

ми в органы ООН по правам человека, включая обращения по поводу тех ситуаций, которые могут свидетельствовать о грубых и массовых нарушениях прав человека.

Накопленный и обобщенный Организацией Объединенных Наций опыт по разрешению проблем коренных народов мира подтверждает, что на национальном уровне самые сложные вопросы должны решаться через диалог и партнерские отношения с самими коренными народами.

МЕЖДУНАРОДНАЯ ЧАСТНОПРАВОВАЯ ПРАКТИКА АДВОКАТСКОЙ ФИРМЫ “МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СЕМЕНОВ & ПАРТНЕРЫ”

О СРЕДСТВАХ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ИНОСТРАННОГО АКЦИОНЕРА В ОДНОМ ИЗ САМЫХ ИЗВЕСТНЫХ В ИСТОРИИ РОССИЙСКОГО ФОНДОВОГО РЫНКА СУДЕБНОМ ПРОЦЕССЕ (1995-2000 гг.)

Ю.Э.Монастырский,
кандидат юридических наук, адвокатская фирма
"Монастырский, Зюба, Семёнов & Партнёры"

1994 год - время расцвета фондового рынка в России, возрастающего интереса инвесторов к ценным бумагам российских эмитентов. Предполагалось, что посредством приобретения акций обеспечивается участие в прибыли приватизированных государственных предприятий, составлявших основу советской экономики. Сверхдоходный бизнес многих брокеров и созданных в России финансовых институтов заключался в скупке акций с целью формирования контрольного пакета и затем продажи его по более высокой цене. Спрос на акции "стимулировался" заграничными пенсионными фондами и инвестиционными компаниями, имеющими так называемую "долю рискованных вложений" в управляемых ими средствах клиентов.

Эмиссионные бумаги обществ, владеющих элементами национальной инфраструктуры (связь, электроснабжение и т.п.), являющихся устойчиво и прогнозируемо прибыльными из-за объективно возрастающего спроса на их услуги и продукцию, оказались в период сильного оживления фондового рынка в России предметом активного спекулирования, периодических и частых перепродаж уже под будущий рост стоимости. В связи с тенденцией возрастания цен на такие акции они стали наиболее выгодным объектом для вложений свободных средств.

Вместе с тем нельзя сказать, что в то время были уже отлажены регулирующие, организационные и контрольные механизмы фондового рынка. Поэтому возникали частые споры, недоразумения и ку-

рьезы, связанные именно с операциями с ценными бумагами. Наша адвокатская фирма участвовала в одном из самых громких, поучительных и весьма интересных дел, в котором многие правовые проблемы проявили себя с закономерной неизбежностью.

I. ОСОБЕННОСТИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБРАЩЕНИЯ АКЦИЙ

Этапы зарождения новой экономики характеризовались большой прибыльностью в определенных сферах бизнеса. Сначала это была торговля розничная (т.е. в прямом смысле слова торговля в ларьках), затем оптовая, основанная на ввозе массово-дефицитных, но дешевых потребительских товаров в условиях еще несформированной системы контроля за их качеством и соблюдением законодательства о потребителях. После этого значительной доходностью отмечалась предпринимательская деятельность банков, соревновавшихся между собой в обещаниях выплачивать более высокий процент по вкладам и действовавших вне принятых в мире правил надзора за сохранностью средств клиентов.

С 1994 г. наблюдался бум торговли акциями, которую обеспечивали получившие лицензии специализированные ее участники: регистраторы, депозитарии, инвестиционные институты, консультанты и др.

Особая роль в обслуживании сделок с наиболее распространенными бездокументарными акциями принадлежала "реестродержателю", или "регистратору". Его функция - правильно и быстро отражать в электронной базе данных результаты большого количества сделок, исполнение которых ведет к постоянной смене владельцев различных пакетов акций. Посредством данных регистратора осуществляется управление обществом, поскольку именно те лица, которые как акционеры включены в реестр, получают соответствующее количество голосов для принятия решения собранием акционеров. Далее от регистратора зависит объем дивидендов, выплачиваемых только тем лицам, которые значатся с определенным числом акций в системе ведения реестра. Именно информация, поступающая от регистратора, является окончательной и обязывающей для органов акционерного общества.

При осуществлении своей деятельности участники фондового рынка экономически заинтересованы в исполнении минимума формальностей. Преимущество получает тот покупатель или продавец, который быстрее других при начавшемся явном росте или падении

цен может совершить сделку. Поэтому большинство договоров продажи акций заключается тогда, когда продавец еще должен будет приобрести обусловленное количество по другому, заключенному ранее договору покупки акций, с целью выиграть на изменении цен. Таким образом, спекулятивные сделки совершались в отрыве от системы ведения реестра акций и данных регистратора. Большими удобствами и возможностями обладали те лица, которые осуществляли операции через систему электронных торгов, в которой быстрота, достоверность операций, дисциплинарная ответственность участников являлись факторами эффективной реализации ценных бумаг. Однако в 1994 г. множество договоров заключалось на внебиржевом рынке, посредством принятия предложений, поступающих от не известных продавцов, у которых по сложившимся обычаям оборота было даже неуместным требовать подтверждения того, что они значатся в реестре акционеров.

Внебиржевой рынок был очень развит еще и потому, что система налогообложения прибыли стимулировала участие зарубежных, главным образом оффшорных, компаний, которые при осуществлении друг другу платежей за границей за продававшиеся российские акции не платили налогов в РФ. Доход же российских юридических лиц, которые в отличие от иностранных компаний могли получить лицензию профессионального участника фондового рынка, должен был поступать на рублевые счета и, следовательно, облагаться налогом.

Механизмы контроля над элементарной достоверностью и подлинностью фондовых операций были хоть и расписанными, но все же несовершенными. Регистратор должен был вносить запись в реестр и устранять прежнюю запись, если кто-либо с доверенностью предъявлял так называемое "передаточное распоряжение" акционера. Двух печатей на упомянутых документах было достаточно, чтобы пакет акций, стоивший, скажем, несколько миллионов долларов, перешел во владение другого лица, указанного в передаточном распоряжении.

Незнание надежности и добросовестности участников сделок должно было компенсироваться процедурой регистрации договоров приобретения акций инвестиционными институтами и банками. Предполагалось, что регистрация должна сопровождаться проверкой правовой личности участников сделки и что для регистратора, ведущего реестр, штамп банка или инвестиционного института будет означать, что последние знают или узнали контрагентов. Однако на практике банки и инвестиционные институты регистрировали

сделки без должных проверок. Не будучи ответственными за результаты исполнения договоров, они с целью увеличения поступлений от такой не слишком сложной услуги пытались не обременять ее формальностями и привлекать таким образом большее количество клиентов.

II. ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ БЕЗДОКУМЕНТАРНЫХ АКЦИЙ

В 1994 г. и позднее сохранялись значительные проблемы регулирования бездокументарных ценных бумаг. Базовые правовые акты (Положение о реестре акционеров акционерного общества (утв. Распоряжением Госкомимущества РФ от 18.04.94 № 840-р) и Федеральные законы "О рынке ценных бумаг" от 22.04.96 № 39-ФЗ и "Об акционерных обществах" от 26.12.95 № 208-ФЗ) имели неважную юридическую технику. Но основной недостаток заключался в нечеткости и незаконченности концепции регулирования и содержания основополагающих правовых понятий. Ни нормативные акты, ни судебная практика, ни даже ученые однозначно не определяли, к какому виду имущества относятся бездокументарные акции - правам или вещам¹. На страницах юридических журналов велась интересная полемика по данному вопросу. Сторонники бездокументарных акций как прав провели включение в ст. 149 ГК РФ понятия "право-обладатель бездокументарной ценной бумаги".

Вместе с тем оставалось не ясным, как применяется к таким акциям правило о добросовестном приобретателе (действующее только по отношению к вещным объектам), без которого нормальный и устойчивый оборот акций невозможен, т.к. дефект или нарушение в самом отдаленном звене цепочки предшествующих сделок могли лишить любого акционера права на бездокументарную ценную бумагу в соответствии с известной римской аксиомой *nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet* (никто не может передать больше прав, чем сам имеет), закрепленной в ст. 384 ГК РФ.

Законодатель пытался решить эту проблему, но неудачно, создав явные и масштабные противоречия в регулировании. В ст. 28 Закона "О рынке ценных бумаг" был введен термин "право собственности на эмиссионные ценные бумаги", в том числе бездокументарные.

¹ А.Шаталов. Как защитить право на бездокументарные ценные бумаги // Рынок ценных бумаг. 1996, № 20. С.66.

Оставалось непонятным, имеется ли в виду, что выражение "право собственности" на бездокументарные ценные бумаги как нематериальные объекты следует считать условным, т.к. не может быть собственности на право, то ли на самом деле путем издания специальной нормы преследовалась цель изменить правовое значение бездокументарных акций.

Положения о добросовестном приобретении бездокументарных акций не вполне соответствовали цивилистической концепции этого принципа, закрепленного в ст. 302 ГК РФ. В ст. 2 Закона "О рынке ценных бумаг" вводилось понятие "добросовестный приобретатель". Им называлось лицо, которое без знания о неправомерности своего контрагента обязательно должно произвести оплату приобретенных ценных бумаг. Следовательно, покупатель, который не успел произвести платеж за акции, скажем, ввиду условий об отсрочке оплаты, защитой пользоваться не может, тогда как в ГК РФ (ст. 302) добросовестность - это отсутствие знания о незаконности без проявленной небрежности при заключении сделки, даже безвозмездной. С июля 1995 г. действовало Временное положение о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг (утв. Постановлением Федеральной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку при Правительстве РФ от 12.07.95 № 3). В данном подзаконном акте появилась норма (п. 3.1.7), в еще большей степени затемняющая значение, роль, объем и сферу применения этого правового принципа. Временное положение устанавливало, что именные ценные бумаги в бездокументарной форме не могут быть истребованы у добросовестного приобретателя. Оставалось неясным, то ли эту норму не следует применять потому, что она противоречит ГК РФ, акту более высокого уровня, то ли она - результат неудачной юридической техники в попытке распространить правовой режим вещей на бездокументарные ценные бумаги в вопросе защиты добросовестного приобретателя путем изложения лишь части правила. В упомянутом положении могло говориться о более ограниченном количестве случаев - только о невозможности истребования бездокументарных ценных бумаг, в то время как если, допустим, они украдены, то по общему правилу их можно истребовать. Вместе с тем в литературе некоторые правоведы рассматривали введенную Временным положением норму как правомерное изъятие из ГК РФ².

² В.И. Белов. Защита интересов добросовестного приобретателя ценной бумаги // Законодательство. 1997, № 6. С.36.

Другая проблема правового регулирования бездокументарных ценных бумаг состояла в неопределенности правового положения регистратора, круга его полномочий и ответственности. Некоторые комментаторы называли регистратора лицом, которое, по сути дела, хранит акции клиентов "как чужое зерно в амбаре" и, следовательно, несет ответственность за их утрату или неправильную выдачу-передачу. Другим полагали, что регистратор - это всего лишь технический фиксатор результатов сделки, профессиональный контролер их правильного отражения, ответственный за ведение и общую сохранность реестра.

Из анализа действовавших норм однозначно не следовало, является ли регистратор своего рода представителем эмитента, уполномоченным вести реестр, или нет. В первом случае регистратору следовало подчиняться эмитенту, тогда последний должен нести ответственность за действия регистратора. Вместе с тем, с одной стороны, существовал термин "независимый регистратор", с другой - вводились правила о том, что эмитент "не освобождается от ответственности" за ведение и хранение реестра (ст. 5.3 Положения о реестре акционеров акционерного общества).

