в 1965 г. Страны – участницы Конвенции образуют Международный союз по охране промышленной собственности.

Целью Парижской конвенции является правовое закрепление ряда условий, облегчающих юридическим и физическим лицам каждой страны – участницы приобретение, использование и защиту прав «промышленной собственности» во всех остальных странах-участницах, в том числе правовую охрану изобретений. Конвенцией закреплен ряд важных условий охраны изобретений. Они включают в себя следующие: предоставление иностранцам национального правового режима, создание национальных патентных ведомств и издание ими официальных бюллетеней и т. д. Кроме того, Конвенция специально регламентирует ряд условий охраны изобретений: закрепление прав конвенционного и выставочного приоритета (первенства), территориальный характер действия патента, обязательное осуществление изобретений и ряд других.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, купив полную легальную версию на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.