Перечисленные основные проблемы правового регулирования бездокументарных ценных бумаг приводили к затруднениям и досадным недоразумениям при решении заинтересованными сторонами вопроса о выборе наиболее подходящего эффективного средства правовой защиты. Так произошло и в судебном процессе, подробности которого приводятся ниже.

III. ХИЩЕНИЕ КРУПНОГО ПАКЕТА АКЦИЙ ИЗ РЕЕСТРА АО "РОСТЕЛЕКОМ" И ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ПОСЛЕДОВАВШЕГО СПОРА

В ноябре 1994 г. в организацию (в тексте обозначаемую как "Ответственный регистратор"), ведущую реестр АО "Ростелеком", пришел некий гражданин с доверенностью от акционера (ниже именуемого "Иностранного акционера") и распоряжением о передаче крупного пакета акций багамской компании (далее - "Багамская компания"), а также с доверенностью от Багамской компании и передаточным распоряжением о дальнейшем переводе ценных бумаг на лицевой счет кипрской компании (в дальнейшем называемой "Приобретатель"). Одновременно были также представлены договоры о приобретении акций. Ничего не заподозрив в столь рутинной и часто

повторяющейся операции, работники Ответственного регистратора перевели акции на счет Приобретателя и внесли соответствующую запись в реестр. Прошло довольно продолжительное время прежде чем Иностранному акционеру обнаружил, что у него находится гораздо меньшее количество акций.

Возник спор. Претензии Иностранного акционера (далее именуемого также "Истец") адресовались в основном Ответственному регистратору, который, как оказалось, произвел запись по подложным документам, тем самым допустив совершение довольно крупной кражи. Неустановленные преступники смогли незаконно присвоить и реализовать Приобретателю пакет акций, который на пике своей стоимости достигал 15 млн. долларов. Требование Иностранного акционера о восстановлении записи Ответственный регистратор выполнять отказался. Последним были предъявлены хранившиеся в его файлах две доверенности, два передаточных распоряжения и два несложных договора купли-продажи акций с одной поддельной, как выяснилось, отметкой банка о регистрации. Единственная явная небрежность работников Ответственного регистратора заключалась в непридании никакого значения тому, что в передаточном распоряжении Иностранному акционеру назывался номинальным держателем акций, в то время как в реестре он значился как акционер.

Руководитель Иностранного акционера заявил, что он не подписывал ни доверенность, ни передаточное распоряжение. В рамках уголовного дела на пакет акций, находящийся у Приобретателя, был наложен арест в порядке ст. 175 УПК РФ. Следовательно назначил экспертизу, которая признала подписи на доверенности и передаточном распоряжении фальшивыми. Было понятно, что решиться на подобную махинацию могли те, кто имел доступ к конфиденциальной информации Иностранного акционера, скорее всего через его работников либо лиц, следивших за операциями на фондовом рынке. Забегая вперед, сообщим, что спустя почти семь лет найти причастных к преступлению не удалось. Однако сосредоточимся на описании последовавшего экономического спора.

IV. ВОЗНИКНОВЕНИЕ СУДЕБНОЙ ТЯЖБЫ. ИСКОВЫЕ ТРЕБОВАНИЯ ИНОСТРАННОГО АКЦИОНЕРА. ОТМЕНА РЕШЕНИЯ КАССАЦИОННОЙ ИНСТАНЦИЕЙ СУДА

Словно продолжая скандальное выяснение отношений с Ответственным регистратором, который "не заметил другую конфигурацию подписи", Иностранному акционеру заявлены следующие иски: о ничтожности двух последовательных сделок и восстановлении записи в реестре акционеров. При этом основным ответчиком по делу назывался Ответственный регистратор и наш клиент, АО "Ростелеком". Стороны же сделок привлекались в качестве третьих лиц. Следуя такой юридической логике Иностранному акционеру удалось временных результатов. На пакет акций, находящийся у Приобретателя, был наложен в порядке обеспечительных мер еще один арест, а иск был удовлетворен с формулировкой "обязать регистратора восстановить запись в реестре".

Ответственный регистратор безуспешно защищался двумя аргументами. Во-первых, им утверждалось, что, учиня запись, он действовал *prima facie* добросовестно и в соответствии с расписанной процедурой. Во-вторых, Ответственный регистратор предложил следующую квалификацию сделки между Багамской компанией и Приобретателем: она должна иметь силу, т.к. Приобретатель получил акции, обремененные правами третьего лица, т.е. Иностранного акционера, что может влиять лишь на уменьшение покупной цены акций (ст. 78 ОГЗ СССР). Однако последняя версия не нашла отклика у суда. Он посчитал доказанной наличие и ничтожность обеих сделок, ввиду чего присудил Ответственному регистратору восстановить запись в реестре.

Суд вынес феноменально странное по своей сути решение. По иску о применении последствий недействительности ничтожных сделок суд, во-первых, не привлек ни одного из их участников в качестве ответчиков, но только как третьих лиц, которые по своему процессуальному положению не присуждаются к возмещению, хотя недействительность сделок влечет реституцию между сторонами и необходимость вернуть полученное по такой сделке; во-вторых, обязывал Ответственного регистратора восстановить запись, т.е. права Иностранного акционера на бездокументарные акции, но не разъяснил, у кого нужно взять эти бездокументарные акции. Естественно, такое

парадоксальное решение не могло устоять, и оно вскоре было отменено при кассационном обжаловании, а дело направлено на новое рассмотрение в первую инстанцию.

На наш взгляд, такая неудача в судебном разбирательстве объясняется неверным выбором требования. Мы считаем, что Истец гораздо быстрее и проще мог бы добиться позитивных результатов, если бы заявил претензию только к Приобретателю, без привлечения множества лиц. В то время уже вступила в действие первая часть ГК РФ. Ст. 149 позволяла обязать Приобретателя, а не Ответственного регистратора восстановить права Иностранного акционера, закрепляемые бездокументарными акциями на основании ст. 12 абз. 3 ГК РФ, поскольку Иностранному акционеру, во-первых, был неправомочно и против своей воли лишен прав на акции, а во-вторых, эти права как вид имущества были индивидуализированы и находились на лицевом счете у Приобретателя под арестом. Именно Приобретатель, а не Ответственный регистратор был обладателем этих прав. Факт возможного приобретения их добросовестно не имел значения, т.к. возможно было утверждать, что правило защиты добросовестного приобретателя в силу ст. 384 ГК РФ к обязательственным правам не применимо. Однако адвокаты Иностранного акционера предпочли держаться очень невыгодного для них интерпретирования правового статуса регистратора. Они, очевидно, рассматривали его как ответственного хранителя акций, который в данном случае ошибся и переложил принадлежащие поклажедателю (Иностранному акционеру) вещи, т.е. акции, из одной ячейки в другую, поэтому ничто не может ему, хранителю, помешать вернуть эти акции в прежнюю ячейку. А между тем в ст. 149 ГК РФ регистратор назывался фиксатором прав акционеров, которому функция по ведению реестра делегируется при определенных условиях акционерным обществом.

V. НОВЫЕ ТРЕБОВАНИЯ ИНОСТРАННОГО АКЦИОНЕРА. УВЕЛИЧЕНИЕ КОЛИЧЕСТВА УЧАСТНИКОВ ПРОЦЕССА

В сложном и длительном процессе наша адвокатская фирма представляла интересы эмитента акций (АО "Ростелеком") и его Нового регистратора, сменившего прежнего после столь скандально и громкого случая мошенничества. Незадолго до нашего вхождения в процесс, почти два года спустя после его начала, Иностранному акционеру поданы три новых иска, имея целью получить компенсацию сво-

их потерь либо за счет Приобретателя, либо за счет Ответственного регистратора, либо за счет АО "Ростелеком" - наиболее крупного и платежеспособного участника процесса, взыскание с которого было бы наиболее беспроблемным и быстрым. По иску против последнего Иностранного акционер требовал возмещения убытков на основании п. 1 Указа Президента № 1769 от 27.10.93 "О мерах по обеспечению прав акционеров" о том, что эмитент обязан обеспечить ведение реестра. Данный иск являлся самым опасным для нашего клиента, удовлетворение которого создало бы ситуацию проигрыша дела. Два других иска, направленные на удовлетворение претензий к Приобретателю или Новому регистратору, на наш взгляд, были концептуально не вполне удачными, с не грамотно просчитанной перспективой их удовлетворения в сложившихся обстоятельствах.

Несколько слов о содержании новых требований Иностранного акционера и о том, как координировались между собой его аргументы.

В повторно слушавшемся в первой инстанции судебном деле Иностранного акционер видоизменил формулировку просительной части иска и притязал на применение последствий недействительности двух ничтожных сделок, в результате последовательного совершения которых пакет акций оказался у Приобретателя. При этом ответчиками были названы участники двух договоров: Багамская компания и Приобретатель. Последний обязывался вернуть акции, т.к. совершенная им сделка по приобретению акций являлась ничтожной по той причине, что "была основана на предыдущей ничтожной сделке".

Второй иск строился на использовании категории убытков и был, как уже говорилось, адресован не Приобретателю, а нашему клиенту, АО "Ростелеком", и Ответственному регистратору. В иске имелась ссылка на общую норму о том, что АО "Ростелеком" отвечает, во-первых, за выбор регистратора, а во-вторых, за правильность ведения реестра и сохранность записей. Требования второго иска основывались на солидарности должников, являющихся коммерческими юридическими лицами (ст. 322 ГК РФ). Его удовлетворение позволяло взыскать рыночную стоимость акций АО "Ростелеком", либо положительную разницу в цене, если по другому делу Иностранному акционеру присудили бы бездокументарные акции в натуре.

Третий иск, заявленный к Новому регистратору и АО "Ростелеком", содержал требования о признании записи в реестре о принадлежности акций Приобретателю недействительной и о восстановлении прежней записи, аннулированной в результате мошеннических действий неус-

тановленных лиц. Адвокаты Иностранного акционера представили следующее разъяснение своих требований. Запись о переводе пакета акций с лицевого счета Иностранного акционера на лицевой счет Багамской компании произведена без должных юридических оснований, следовательно, является недействительной, т.е. не имеющей правовых последствий, поэтому должна быть восстановлена прежняя запись. Наш клиент (АО "Ростелеком") привлекался в качестве второго ответчика, поскольку согласно п. 5.3 упомянутого Положения о реестре акционеров АО эмитент нес ответственность за ошибки, допущенные регистратором. Адвокаты Иностранного акционера настаивали при этом на определении правового положения Ответственного регистратора как представителя АО "Ростелеком".

Четвертый иск содержал следующие требования: о признании права собственности на акции, истребовании акций из чужого незаконного владения у Приобретателя. Ответчиком по нему выступал Приобретатель, а АО "Ростелеком" являлся третьим лицом. Претензия Иностранного акционера основывалась на не вполне верной юридической интерпретации природы акции как ценной бумаги: бездокументарная ценная бумага не только называлась вещным объектом права собственности (об этом вопреки ст. 149 ГК РФ говорит ст. 28 Закона "О рынке ценных бумаг"), но и допускалось расщепление права собственности на бездокументарные акции.

Приходилось признать, что адвокаты Истца в этом случае находились в заблуждении. По используемой ими логике можно, оставаясь так называемым собственником акций, передать часть прав на них с утратой соответствующей легитимации себя как титульного акционера. Получается, что лицо, записанное в реестре, может и не являться обладателем всех прав на акции, раз предыдущий акционер передал ему только часть прав. Нет нужды распространяться о том, насколько это противоречит самому понятию ценной бумаги как документу или записи, с которой все права связаны так, что они не могут быть переданы либо осуществлены без передачи или предъявления документа, либо данных о записи (п. 1 ст. 142 ГК РФ). Как инструмент рыночной экономики акции только и могут существовать как средства, публично удостоверяющие необремененные права и имущественные правомочия "в чистом виде". Если бы с ценной бумагой могли быть связаны никак не обозначенные обременения либо сокращенный объем прав, то это означало бы, что основная функция ценных бумаг не может быть реализована.

Как представителей ответчиков, нас устраивала такая витиеватая туманность требований, которая не устранялась положенной в таких случаях инициативой суда. В условиях состязательности суд, заслушивая аргументы сторон, должен уточнять суть требований и, если они сформулированы неверно, предлагать их скорректировать. Независимо от сказанного суд должен отказывать в удовлетворении таких претензий, которые заявлены настолько неправильно, что их принудительное осуществление просто невозможно.

Ярчайшим и, может быть, забавным примером является третий иск о признании записи, произведенной Ответственным регистратором, недействительной "в силу несоответствия реальному движению ценных бумаг" и о восстановлении прежней записи.

Представляется, что сама запись не может считаться недействительной в цивилистическом значении этого слова. Лишенными юридических последствий могут быть юридические действия (например, сделки), основания произведения записи, акты различных органов, т.е. факты, влияющие на возникновение либо изменение правоотношений. Запись правильнее в определенных случаях называть фальшивой, неполной и пр.

Если суд признает основания произведения записи недействительными, это не приводит к лишению правового значения самой записи. "Восстановление прежней записи" - неточный термин, нельзя воссоздать исчезнувшее, уничтоженное, можно создать новое, идентичное старому.

Запись, соответствующая требованиям оформления, всегда имеет правовое значение. Допустима лишь ее замена другой "действительной" записью на основании передачи имущественных прав в силу сделки или по решению суда.

Е.А.Суханов обращает внимание на то, что "запись на счете", находящаяся в памяти ЭВМ, ее "владельцем" невозможно не только утратить, но также и передать другому лицу с соблюдением каких угодно формальностей: при этом одна запись просто изменяется или уничтожается и заменяется другой записью³.

На наш взгляд, малоперспективным выглядело и дело о применении последствий недействительности ничтожных сделок. Во-первых, в случае удовлетворения этих связанных требований пакет акций дол-

³ Комментарий части 1 ГК РФ, М., Редакция журнала "Хозяйство и право", фирма "СПАРК". 1996. С. 22

жен был быть передан Багамской компании, и затем Багамская компания обязана была его передать Иностранному акционеру. При этом в деле присутствовал и иностранный истец и два иностранных ответчика, что существенно затягивало процесс. Во-вторых, оставалось неясным, почему вторая сделка является ничтожной, раз она "базируется на предшествующей ничтожной сделке". Для поддержания данного иска адвокаты Иностранного акционера настойчиво использовали не совсем понятный довод о том, что вторая сделка между Багамской компанией и Приобретателем должна считаться ничтожной, т.к. Багамская компания отчуждала акции, которые она не имела "на праве собственности" в момент заключения сделки, хотя общеизвестно, что продавец вправе заключать договоры о передаче движимостей, а также имущественных прав (п. 4 ст. 454 ГК РФ), а не только акций, которые он лишь намерен для этого приобрести (п. 2 ст. 455 ГК РФ).

VI. ХОД СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

Вторая фаза судебного процесса характеризовалась большим количеством ответчиков и третьих лиц, выступавших в разных делах в различных сочетаниях. Ответчики не могли не быть разделены собственными предпочтениями о том, какому из судебных разбирательств следует способствовать, а какие путем различных процессуальных уловок целесообразно затянуть. Наши клиенты были более заинтересованы в принятии решения по иску, где Иностранному акционеру мог получить удовлетворение своего требования за счет Приобретателя. Другим участникам было выгодно, если бы по второму иску о возмещении убытков наш клиент - крупнейший национальный оператор связи - оплатил все имущественные потери Иностранного акционера, включая разницу в ценах пакета акций. Его удовлетворение угрожало благополучию АО "Ростелеком", и ему следовало поставить, как минимум, процессуальные препятствия. Разбирательство по третьему иску о восстановлении записи также было чревато решением против второго нашего клиента - Нового регистратора. Однако требование иска было основано на доводах, уже отвергнутых кассационной инстанцией, отменившей первое решение.

В делах об убытках и восстановлении записи нами было запланировано заявление ходатайств о приостановлении производства по ним ввиду невозможности вынесения решения до завершения разбирательств по другим делам.

Независимо от этого наши адвокаты провели тщательный правовой анализ и выработали аргументацию по существу.

В отзыве на исковое заявление по делу об убытках, отправленное сторонам и в суд, нами было заявлено, что обстоятельства дела в гражданско-правовом аспекте должны квалифицироваться как деликт (причинение вреда), за который отвечает непосредственный причинитель (ст. 1064 ГК РФ, ст. 126, пп. 1, 5 ОГЗ СССР).

Нами указывалось, что обязательства возникают только из оснований, перечисленных в ст.ст. 3, 57 ОГЗ СССР (ст. 307 ГК РФ). Иностранному акционеру ссылаясь в своем исковом заявлении на раздел о внедоговорных обязанностях компенсации убытков, т.е. ущерба. Между тем ст. 1064 ГК РФ (ст. 126 ОГЗ СССР) императивно устанавливала, что такой вред возмещается непосредственными причинителями, а не АО "Ростелеком".

Далее мы утверждали, что на момент неправомерного списания акций (ноябрь 1994 г.) отсутствовали какие-либо правовые положения об ответственности эмитента (АО "Ростелеком") за ошибки регистродержателя. Норма об ответственности за действия регистратора появилась лишь в 1995 г. после внесения изменений в Указ Президента "О мерах по обеспечению прав акционеров" № 1769 от 27.10.93, и, следовательно, не может применяться к отношениям, возникшим до ее появления. Более того, эмитент, передавший ведение реестра Ответственному регистратору, несет ответственность только за техническую сохранность записей реестра в целом и обеспечение непрерывности его ведения, а не за действия Ответственного регистратора в рамках осуществления своей профессиональной и лицензируемой деятельности по фиксации результатов сделок с акциями эмитента, о которых последний вообще не ставится в известность.

В нашем отзыве также подчеркивалось, что доводы Иностранного акционера о наличии солидарной обязанности Ответственного регистратора и АО "Ростелеком", изложенные в исковом заявлении, несостоятельны, поскольку в 1994 г. действовали Основы гражданского законодательства Союза ССР и Союзных республик, п. 2 ст. 67 которых устанавливал, что непеременимым условием солидарных обязательств является прямовыраженное установление таковых в законе или договоре, что в то время не имело места.

В отзыве на иск о восстановлении записи в реестре адвокаты нашей фирмы изложили следующие возражения.

Новый регистратор имел статус независимого держателя реестра (регистратора). Ст. 149 ГК РФ устанавливает, что в случаях, определенных законом, лицо, получившее специальную лицензию, может производить фиксацию прав, закрепляемых именной ценной бумагой в бездокументарной форме.

Нормативные акты содержали только следующие основания внесения изменений в реестр:

- распоряжение владельца о передаче ценных бумаг;
- иные документы, подтверждающие переход прав на ценные бумаги в соответствии с гражданским законодательством РФ (например, судебное решение против акционеров или документы о наследовании).

На момент рассмотрения иска Новый регистратор не имел обязанности производить записи, пока не существовало ни распоряжений лиц, включенных в реестр, ни судебного решения об их присуждении.

Все три новых иска подавались в ноябре 1997 г.

Самому важному из требований Истца сразу сопутствовала неудача. Иск об истребовании акций был возвращен судом, поскольку адрес ответчика (Приобретателя) был написан на английском языке. Суд применил норму о неправильном оформлении искового заявления и указал на ст. 8 АПК РФ, где говорится, что судопроизводство должно вестись только на русском языке. Подать исправленный иск означало бы, что Приобретатель сможет поставить вопрос об исковой давности. Против истечения трехлетнего срока можно было выдвинуть аргументы о том, что Истец не должен был знать о нарушении его прав непосредственно в ноябре 1994 г., поскольку у него нет обязанности справляться о состоянии счета, а также что подача иска по делу о ничтожности сделок прерывает срок (ст. 203 ГК РФ). Тем не менее, очевидно во избежание риска, определение о возврате было Иностранному акционером обжаловано.

Апелляционная инстанция подтвердила правомерность возврата заявления, однако в кассационном рассмотрении перевесили доводы Иностранного акционера, и наиболее благоприятное для нас дело об истребовании акций было отправлено в первую инстанцию для рассмотрения по существу.

Дело об убытках первоначально было оставлено без рассмотрения по ходатайству Ответственного регистратора. В уставе Иностранного акционера он обнаружил положение о том, что доверенности от его имени должны выдаваться одновременно двумя директорами. Исковое же заявление было подписано лицом, действующим по

доверенности за подписью одного из директоров. Иностранный акционер обжаловал определение суда об оставлении иска без рассмотрения, что принесло результат лишь в кассационной инстанции, которая руководствовалась не только уставом, но и ирландским законом о компаниях 1965-1990 гг., трактовка положений которого допускала действительность доверенности, выданной одним директором. Таким образом, наиболее неблагоприятное для АО "Ростелеком" дело об убытках также вернулось в первую инстанцию.

До начала слушания по существу дела о взыскании убытков Иностранный акционер заявил ходатайство о приостановлении производства по нему ввиду невозможности вынести решение до завершения разбирательства по делу об истребовании акций и по делу о ничтожности сделок. До конца не ясно, какие мотивы или ожидания заставили адвокатов Иностранного акционера допустить, как нам кажется, еще одну концептуальную ошибку. Приостановление такого благоприятного для них процесса, сочетаемого с любым другим заявленным требованием, где по существу не требуется присутствия иностранных компаний и их уведомления по дипломатическим каналам, вряд ли можно считать разумным. По-видимому, Иностранный акционер был убежден, что самым главным для него является дело о ничтожных сделках. Между тем в постановлении кассационной инстанции, отменяющем предыдущее решение о признании двух последовательных сделок ничтожными, указывалось на необходимость "уточнения требований Истца". Это на языке суда означало, что данное требование следует изменить, основать на других нормах и т.п.

Обсуждению ходатайства в заседании сопутствовала оживленная полемика. Приобретатель категорически не соглашался с приостановлением производства, утверждая, что дело о взыскании убытков носит самостоятельный характер, что выяснение обстоятельств и условий ответственности Ответственного регистратора и АО "Ростелеком" никак не связано с ничтожностью сделок и применением соответствующих правовых последствий, что речь идет только о доказывании небрежного отношения АО "Ростелеком" к выбору регистратора, ведению реестра и размеру действительно понесенных убытков. Мы поддержали ходатайство и утверждали, что без главного вывода суда о добросовестности или недобросовестности Приобретателя, возможной вины Иностранного акционера, причастности его работников, находящихся при исполнении обязанностей, к краже невозможно решать вопрос об ответственности АО "Ростелеком" и его прежнего регистратора. Суд

удовлетворил ходатайство и приостановил производство по самому не выгодному для нашего клиента делу.

Интересно отметить, что определение о приостановлении дела об убытках активно обжаловал Приобретатель, привлеченный третьим лицом. В результате в удовлетворении жалобы ему было отказано. Кассационная инстанция считала убедительными следующие наши доводы, изложенные в отзыве на жалобу.

Против утверждения Приобретателя о том, что суд может приостановить производство по делу только после начала рассмотрения его по существу, мы привели норму ст. 81 АПК РФ, в которой говорится о приостановлении производства, а не рассмотрения дела по существу, а также обратили внимание на то, что согласно гл. 14 АПК РФ первой стадией производства по делу является стадия предъявления иска, а отнюдь не судебного разбирательства (гл. 16 АПК РФ).

В кассационной жалобе Приобретатель также утверждал, что суд существенно ограничил его право, предусмотренное ст. ст. 33 и 39 АПК РФ, поскольку сузил рамки разбирательства только рассмотрением ходатайства. Мы возражали против этого, т.к. сам институт приостановления производства по делу, закрепленный в гл. 8 АПК РФ, направлен не на какое-либо ограничение прав лиц, участвующих в деле, но на обеспечение рассмотрения всех доказательств по делу после возобновления производства. Права лиц, участвующих в деле, в большей степени реализуются после того, как суд возобновит рассмотрение дела об убытках после вынесения решения по другим делам, т.к. обстоятельства дела, например, об истребовании акций непосредственно связаны с основанием иска по данному делу, и их правовая оценка может иметь преюдициальное значение для приостановленного процесса.

В деле о восстановлении записи нам также удалось добиться его приостановления.

Таким образом, процессы, чреватые присуждением наших клиентов, оказались приостановленными.

Тогда Приобретатель попробовал таким же способом приостановить производство по делу об истребовании акций, где он являлся основным ответчиком. Нашим клиентам это было не выгодно, и мы активно возражали против его ходатайства. Нам удалось на стадии обжалования убедить суд не приостанавливать дело.

Однако далее начали сказываться другие последствия концептуальной стратегической ошибки адвокатов Иностранного акционера

в выборе неверного, требования, заключавшегося в применении последствий недействительности ничтожных сделок. Оно предполагало судебное разбирательство с большим количеством иностранных участников, не заинтересованных в вынесении решения. При назначении слушаний суд вынужден был в соответствии с обязательствами России по Гаагской Конвенции по вопросам Гражданского процесса 1954 г. (ст. 1) уведомлять иностранных ответчиков и третьих лиц по дипломатическим каналам. Это привело к автоматической и, увы, неизбежной задержке рассмотрения дела о ничтожных сделках. С целью затягивания процесса об истребовании акций Приобретателю удалось добиться удовлетворения ходатайства о привлечении в наиболее неблагоприятное для него дело Багамской компании в качестве третьего лица. К сожалению, такое определение суда не подлежало обжалованию по ст. 160 АПК РФ. Неявка иностранных участников заставляла судей переносить слушания сразу на три-шесть месяцев. Так прошло еще более года.

VII. РЕШАЮЩЕЕ ХОДАТАЙСТВО АО "РОСТЕЛЕКОМ"

Течение судебных дел вызывало недовольство наших клиентов. Сложившаяся ситуация доставляла им неприятное беспокойство, вводила в расходы и, главное, существование судебного дела с требованиями на миллионы долларов отражалось на финансовых показателях за отчетные периоды деятельности, являлось фактором, способствующим снижению инвестиционной привлекательности акций АО "Ростелеком".

Перед нами была поставлена задача форсировать разрешение спора. Проведя дополнительный анализ сложившейся судебной перспективы, мы решили: (1) в процессе об истребовании акций просить вывести из процесса Багамскую компанию, которая, как следовало из материалов дела, была временно исключена из реестра по месту своей регистрации за неуплату годового сбора; (2) исследовать вопрос о явной недобросовестности Приобретателя во время покупки акций.

В суд и сторонам нами было направлено дополнение к отзыву на иск. В нем отмечалось, что в деле об истребовании акций присутствуют следующие обстоятельства, указывающие на недобросовестность Приобретателя.

1. Приобретатель получил спорные акции через своего поверенного, являвшегося брокером на рынке ценных бумаг. Менее чем за

две недели до приобретения у Багамской компании акций АО "Ростелеком" Приобретатель заключил с брокером договор, в соответствии с которым он действовал от имени и за счет Приобретателя как его представитель.

2. Поверенный Приобретателя по договору на брокерское обслуживание подписал договор купли-продажи с физическим лицом, имеющим русскую фамилию, который обозначен в тексте договора как "уполномоченный представитель, действующий на основании Устава" Багамской компании. Между тем лицом, которое имеет право подписывать договоры, является и по законодательству Российской Федерации, и по Закону 1989 г. Багамских островов либо директор (генеральный директор, президент) компании, либо лицо, действующее на основании легализованной доверенности.

Нами утверждалось, что перечисленные обстоятельства не могли не возбудить сомнения у осмотрительного представителя, совершающего сделку ценой в несколько миллионов долларов США, относительно права контрагента Приобретателя на отчуждение акций. Мы настаивали на том, что его представитель не следовал должным образом обычаям делового оборота, сложившимся на российском фондовом рынке к 1994 г., не проявил обычной осмотрительности, в результате чего возникла ситуация, в которой сам Приобретатель может рассматриваться как недобросовестное, допустившее через своего представителя грубую небрежность лицо.

Вышеописанные события, как мы заявили в дополнении к отзыву, позволяли сделать достаточно определенный вывод о том, что, во всяком случае, не было проявлено должной заботливости, осторожности и осмотрительности, чтобы обнаружить, что лицо, отчуждающее акции в пользу Приобретателя, не имело на это права.

От имени клиента мы утверждали, что имеются основания для удовлетворения иска за счет Приобретателя в силу недобросовестности его представителя при покупке спорного пакета акций.

Ходатайство об исключении Багамской компании из процесса основывалось на ст. 161 ОГЗ СССР о личном статуте юридического лица и толковании положения Закона о международных компаниях Багамских островов о том, что юридические лица, исключенные из реестра, но не ликвидированные, имеют ограниченную правоспособность и могут привлекаться только в качестве ответчиков по искам. Отсюда мы делали вывод, что такие лица не могут быть истцами и третьими лицами, и потому их участие в процессах на террито-

рии России невозможно и для рассмотрения основного требования о возвращении акций ничего не дает.

Забегая вперед, скажем, что данное дополнение к отзыву и ходатайство, хотя их в силу ниже изложенных обстоятельств не успел рассмотреть суд, произвели должный эффект, т.к., ознакомившись с ними, Приобретатель вступил в переговоры с Иностранным акционером об урегулировании спора и заключении соглашения. В соответствии с ним за соответствующую компенсацию, размер которой не раскрывался, Иностранный акционер отозвал все иски, и данные отзывы были приняты судом. Приобретатель стал владеть пакетом купленных им акций, арест с которых был снят. АО "Ростелеком" и Новый регистратор должны были лишь не возражать против отзыва исков. Таким образом, длительный, сложный и один из самых громких судебных процессов благополучно завершился для наших клиентов, которые не должны были ничего платить либо передавать кому-либо.

VIII. О ВЕЩНО-ПРАВОВОМ СПОСОБЕ ЗАЩИТЫ ПРИБРЕТАТЕЛЯ БЕЗДОКУМЕНТАРНЫХ АКЦИЙ. ВЫВОДЫ

Данное судебное разбирательство заслуживает отдельного анализа и обсуждения, на наш взгляд, по ряду причин. Оно сделало видимыми некоторые проблемы правового регулирования того времени, когда экономика нашей страны испытывала первый, не обеспеченный производством, а основанный на инвестиционных ожиданиях, быстрый рост, чреватый таким же бурным обрушением финансовых рынков. В описанном процессе проявили себя отмеченные дефекты нормативной регламентации обращения ценных бумаг и недоработанность соответствующих юридических концепций судебной практикой.

Ввиду того, что в России получили повсеместное распространение именные бездокументарные акции, центральной проблемой правового регулирования является защита их добросовестных приобретателей. Правило ст. 302 ГК РФ, находясь в гл. 20 "Защита права собственности и других вещных прав", применимо только к вещным, а не обязательственным правам. Бездокументарные акции, несмотря на упоминание в ст. 28 Закона "О рынке ценных бумаг" о праве собственности на них, никак нельзя назвать материальными объектами. Это прямо противоречит терминологии ст. 149 ГК РФ.

Отождествление бездокументарных акций и вещей способно привести к путанице и многим недоразумениям, т.к. весь строй инсти-

тута собственности предназначен для объектов материального характера. Например, если считать бездокументарные акции вещами, то приходится признать, что они находятся у регистратора, правовое положение которого определяется нормой о хранении в силу ст. 906 ГК РФ, что регистратор имеет перед каждым акционером обязанность выдать соответствующее количество акций и вообще существует прямая аналогия между ним и банком, принявшим средства своего клиента. Однако это совсем не соответствует природе отношений регистратора и акционера. Первый никогда не принимает от клиента акции и не имеет обязанности их выдачи в случае, например, новой эмиссии, распределяемой пропорционально между акционерами. Такая функция принадлежит эмитенту.

Далее, если признать, что бездокументарные акции имеют материальную субстанцию, а вещи - это имущество, имеющее материальную субстанцию (вес, форму и протяженность в пространстве), и такие акции именно "хранятся" у регистратора, то ответственность за небрежность (п. 2 ст. 901 ГК РФ), ошибки последнего должны основываться на нормах договора хранения, и можно заявлять иск о восстановлении записи в реестре акционеров. Вместе с тем подобный иск нереально удовлетворить как раз в силу невещной природы бездокументарных ценных бумаг.

Если считать бездокументарные акции вещами, то договор их купли-продажи автоматически подпадает под регулирование нормами параграфа 3 гл. 30 ГК РФ о договоре поставки, положения которого к продаже таких акций не подходят.

В том числе описанный судебный процесс позволил видеть, что более правильным пониманием правовой природы бездокументарных ценных бумаг является отношение к ним, как к имущественным правам, а не к вещам. Институт собственности в данном случае не применяется потому, что при возникновении реального спора средства правовой защиты, основанные на регулировании отношений собственности, оказываются непригодными и неподходящими.

Вместе с тем правило о добросовестном приобретении бездокументарных акций для фондового рынка жизненно необходимо. Его цель - охрана экономического оборота от таких претензий третьих лиц, которые могут подрывать уверенность любого акционера в прочности и незыблемости его титула.

Как известно, существуют права на акции (право продавать, закладывать, иным образом распоряжаться) и права из акций (права акцио-

нера участвовать в управлении, получать дивиденды и ликвидационную долю). Права на акции всегда обязательственные. Когда речь идет о вещно-правовой защите добросовестного приобретателя, то имеется в виду только права на акции. Бумажный носитель делает формализованными, точными и доступными все свойства и характеристики акций. Поэтому права на акции оборачиваются как вещи, полезные свойства которых, как говорится, "выставлены наружу".

Имущественные права, закрепляемые бездокументарными акциями, обладают даже более высокой степенью достоверности и явности свойств, чем любая вещь, характеристика которой до конца проявляется при использовании последней. Они в этом смысле кардинально отличны от классических обязательственных прав, содержание которых не находится на виду и обозрении третьих лиц. Публичная достоверность бездокументарных акций даже выше, чем такой вещи, как документарная ценная бумага, поскольку информация о них является доступной одновременно для большего круга лиц.

Еще одно отличие бездокументарных акций от обязательных прав состоит в том, что они не исчезают и не прекращаются в случае смерти либо ликвидации акционера-кредитора, а остаются в прежнем виде, удостоверяющем объем правомочий наследника или приобретателя в результате их реализации как части ликвидационной массы. В этом смысле бездокументарные акции ближе к вещам. Поэтому вещно-правовая защита их приобретателей также необходима.

Понимая важность правовых гарантий обеспечения обращения безбумажных акций, Высший Арбитражный Суд РФ в 1999 г. постановил, что правило о добросовестном приобретении применимо и к бездокументарным ценным бумагам. Однако комментаторы приводят этому решению ВАС РФ неудачное или скорее недостаточное обоснование: "ст. 128 ГК РФ относит ценные бумаги к вещам, в соответствии со ст. 149 ГК РФ ценные бумаги, включая акции, могут выпускаться в бездокументарной форме, но и в этом случае они не исключены из объектов вещных прав"⁴. Таким образом, бездокументарные ценные бумаги предлагается считать вещами, что, как показало слушание описанных судебных дел, ведет к многим недоразумениям на практике. Далее, ст. 149 определенно говорит о "правообладателях", а не о "владельцах" или "собственниках" бездокументарных ценных бумаг. В п. 2 данной статьи говорится об обязательной фиксации "ограничений прав". Вряд

⁴ Т.С.Шапкина, Вестник ВАС РФ . 1999, № 5. С. 91

ли права из акций могли бы ограничиваться индивидуально. Поэтому речь здесь идет об обременениях прав на акции, таких, как, например, залог, арест и т.п., т.е. прав на бездокументарные акции. Они не приведены в терминологии вещных прав, т.к. не названы ограничениями или обременениями акций.

Налицо насущная проблема, которую нужно было бы решать путем введения поправок в законы о ценных бумагах, не противоречащих концепции ст. 149 ГК РФ. В соответствии с изложением профессора Е.А.Суханова проблема регулирования государственных бездокументарных ценных бумаг в Германии, например, была решена "применением к таким обязательственным правам правового режима движимых вещей (касающегося прежде всего порядка их передачи и защиты добросовестных приобретателей) путем установления "юридической фикции"⁵.

На наш взгляд, ст. 302 ГК РФ может использоваться для защиты добросовестных приобретателей бездокументарных акций по следующим соображениям. Перечисленные выше права на акции и из акций являются основными, но существуют и другие, например, право получать выписки из реестра, право передавать акции номинальному держателю и пр. Во-первых, в силу природы ценных бумаг все права существуют неразрывно, т.е. в совокупности (п. 1 ст. 142 ГК РФ). Во-вторых, права на акции первичны (они приобретаются первыми, а права из акций за ними следуют).

Все перечисленные права на бездокументарные акции и из бездокументарных акций являются обязательственными и не могут являться объектом вещно-правовой охраны. Однако право на получение такого количества акций на бумажных носителях, которое строго совпадает с данными реестра, т.е. право на получение конкретных будущих вещей, носит именно вещно-правовой характер, поскольку воздержания от действий, нарушающих его, акционер может требовать от любых третьих лиц. Это не обязательственное право акционера по отношению к эмитенту о выдаче определенного количества акций, право собственности на которые переходит сначала к нему, а потом уже передается акционеру, а вещное право на будущую документарную ценную бумагу, которое станет объектом собственности как только такая движимость появится в виде бумажного носителя. В силу незакрытого перечня вещных прав (п. 1 ст. 216 ГК РФ) право

⁵ Гражданское право. Учебник. Т.1. - под ред. Проф. Е.А.Суханова. Издательство БЕК, Москва. 1998. С.322.

на будущую движимость в силу ст. 305 ГК РФ может сопровождаться законным возражением добросовестного приобретателя. Право на будущую документарную акцию - это одно из прав акционера, когда его общество выпустило бездокументарные ценные бумаги. Защита от претензий предыдущего акционера, из владения которого они были неправомочно, путем применения ст. 302 ГК РФ позволяет считать добросовестного приобретателя законным обладателем права на будущие документарные акции согласно данным реестра, а также и всех других, связанных с данным правом, прав, т.е. на весь комплекс взаимосвязанных обязательственных прав, удостоверяемых бездокументарной ценной бумагой. Обычные именные акции, основные полезные свойства которых - это так называемые права из акций, уступаемые в порядке гражданско-правовой цессии (ст. 146 ГК РФ), также не могут получать вещно-правовую охрану. Защиту получают права на акцию, заключающиеся в праве собственности на их бумажный носитель.

На наш взгляд, такая аналогия оправдывает применение правила о добросовестном приобретении к бездокументарным акциям, которые не являются материальными объектами.

МЕЖДУНАРОДНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Актуальные вопросы правового обеспечения ответственности за терроризм в международном уголовном праве

*В. Ю. Федянин**

*Юрисконсульт отдела управления ФПС России

Функционирование международного права, укрепление международного мира и правопорядка непосредственно связаны с проблемой ответственности в международном праве. Такое понимание этой проблемы характерно как для российской науки международного права, так и для зарубежной.

В международном праве под международно-правовой ответственностью принято понимать отрицательные юридические последствия, наступающие для субъекта международного права в результате нарушения им международно-правового обязательства. Комиссия международного права ООН определила содержание международной ответственности как "те последствия, которые то или иное международно-противоправное деяние может иметь согласно нормам международного права в различных случаях, например, последствия деяния в плане возмещения ущерба и ответных санкций"¹.

Ответственность должна наступать как за оконченное преступление, так и за покушение на его совершение в самых различных фор-

* Юрисконсульт отдела управления ФПС России

¹ Ежегодник Комиссии международного права, 1984. Нью-Йорк, 1985, Т.2, ч.2. С. 120. В отечественной науке международного права для определения международно-правового деяния (*le fait internationalement illicite, an internationally wrongful act*) применяется, как правило, родовое понятие "международное правонарушение", охватывающее как международные преступления, так и международные правонарушения (деликты). Применяя в настоящей главе традиционно сложившийся термин "международные правонарушения", автор ни в коей мере не подвергает сомнению правильность или целесообразность терминологии, избранной Комиссией международного права ООН в Проекте статей об ответственности государств.

ИЗБРАННЫЕ ДЕЛА МЕЖДУНАРОДНОЙ ЧАСТНО-ПРАВОВОЙ ПРАКТИКИ ФИРМЫ «МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СЕМЕНОВ & ПАРТНЕРЫ»

ОСНОВНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРОРОГАЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*Монастырский Ю.Э.**

Даже хороший, подробно составленный внешнеэкономический договор с оговоркой о применимом праве не создает полную определенность в отношениях сторон, если в нем не сказано, куда нужно обратиться в случае возникновения споров. Если контрагенты находятся в разных государствах, то уже это создает потенциальную компетенцию разных национальных судов в зависимости от того, кто из сторон является истцом, и даже от содержания его требования. В этом случае место разбирательства способно влиять на шансы в процессе само по себе как фактор, в основном не учитываемый участниками договора при его составлении.

Сколь бы подробно не регулировались различные гипотетические ситуации непосредственно в тексте договора, судья всегда будет анализировать и рассматривать договорные нарушения через призму своего процессуального законодательства, которое, в отличие от материального права, может иметь значительные особенности, а главное, содержать такое количество важных нюансов, что все из них просто невозможно знать и принимать в расчет при составлении договора и планировании мер в связи со спором.

* Монастырский Юрий Эдуардович – к.ю.н., адвокатская фирма «Монастырский, Зюба, Семёнов & Партнёры».

В деловой практике существует хороший способ преодоления такой трудности – международный коммерческий арбитраж. Посредством указания третейского суда стороны добиваются максимальной определенности в своих отношениях. Почти всегда в таком случае ясно не только, где и на каком языке будет происходить разбирательство, но и какая процедура при этом будет применяться, каков последующий порядок исполнения арбитражного решения в этой стране или другом государстве и т.п.

Международный коммерческий арбитраж – наиболее обеспеченный различным международным регулированием процессуальный институт. Во-первых, он устанавливает не обремененную чрезмерным контролем государственных судов особую процедуру исполнения арбитражных решений без права оспаривания их по существу; во-вторых, закрепляет правило о дерогационном эффекте арбитражной оговорки, обязывающей суды отказываться рассматривать дела и «направлять стороны в арбитраж» (п. 3 ст. II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.). Различные модельные законы и факультативные регламенты помогают заполнять пробелы процедуры формирования арбитража. Поэтому третейская оговорка стала неотъемлемой частью внешнеэкономического договора. Статистика говорит, что большинство споров в международной области решается при помощи арбитража.

Вместе с тем арбитраж не всегда может предоставлять сторонам адекватные возможности для эффективного разрешения ожидаемых и допускаемых споров. Например, обеспечительные меры арбитража принимаются государственным судом в результате обсуждения возражений и доводов сторон, а не в срочном порядке без уведомления ответчика. Таким образом, истец лишается необходимых преимуществ принудительного исполнения будущего судебного решения. Рассмотрение споров в арбитраже может быть очень длительным, сопровождаться не вполне оправданно детальным разбором отношений, подсчетами, выверками. Формирование состава арбитража в силу неожиданных и субъективных факторов иногда вообще терпит неудачу; тогда истец лишается права на судебную защиту своих прав и интересов. Ответчику может быть выгодно такое положение, когда его неактивность и нежелание определять новые условия разрешения спора оказываются для него выигрышными. Иногда на то, чтобы собрать состав арбитража, куда входят видные знатоки права, уходят месяцы. При

разрешении спора арбитры обычно абстрагируются от некоммерческих публично-правовых аспектов отношений. На стадии государственного принудительного исполнения решений арбитража это может создавать затруднения. Например, требование, в котором неясность относительно того, нарушает ли оно валютное, антимонопольное и прочее законодательство, трансформированное в акт государственного суда, легко исполнить, вместе с тем удовлетворение его решением арбитража дает повод для отказа в его подтверждении судом, например по соображениям нарушения публичного порядка (ст. 36 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» № 5338-1 от 07.06.93).

Традиционные преимущества арбитража – компетентность, скорость, дешевизна, конфиденциальность – могут не только никак не проявить себя в ходе конкретного арбитражного разбирательства, но и обратиться в полную свою противоположность. В самом деле, споры, например, в самом известном и активно работающем Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС) всегда рассматриваются дольше и медленней, чем в государственных судах, и обусловлены более высокими судебными расходами (сборами). Хотя бы в силу возможности для участников выбирать любых арбитров, причем не только из рекомендованного списка, судебное разбирательство может оказаться не только непрофессиональным, но и парадоксально некомпетентным. Сторонники широчайшего использования арбитража могут, пожалуй, говорить о большей конфиденциальности, видимо, проявляющейся в том, что практика арбитражей, МКАС системно не публикуется и не обобщается, а в тех случаях, когда выборочный материал приводится, в нем не упоминаются имена участников разбирательства. Такое проявление конфиденциальности не благо, а крупный недостаток, мешающий возможности делать прогнозы, руководствоваться принципом единообразия и т.д. Большинство решений арбитражей как раз не должны быть оригинальными и неожиданными, а являться откликом на просьбу о судебной защите. Однако довольно часто текст решения арбитража есть место выражения своего творческого «я» арбитров. В стремлении проявить гениальность и сделать правотворческие открытия в отсутствии руководящих начал обзоров практики арбитры могут подсознательно предпочитать те или иные изыски в изложении решения и формировании выводов, что само по себе неплохо как претензия на вклад в науку. Вместе с тем игнорирование общеизвестных или наиболее рас-

пространенных в судебной практике принципов, приводящее к совсем неожиданным арбитражным решениям, может не устраивать участников арбитражного процесса.

По изложенным и другим примерам государственный суд иногда оказывается более предпочтительным. При этом стороны могут быть заинтересованы в заблаговременном определении суда, который решил бы все их споры. Соглашения или оговорки, предусматривающие юрисдикцию судов, называются пророгационными, так как они устанавливают договорную подсудность в силу прямо выраженного выбора суда. Однако в области международного предпринимательства и в связи с внешнеэкономическими сделками пророгационные оговорки приобретают особое значение и требуют отдельного рассмотрения.

Внутренние пророгационные соглашения устанавливают подсудность дел определенному названному или определимому национальному юрисдикционному органу. Пророгационные соглашения в международной сфере содержат обращение к какому-либо национальному суду признать себя компетентным. Внутренние пророгационные соглашения в РФ устанавливают подсудность дела определенному территориальному суду и не обладают дерогационным эффектом, в то время как пророгационные оговорки в области международного предпринимательства (о них мы будем говорить ниже) не обязательно обладают дерогационным эффектом. В нашей литературе этот важнейший аспект и свойство соглашений о компетентном суде не освещались.

В комментарии к ст. 212 АПК РФ говорится, что понятие «компетенция арбитражных судов», т.е. государственных судов, используемое в заголовке комментируемой статьи, выражает в контексте ее содержания то, что законодательство, принятое с целью регулирования процессуальных отношений без какого-либо иностранного элемента, обозначает термином «подсудность»¹. Такой вывод, на наш взгляд, неточен. Термин «компетенция» в данной статье означает достаточную юрисдикцию, подвластность судам РФ дел, если они отвечают условиям эффективного судебного разбирательства. Понятие «компетенция» здесь должно пониматься как способность судов РФ принимать к рассмотрению дела, которые также подпадают под юрисдикцию иностранной судебной власти, в то время как вопрос о подсудности решается применительно к какому-либо конкретному суду.

¹ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации - М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, 1998. С. 468, п. 1.

Иногда предприниматели по советам своих юристов хотят использовать пророгационные соглашения для установления удобной для себя подсудности. Первая ошибка, которую совершают участники разнообразных отношений с международным элементом, – это определение иностранных государственных судов как органов, куда следует передавать споры, в то время как такие пророгационные соглашения могут не иметь для российского правосудия абсолютно никакого значения, а их решения вообще не признаваться в РФ. Наличие оговорки о компетенции иностранного суда не создает обязанности у российского государственного суда воздержаться от рассмотрения спора в соответствии с правилами российской территориальной подсудности².

Действенность пророгационного соглашения зависит от трех важных условий.

Во-первых, его стороной обязательно должно быть хотя бы одно иностранное лицо. В практике встречаются соглашения между российскими юридическими лицами, когда одно или оба из них имеют иностранные инвестиции в своем уставном капитале. Рассуждая о том, что раз присутствие данного иностранного элемента само по себе достаточно для подчинения отношений сторон регулированию иностранного права (п. 1 ст. 1186 ГК РФ), то значит и суд, разрешающий споры, может быть иностранным, контрагенты называют иностранный суд уполномоченным принимать иски. Вместе с тем следует избегать этого распространенного заблуждения. Вопросы компетенции российских судов регулируются публичными нормами АПК РФ и международными договорами. Проблема применимого права нашла свое разрешение в нормах гражданского права, а именно в части III ГК РФ. Публичное регулирование действующей редакции АПК РФ таково, что изъятие из правил установленной территориальной подсудности предпринимательских споров государственных арбитражных судов РФ связывается именно с наличием иностранного лица не просто в качестве стороны спора, а, как мы попытаемся обосновать далее, только лишь в качестве ответчика.

Сказанное, конечно, не относится к третейскому суду. В нашей практике есть случаи, когда российские лица выбрали зарубежный третейский суд. Нам удалось доказать, что, поскольку дерогационный эффект предусматривается не только для арбитражных соглашений,

² Указ Президиума ВС СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-ХI «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» (П. 1).

отвечающих условиям п.п. 1, 2 ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», но и п. 3 ст. II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., имеет место приоритет Конвенции. Диспозиция статьи I Конвенции шире, чем ситуации, охватываемые ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже». В последнем случае говорится о рассматриваемых международным арбитражем на территории РФ спорах, если хотя бы имеется иностранная доля участия в уставном капитале российских лиц. Во всяком случае, в описании практики нашей фирмы в 1999 г. мы приводили пример успешной защиты российской компании против иска к российскому юридическому лицу с иностранными инвестициями о подчинении будущих споров в их договоре третейскому суду за границей³. В описанном деле государственный суд принял возражение ответчика о неподведомственности ему спора, хотя обе стороны являлись российскими организациями.

Итак, значение пророгационного соглашения зависит от наличия иностранного лица. Как уже упоминалось, мы приходим к выводу о том, что ст. 212 АПК РФ приводится в действие в силу присутствия иностранного лица в качестве ответчика, а не истца либо третьего лица. Дело в том, что если иностранная организация выступает истцом, то она пользуется национальным режимом (п.п. 1, 2 ст. 210 АПК РФ) и имеет те же возможности, что и российские лица, при подаче иска и защите своих имущественных прав. Ст. 212 АПК РФ вообще не применяется, если иностранная организация – истец. Приведем пример. Если иностранное лицо заявляет к российской компании требование из договора, исполнение по которому должно происходить в России, то это само по себе, казалось бы, открывает возможность для альтернативной подсудности по месту исполнения в силу п. 2 ст. 212 АПК РФ. Однако истец-иностранец уже наделяется правом обратиться в тот территориальный российский суд, который находится в месте ответчика, а также всеми другими возможностями исходя из правил внутренней территориальной подсудности главы 3 АПК РФ.

Привлечение в дело иностранного третьего лица в принципе ни на что не влияет, оно должно быть именно факультативным, не обязательным. Если его представители не являются в суд или же не уведомлены о разбирательстве, слушание следует продолжить исходя из того, что суд не обладает эффективной юрисдикцией по отношению к тако-

³ Московский журнал международного права. М., 1999, № 3. С. 312.

му лицу. В практике нашей фирмы имеется подробное описание одного громкого процесса, в котором судья первой инстанции поставила разрешение дела по существу в зависимость от явки в процесс оффшорной компании с Багамских островов. Посылая уведомления посредством дипломатических каналов и обнаруживая, что на очередном заседании никаких представителей с Багамских островов не присутствует, судья снова откладывала заседание. Так прошло более года; затем стороны процесса заключили соглашение об урегулировании спора, ввиду чего иск был отозван⁴. Должна ли была багамская компания реагировать на вызов суда, значимо ли вообще ее участие, следовало ли суду проявлять такую процессуальную заботливость в призыве юридического лица с далеких островов к участию в деле, исход которого мог бы всего на всего влиять на права либо обязанности по его отношению к истцу или ответчику? По-видимому, на все эти вопросы следует ответить отрицательно, главным образом, потому, что суд России не имеет эффективной юрисдикции над этой компанией и не может не только присуждать ее, но и к чему-либо обязывать (например, явиться в судебное заседание или представить пояснение по делу в отсутствие международного договора России с государством данного лица). Заметим, между прочим, что Багамские острова не являются участником Гаагской конвенции о международном доступе к правосудию 1980 г. и Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г.

Имеется еще не всеми замеченное ограничение на привлечение нероссийского лица к разбирательству в отечественных судах. Даже если иностранный ответчик имеет в России имущество, либо совершил деликт, либо исполняет договор, либо осуществляет деятельность через представительство или филиал, либо неосновательно обогатился в России, либо затронул деловую репутацию российского истца, то и тогда суд не обязан рассматривать такие дела. В каждом отдельном случае суд РФ должен исходить из усмотрения о том, будет ли его власть результативно осуществлена в тех фактических обстоятельствах и в той степени присутствия иностранного лица, каковые имеют место в деле. Данное заключение выводится напрямую из формулировки п. 2 ст. 212 АПК РФ «...суды вправе также...», что означает при буквальном толковании «пользуются усмотрением» или «имеют выбор». Иностранное лицо может иметь имущество в РФ, но если оно незна-

⁴ Московский журнал международного права. М., 2001, № 3. С. 135.

чительно и его стоимость несоизмерима с ценой иска, то решение суда невозможно будет исполнить в РФ. В такой ситуации суд должен был бы оставить иск без рассмотрения, располагая возможностью при изменении степени присутствия ответчика еще раз рассмотреть дело. Однако действующий АПК РФ дает право лишь возвратить исковое заявление (ст. 108 АПК РФ). В ст. 87 АПК РФ дан закрытый перечень оснований для оставления дел без рассмотрения, где нет положения о «неподсудности данному арбитражному суду», как в ст. 108. Таким образом, в силу недостатка АПК РФ имеется возможность анализировать вопрос достаточности юрисдикции только на стадии подготовки материалов к делу, в то время как его было бы удобнее, уместнее и справедливее разрешать именно в заседании с учетом мнения сторон и представляемых ими сведений о степени присутствия иностранного ответчика.

Вместе с тем в комментарии к п. 2 ст. 212 говорится: «У заинтересованного лица при возникновении спора с пребывающими в разных регионах федерации субъектами, которых он считает нарушителями своих прав, есть возможность начать процесс по месту нахождения любого из них (ч. 1 ст. 26 АПК РФ). И ничто не мешает истцу поступить аналогично, когда один из ответчиков – иностранное лицо, не имеющее на российской территории ни своего обособленного подразделения, ни имущества»⁵. Получается, что российский государственный суд обязан рассматривать вопрос о присуждении иностранного ответчика лишь в случае его определенного формального присутствия и совсем не подчиняется этим условиям, если иностранец не единственный ответчик, а один из ответчиков.

Иногда приходится встречать отождествление понятий «нахождение на территории РФ» и «место нахождения юридического лица» по смыслу ст. 54 ГК РФ в толковании Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 6/8 от 01.07.96. В первом случае имеется в виду национальность или государственная принадлежность юридического лица, определяемые конкретной страной (Россией, Германией, Италией, Кипром, Турцией, Багамскими островами и т.п.). В национальных нормах место нахождения может раскрываться через конкретную коллизионную привязку, например, место регистрации, место нахождения руководящего органа, место предприятия, место основной деятельности.

⁵ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, 1998, С. 471.

В России, как и в ряде других стран, принят критерий регистрации для определения так называемого личного закона юридического лица. Большой и открытый перечень вопросов и аспектов деятельности организации определяется местом ее регистрации (ст. 1202 ГК РФ). Именно с государством регистрации существует формальная и, чаще всего, главная связь. Здесь принимается устав организации.

Некоторые склонны делать вывод о том, что если до выхода в свет Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц» (№ 129-ФЗ от 08.08.01), их местонахождение определялось расположением органа управления, то и «нахождением» (ответчика согласно п. 1 ст. 212 АПК РФ должно считаться то место, где в данный момент арендуется офис для размещения правления⁶. Любая иностранная компания, имеющая центр управления в Москве, должна была считаться находящейся в России. Мы полагаем, что термин «нахождение юридического лица на территории» какого-либо государства следует раскрывать не только процессуальным и материальным правом РФ, но и, главным образом, терминологией международного частного права (глава 67 ГК РФ). В разделе V АПК РФ говорится о случаях так называемых международных дел, когда судья обязан руководствоваться коллизионными нормами и, следовательно, отдавать приоритет содержащимся в них понятиям.

Однако вернемся к пророгационным соглашениям. Вторым важнейшим условием их признания в РФ является выбор одного из судов РФ, а не заграничного суда. Здесь находит отражение важнейшая специфика данного института международного гражданского процесса. Решения иностранных государственных судов не признаются и не исполняются в РФ в отсутствие соответствующего международного договора.

Например, согласно Договору между СССР и Румынией об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 03.04.58 страны взаимно признают и исполняют судебные решения (ст.ст. 46, 47). Если румынский суд, избранный российской и румынской компаниями, присудит российскую компанию, то такое решение должно быть признано и исполнено в России⁷. Вместе с тем, если, несмотря на указанное пророгационное соглашение, румынская компания обратится в российский суд с требованием, последний должен

⁶ Там же. С. 469.

⁷ Указ Президиума ВС СССР от 21 июня 1998 г. № 9131-ХI «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» (п. 1).

будет принять иск к производству, игнорируя выбор румынского суда. Причина в том, что пророгационные соглашения, кроме тех, которые предусмотрены в части 7 п. 2 ст. 212 АПК РФ, не обладают дерогационным эффектом. В российском процессуальном праве пророгационное соглашение только тогда обладает дерогационным эффектом, если оно определяет компетентность какого-либо российского суда. Исключения вводятся международными конвенциями, например Соглашением стран СНГ «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» от 20.03.92, где в силу п. 2 ст. 4 выбор компетентного суда лишает права все другие суды рассматривать данный спор. Здесь, как мы сказали, речь идет о более высоком уровне законотворчества в международном договоре, нормы которого всегда или почти всегда обладают приоритетом и зачастую устанавливают изъятия из принципа национального законодательства.

Последним условием процессуального значения пророгационного соглашения является усмотрение в пользу предполагаемой действительности решения российского суда. Как уже упоминалось, формулировка ст. 212 АПК РФ наделяет суд правом, а не обязанностью, относительно того, принимать ли иск к иностранному ответчику к рассмотрению или нет. Именно так нужно толковать формулировку «суды также вправе». Упомянем еще раз, что сказанное не относится к таким пророгационным соглашениям, когда истцом в суде РФ выступает иностранная организация. В силу соответствующего пророгационного соглашения названный суд обязан принять дело к своему производству, но не в силу ст. 212 АПК РФ, а из-за национального режима в вопросах процессуальной правоспособности иностранных граждан и организаций. В этом случае дерогационный эффект не предусматривается, так как суды по ст. 31 АПК РФ обязаны принять дела и отправить материалы по месту российского суда, избранного иностранным истцом и его контрагентом.

Подведем итог. Как мы видим, в Российской Федерации пророгационные соглашения приобретают юридическое значение и влекут соответствующие последствия при следующих трех условиях. Во-первых, избранный сторонами суд должен быть российским. Ответчик – сторона пророгационного соглашения – не пользуется процессуальной защитой ст. 87 АПК РФ, когда в силу выбора альтернативного органа судьи обязаны по его заявлению оставить иск без рассмотрения, т.к. названная статья содержит ссылку только на подведомственность спо-

ров третейскому, а не государственному суду. Во-вторых, участником соглашения должно быть лицо, зарегистрированное в иностранном государстве. В-третьих, если впоследствии оно оказывается ответчиком, то названный российский суд должен анализировать вопрос о степени эффективности своего решения или достаточности своей юрисдикции над иностранным ответчиком. Он может принять иск к рассмотрению, но вправе отказаться от осуществления правосудия. Условием является такая связь иностранного ответчика с РФ, ее достаточность для осуществления эффективной юрисдикции.

Итак, получается, что полновесное правовое значение имеют только пророгационные соглашения с участием иностранного ответчика, когда избран суд в РФ. Только такое соглашение в случае обращения истца, российского или иностранного, в другой отечественный суд имеет дерогационный эффект. Процедура передачи дела в названный сторонами суд в соответствии со ст. 31 АПК РФ не может приводиться в действие, т.к. должно иметь место чистое применение ст. 212 АПК РФ, во-первых, судом, в который сначала обратилась сторона в силу п. 3, п. 1 ст. 108 АПК РФ, а во-вторых, судом, который избран, если истец затем в него обратится.

Столь узкая область использования пророгационных соглашений вряд ли отвечает современным требованиям. В советское время международный гражданский процесс действительно имел в качестве основной функцию защиты от иностранной судебной власти. Длительное время развитие нашего государства определялось альтернативной идеологией, не направленной на сближение правовых систем и взаимодействие в сфере международного гражданского процесса. Основной принцип был выражен в положении о том, что иностранные судебные и арбитражные решения должны признаваться при наличии международного договора. Только при этом условии действия иностранной судебной власти могли иметь правовой эффект в нашей стране. Потребности международного экономического оборота, а также имущественные интересы большого количества наших граждан привели к подписанию международных конвенций и договоров о правовой помощи. Важнейшие из них относятся к международному коммерческому арбитражу. Тогда такая степень участия в международном гражданском процессе отвечала требованиям времени, а главное – политике нашего государства, хотя сама процедура признания и исполнения решений, выполнение судебных поручений была очень форма-

лизованной, неоперативной и неэффективной. За долгие годы имели место единичные случаи трудной реализации возможностей, формально предоставленных упомянутыми конвенциями и договорами.

Сегодня новой и важнейшей целью права является контроль и регулирование предпринимательских отношений международного характера, определяющих развитие экономики государства. Выполнение этой задачи невозможно без отлаженного взаимодействия с судебными органами иностранных государств и их органами юстиции. Причем путь многократного заключения двусторонних и многосторонних конвенций уже выглядит недостаточным. Требуется изменение принципа, когда в силу нормы российского закона действия судов за границей находили бы процессуальную поддержку и сотрудничество в России. Необходимо дать большие возможности по заключению пророгационных соглашений. Удобный суд за границей (правда, только по гражданским искам, в которых отстаивается частный интерес) будет способствовать большей организованности и эффективности судебной власти.

жений конвенций требуется определённая гибкость. Одним из средств ее обеспечения и являются клаузулы об изъятии, часто включаемые в текст договоров, заключенных под эгидой МОТ, но Организация настаивает на том, что заявления, формулируемые в соответствии с ними, представляют собой все-таки заявления, а не оговорки.

Комиссия международного права придерживается иного мнения и не считает позицию МОТ убедительной. Так, факт участия в принятии конвенций по вопросам труда неправительственных структур не меняет юридической природы этих договоров. Соответственно, к ним должен применяться правовой режим, который обычно применяется ко всем международным договорам. Основная проблема заключается в том, что МОТ придерживается ограничительного толкования понятия оговорки, которое несколько отличается от закреплённого в Венских конвенциях 1969 и 1986 годов и в проекте Руководства по практике КМП. Так что в принципе конвенции МОТ, являясь по своей природе международными договорами в свете Венских конвенций 1969 и 1986 годов, не исключают возможности заявления оговорок, и речь в этом случае идет в основном об оговорках, которые определено допускаются договором (п. 1 ст. 20 Венских конвенций 1969 и 1986 годов).

В заключение хотелось бы отметить, что в практике существуют проблемы, связанные с определением и квалификацией односторонних заявлений в качестве оговорок. Комиссия продолжает заниматься разработкой проекта Руководства по практике, важнейшей составной частью которого являются положения, так или иначе связанные с определением оговорки. От того, каким образом будет решена эта проблема, во многом зависит результат работы Комиссии по теме «Оговорки к международным договорам» в целом, поскольку практически любое из основных положений проекта Руководства в большей или меньшей степени опирается именно на определение оговорки. КМП анализирует и обобщает практику государств и международных организаций в отношении односторонних заявлений к международным договорам, в случае необходимости разъясняет и уточняет смысл соответствующих положений Венских конвенций. Значение работы Комиссии для субъектов договорных отношений трудно переоценить, поскольку разрабатываемый ею проект Руководства по практике является важным шагом на пути к унификации практики в данной области и помогает разрешению вновь возникающих противоречий.

ИЗБРАННЫЕ ДЕЛА МЕЖДУНАРОДНОЙ ЧАСТНО-ПРАВОВОЙ ПРАКТИКИ ФИРМЫ «МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СЕМЕНОВ & ПАРТНЕРЫ»

Некоторые проблемы применения российскими судами иностранного права

*Мотрич М.И.**

В 2002 г. наша фирма представляла интересы одного из крупнейших международных морских перевозчиков в российском судебном процессе по делу о возмещении убытков, причиненных столкновением судов.

Столкновение двух судов – российского и панамского – произошло в акватории Санкт-Петербургского морского порта вследствие обоюдных нарушений правил судоходства. В результате столкновения российское судно, значительно уступавшее панамскому в размерах и водоизмещении, получило пробоину ниже ватерлинии, и в корпус судна стала поступать вода. Экипаж терпящего бедствие судна и Морская Администрация Порты Санкт-Петербург предприняли попытку спасения судна, которая, несмотря на то, что затопления судна вполне можно было избежать, не увенчалась успехом – российское судно затонуло в акватории порта. Впоследствии, затонувшее судно было поднято и поставлено в док на ремонт; на панамском судне также были произведены ремонтные работы. Естественно, возник спор о возмещении существенных убытков, причиненных столкновением. В соответствии со ст. 212 АПК РФ 1995 г., спор о возмещении убытков рассматривался в Арбитражном суде г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области.

* Мотрич Михаил Иванович – юридическая фирма «Монастырский, Зюба, Семенов & Партнеры».

Следует напомнить, что морские споры отличаются особой сложностью, не в последнюю очередь в силу того, что правоотношения, возникающие в сфере международных морских перевозок, практически всегда осложнены иностранным элементом. В силу этого при рассмотрении таких споров зачастую возникают коллизии права и иные проблемы выбора, установления и применения правовых норм иностранных государств.

Описанный выше спор рассматривался судом довольно долго – около двух лет – и закончился возложением на стороны ответственности по возмещению друг другу ущерба пропорционально степени их вины в столкновении. В ходе судебного процесса мы столкнулись с проблемой неправильного подхода российского суда к вопросу применения норм иностранного права. Так, Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области не применил панамское право, подлежащее применению к вопросу ограничения вины судовладельца – панамской компании (нашего клиента) на основании ст. 426 Кодекса торгового мореплавания РФ. Несмотря на наши возражения, апелляционная инстанция Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области согласилась с позицией суда первой инстанции по этому вопросу, указав, в частности, в обоснование своей позиции, что «ответчик... не представлял суду соответствующих сведений о наличии подобных норм иностранного государства и их официальном толковании, не доказал, что это могло повлиять на выводы суда, применившего право, исходя из особенности инцидента на море».

Такой подход российского суда к применению коллизийной нормы и установлению на ее основе содержания иностранного права является, по нашему мнению, в корне неверным и в случае его дальнейшего распространения в российской судебной практике может нанести существенный ущерб интересам участников судопроизводства. В связи с этим будет целесообразно проанализировать указанную позицию суда в свете действующего российского законодательства и существующих мнений и взглядов на проблему применения российскими судами иностранного права.

Согласно ст. 420 КТМ РФ отношения, возникающие из столкновения судов во внутренних морских водах и в территориальном море, регулируются законом государства, на территории которого произошло столкновение (принцип *Legis Loci delicti commissi*) – в данном случае столкновение произошло на территории России. Однако, ст. 426

КТМ РФ устанавливает, что пределы ответственности судовладельца определяются законом государства флага судна (принцип *Lex banderae*), т.е. в рассматриваемом случае – законом Панама. При этом Кодекс не устанавливает каких-либо условий или ограничений применения иностранного права в отношении лимита ответственности судовладельца.

В настоящее время применение иностранного права судами при наличии иностранного элемента в рассматриваемых правоотношениях регулируется рядом положений российского законодательства, наиболее важными из которых являются: раздел VI «Международное частное право» части третьей Гражданского Кодекса, ст. 13-14 АПК РФ и ст. 11 ГПК РФ. Кроме того, коллизийные нормы содержатся в целом ряде материально-правовых законов, включая уже упомянутый КТМ.

Следует отметить, что указанное дело рассматривалось судом первой инстанции в 2001 г. (т.е. до введения третьей части ГК в действие), а судом апелляционной инстанции в середине 2002 г. (т.е. уже после введения третьей части ГК в действие). Однако и до вступления в силу раздела VI «Международное частное право» ГК принципы применения иностранного права в России, в том числе и концепция *ex officio*, были закреплены в законодательстве, в частности, в ст. 156-158 Основ гражданского законодательства 1991 г., ст. 10 ГПК РСФСР и ст. 11-12 АПК РФ 1995 г.

Естественно, применение иностранного права судом возможно лишь постольку, поскольку суду известны и понятны нормы избранной иностранной правовой системы. Не менее естественным является также и то, что подавляющему большинству судей такие иностранные нормы, как правило, не только неизвестны, но и не должны быть известны. Таким образом, суды сталкиваются с проблемой достоверного выяснения содержания иностранных правовых норм, подлежащих применению. Подходы к установлению содержания и применению иностранного права могут быть различными.

В отличие от большинства европейских стран, в странах англо-американской правовой системы или системы «общего права» (*common law*) суды, как правило, используют правовую концепцию *lex fori*, согласно которой применению подлежит национальное право суда, рассматривающего дело. При этом иностранные правовые нормы рассматриваются как особые юридические факты, бремя доказывания которых лежит на сторонах процесса. Классическая английская доктрина гласит: «...иностранное право считается вопросом факта, но это –

вопрос факта особого рода»¹. Часто это приводит к тому, что, установив содержание лишь некоторых из подлежащих применению иностранных правовых норм, суд принимает решение на основе весьма искаженного представления о действительном содержании иностранного права. Как правило, суды в странах общего права в результате признают субъективные права сторон, возникшие в силу иностранного права, но фактически применяют к правоотношениям сторон только свое национальное право.

В странах континентальной правовой системы, в том числе и в России, иностранное право рассматривается как независимая и целостная система юридических правил, в результате чего, суды рассматривают и применяют иностранное право (в тех случаях, когда его применение обусловлено коллизионными нормами) по возможности так же, как оно должно применяться в этом иностранном государстве. При этом обязанность устанавливать содержание норм иностранного права и применять их возлагается на суд, в силу его статуса, *ex officio*.

Применяя иностранное право *ex officio* и признавая за ним статус, равный своему национальному праву, суд, как уже было сказано выше, не может и не должен заранее знать иностранные нормы в достаточной степени. Тем не менее, поскольку данный вопрос является вопросом права, а не факта, именно суд обязан предпринять все необходимые действия для установления содержания иностранного права. Более того, частичное выяснение лишь некоторых иностранных правовых норм не может быть признано достаточным, поскольку может привести к существенным искажениям в юридической оценке конкретных правоотношений сторон. «...Задача суда заключается в том, чтобы применить иностранное право так, как оно применяется у себя на родине».² Согласно п. 1 ст. 1191 ГК суд устанавливает содержание норм иностранного права в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Представляется, что приоритетность и значение перечисленных источников информации о содержании иностранного права должны определяться в соответствии с требованиями правовой системы соответствующего государства.

Неправильное установление и применение иностранного права влечет отмену судебного решения. Так, например, Президиум Верховно-

¹ См.: Чезир Дж., Норт П. Международное частное право. Пер. с англ. М., 1982. С. 24-25.

² См.: Международное частное право, под редакцией Дмитриевой Г.К. М., 2001. С. 147.

го Суда РФ в своем Постановлении от 20 декабря 2000 г. № 106пв-2000 отменил определение Московского городского суда, установив ошибочность толкования судом первой инстанции иностранного права на основании ссылок на отдельные статьи английского закона, в отрыве от прочтения всего законодательного акта³.

Согласно п. 2 ст. 1191 ГК суд может обратиться, в целях установления содержания норм иностранного права, за содействием и разъяснением в Министерство юстиции и иные компетентные органы или организации в Российской Федерации и за границей (например, в российские консульские учреждения за рубежом) либо привлечь экспертов. Порядок получения помощи при установлении содержания иностранного права регулируется различными международными соглашениями (включая двусторонние договоры о правовой защите и правовой помощи, заключенные Российской Федерацией, Минскую конвенцию о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., заключенную между государствами СНГ, и Европейскую конвенцию об информации относительно иностранного законодательства 1968 г.), а также постановлением Президиума Верховного Совета СССР «О мерах по выполнению международных договоров СССР о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам» от 21 июня 1988 г. № 9132-ХІ и Положением о Министерстве юстиции Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 2 августа 1999 г. № 954.

Что же касается привлечения экспертов для разъяснения содержания иностранных правовых норм, то здесь интересна следующая позиция ряда российских ученых: поскольку установление содержания иностранного права при его применении *ex officio* не входит в предмет доказывания по делу, такое мнение эксперта не может рассматриваться как средство доказывания.⁴ В пользу этой позиции свидетельствует и то, что согласно общепринятой практике суд не может назначать экспертизу для выяснения вопросов права. Таким образом, можно предположить, что процессуальный статус эксперта, привлекаемого судом для разъяснения смысла и содержания иностранного права, будет отличен от статуса «обычных» экспертов, привлекаемых к учас-

³ См.: Постатейный научно-практический комментарий части третьей ГК РФ, под редакцией А.М. Эрделевского. М., 2001. Источник – компьютерная правовая справочная система «Гарант».

⁴ См., например: Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья. Под общей редакцией Сергеева А.П. М., 2002. С. 207.

тию в деле в рамках процессуального законодательства. Эта позиция, однако, разделяется не всеми исследователями. Так, например, А.Н. Гув считает, что для разъяснения норм иностранного права «эксперт привлекается в порядке, установленном действующим в Российской Федерации процессуальным законодательством»⁵; того же мнения придерживается и ряд других известных авторов, включая Е.А. Суханова⁶.

Вызывает определенные доктринальные споры также и формулировка п. 3 ст. 1191 ГК, в соответствии с которой в случае, если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые меры, в разумные сроки не установлено, суд применяет российское право. С одной стороны, такой подход к решению проблемы нежелательного затягивания судебного процесса ввиду затруднительности или невозможности достаточного и достоверного выяснения судом содержания норм иностранного права вполне понятен и имеет определенный практический смысл. С другой стороны, возникает некоторое противоречие между этой нормой и правовой концепцией *proper law*, использованной в ст. 1186 ГК – при невозможности определить право, подлежащее применению, к правоотношениям сторон применяется право страны, с которой они наиболее тесно связаны. Представляется, что в нынешней ситуации у судей может возникнуть соблазн прибегнуть к формальной попытке выяснения содержания иностранного права с тем, чтобы по истечении «разумного» срока, разрешить спор в соответствии с известным и понятным суду российским правом (что, в результате, будет эквивалентно англо-американскому подходу *lex fori*). Следует, тем не менее, заметить, что такое же решение проблемы невозможности установления содержания иностранного права закреплено в законодательстве целого ряда европейских стран, например, в Австрии, Швейцарии и Венгрии. Кроме того, этот подход не является для новым и для России – так, например, он был закреплен в ст. 12 АПК РФ 1995 г. В качестве альтернативы концепции *lex fori* авторы Комментария к части третьей Гражданского Кодекса Российской Федерации, под редакцией А.Л. Маковского и Е.А. Суханова, предлагают российским судам в случае невозможности установить содержание нормы кон-

⁵ См.: А.Н. Гув Постатейный комментарий к части третьей ГК РФ. М., 2002. Источник – компьютерная правовая справочная система «Гарант».

⁶ См.: Комментарий к части третьей Гражданского Кодекса Российской Федерации, под редакцией Маковского А.Л. и Суханова Е.А. М., 2002. С. 344-345.

кретного иностранного права обращаться к родственной правовой системе (например, в случае, когда обе правовые системы принадлежат к школе «общего права») ⁷.

Наибольший интерес, однако, у нас вызывают параграф 3 п. 2 ст. 1191 ГК и практически идентичный ему параграф 3 п. 2 ст. 14 АПК РФ, которые предоставляют суду право возложить на стороны при рассмотрении требований, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской (а в редакции АПК и иной экономической) деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права. Очевидно, что переложение бремени установления содержания иностранного права на участников процесса – этот подход, как мы уже указывали выше, характерен для системы «общего права» – является определенным отступлением от распространенного среди континентальных правовых систем принципа *ex officio*⁸. С другой стороны, пойдя на такое сближение с англо-американской концепцией применения судом иностранного права, которая также обладает рядом достоинств, российский законодатель, по всей видимости, преследовал вполне объяснимую цель сокращения расходов на судопроизводство и времени рассмотрения отдельных споров. Главное – не забывать о том, что этот порядок является факультативным по отношению к общей обязанности суда установить содержание норм иностранного права и правильно применить их. Следует избегать автоматического переложения на стороны бремени доказывания содержания иностранного права при рассмотрении любых споров, вытекающих из предпринимательской деятельности, иначе остальные положения российского законодательства, направленные на установление принципа *ex officio*, могут остаться лишь декларацией. Так, например, возможны ситуации, когда стороны процесса, на которых суд возложил бремя доказывания содержания иностранного права, будут лишены, в силу тех или иных причин (в том числе и финансовых), практической возможности получить и представить суду такие доказательства (хотя в этом случае суд может оказать сторонам содействие в собирании доказательств в соответствии с действующим процессуальным законодательством).

⁷ Там же. С. 346.

⁸ Следует заметить, что подобная норма, допускающая переложение бремени доказывания содержания иностранного права на стороны при рассмотрении имущественно-правовых требований, содержится также в швейцарском Законе о международном частном праве. См.: Дмитриева Г.К., Филимонова М.В. Международное частное право. Действующие нормативные акты. Изд. 2-е. М., 1999. С. 32.

Как бы то ни было, большинство комментаторов не подвергает рассматриваемую новеллу российского гражданского права (параграф 3 п. 2 ст. 1191 ГК) какой-либо существенной критике.⁹ В любом случае, возложение на сторону обязанности по доказыванию содержания иностранного права не должно производиться произвольно и должно быть оформлено соответствующим определением суда. Важно также отметить и то, что в момент рассмотрения описанного выше дела о столкновении судов подобная норма в российском законодательстве просто отсутствовала, и у суда вообще не было никаких оснований требовать от стороны по делу представления информации о наличии иностранных правовых норм или доказательств их содержания.

Подводя итог вышесказанному, согласно мнению, разделяемому подавляющим большинством исследователей и юристов-практиков, применение иностранного права в тех случаях, когда это предписывается коллизионными нормами, должно осуществляться российскими судами по собственной инициативе, независимо от того, ссылаются ли на него стороны в обоснование своих требований и возражений. Суд также должен предпринимать все необходимые действия, направленные на установление содержания иностранного права (за исключением случаев переложения бремени доказывания содержания норм иностранного права на стороны, возможного только при наличии определенных условий и соблюдения установленной процедуры). К сожалению, при рассмотрении дела о столкновении судов, в котором мы принимали участие, арбитражный суд пошел по иному, неприемлемому в целом, пути.

⁹ См., например: Комментарий к части третьей Гражданского Кодекса Российской Федерации, под редакцией Маковского А.Л. и Суханова Е.А. М., 2002. С. 345-346.

СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

*Светлой памяти учителя – Тункина Григория Ивановича
и всех участников дипломатических фронтов
Великой Отечественной войны*

Год 1941 – год мужества

*Красов С.И.**

22 июня 1941 года – день начала самоотверженной борьбы многонационального советского народа за сохранение суверенитета Отечества¹.

В этот день в 4 часа утра гитлеровские войска вторглись на территорию нашего государства.

В 5.30 часов утра посол германии прибыл в Кремлевскую приемную Наркома иностранных дел СССР. Он вручил В.М. Молотову текст короткого официального заявления германского правительства.

В.М. Молотов спросил, что означает это заявление. Посол Германии Ф. Шуленбург ответил, что «по его мнению это начало войны»².

После встречи с германским послом Молотов сразу же направился к Сталину, куда уже были вызваны члены Политбюро ЦК ВКП (б), государственные руководители, военачальники.

Обсуждение сложившейся ситуации началось в 5 часов 45 минут утра. В сталинский кабинет вошли В.М. Молотов, Л.П. Берия, С.К. Тимошенко, Л.З. Мехлис и Г.К. Жуков. В 7.30 ч. в Кремль прибыли Г.М. Маленков и А.Я. Вышинский, в 7.55 ч. – А.И. Микоян, в 8.00 ч. – Л.М. Каганович, в 8.40 ч. – Г.М. Димитров и Д.З. Мануильский.

* Красов Сергей Иванович – к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права и международного права юридического факультета Самарского государственного университета.

¹ Архив внешней политики Российской Федерации (АВП РФ) ф. 06, оп. 3 п. 1 д. 5 л. 12-15.

² Выражаю сердечную благодарность работникам МИД РФ и Архива внешней политики РФ, оказавшим содействие в подготовке данной статьи.