

Н.Ю. Ерпылева

МЕЖДУНАРОДНОЕ
БАНКОВСКОЕ
ПРАВО



Наталья Юрьевна Ерпылева

Международное банковское право

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=7074982

Международное банковское право: теория и практика применения

[Текст] / Н. Ю. Ерпылева; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа

экономики».: Высшая школа экономики; Москва; 2012

ISBN 978-5-7598-0785-8

Аннотация

В настоящей монографии комплексно рассматриваются вопросы правового регулирования международной банковской деятельности, в том числе порядок организации и функционирования банков и совершения ими банковских операций. Анализ основных категорий международного банковского права (пруденциального и валютного банковского регулирования) наряду с исследованием его основных институтов (вексельных отношений, расчетных обязательств и банковских гарантий) поможет читателю разобраться в сложных вопросах теории МБП, увидеть основные тенденции и перспективы его практического применения. Для практикующих юристов, преподавателей, аспирантов и студентов, обучающихся по специальности «Правоведение», а также широкого круга

читателей, интересующихся вопросами международного частного права и банковского права.

Содержание

Введение	7
Часть I	12
Глава 1	12
§ 1. Предмет и метод международного банковского права	12
1. Предмет международного банковского права	12
2. Метод международного банковского права	31
§ 2. Источники международного банковского права	51
1. Международные органы, участвующие в разработке и принятии нормативных актов международного банковского права	55
2. Понятие и основные виды источников международного банковского права	72
§ 3. Основные принципы и нормативная структура международного банковского права	91
Литература	108
Глава 2	111
§ 1. Статус государств как субъектов	111

международного банковского права	
1. Понятие, виды и основные концепции государственного иммунитета	112
2. Институт государственного иммунитета в национальном законодательстве	119
Конец ознакомительного фрагмента.	130

**Наталия Юрьевна
Ерпылева
Международное
банковское право: теория
и практика применения**

*Светлой памяти моих родителей Валентины
Ивановны Тихомировой и Юрия Александровича
Ерпылева посвящается*

Рецензент

доктор юридических наук, профессор кафедры междуна-
родного частного права Московской государственной юри-
дической академии *Г. Ю. Федосеева*

Введение

Многогранное и всестороннее развитие экономических отношений в рамках того или иного государства, включая банковские отношения в качестве их неотъемлемой составной части, объективно обуславливает появление специфического правового регулятора – частного права. Частное право в правовой системе любого государства выступает в качестве обособленного правового комплекса, специально предназначенного для целевого регулирования экономических отношений между различными субъектами, не носящих властного характера и построенных на принципах, лишенных качества публичности. Как правильно указывает С.С. Алексеев, «сама природа экономики, ее экономические законы предполагают неустранимую объективную необходимость постоянного включения права в экономическую жизнь. Следовательно, широкое использование правовой формы общественного регулирования нужно рассматривать как одну из объективных закономерностей, существенно влияющих на ход экономических процессов, на их качественное развитие»¹. Такое включение права в экономику и обеспечивается с помощью частного права.

На современном этапе исторического развития челове-

¹ Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. М., 2008. С. 129.

ской цивилизации национальная экономика каждого государства неизбежно интегрируется в международную систему мирохозяйственных связей, т. е. выходит за национальные рамки и поэтому неизбежно испытывает влияние международного фактора. Интернационализация экономических связей объективно обуславливает зарождение, формирование и развитие интеграционных процессов во всех областях деятельности. В ходе интернационализации все большую роль играет право, которое комплексно опосредует различные аспекты международной жизни. Вместе с тем следует отметить, что национальные правовые системы различных государств не предназначены для регулирования всего многообразия международных связей трансграничного характера, пусть даже в одной экономической области. Все вышесказанное привело к появлению особой совокупности правовых норм, направленных исключительно на упорядочение частных (главным образом, экономических) отношений, которые выходят за рамки одного государства и приобретают в силу этого международный характер. Такая совокупность правовых норм получила название международного частного права.

Предваряя изложение основного материала, хотелось бы обратить внимание на влияние процесса глобализации на право в целом и международное банковское право в частности. По мнению М.Н. Марченко, под воздействием глобализации происходят следующие трансформации в пра-

ве. Во-первых, глобализация влияет на изменение сущности права как феномена, все более активно проявляющегося в качестве регулятора общественных отношений не только на национальном, но и на надгосударственном, глобальном уровне – на уровне отношений транснациональных корпораций, международных банков, межгосударственных объединений и огромного количества самых различных неправительственных организаций. Следует заметить, что глобализация как объективный процесс с неизбежностью включает в социальную сущность и содержание национального права иностранный интерес. Носителями последнего являются не только более сильные, индустриально развитые государства, но и транснациональный капитал.

Во-вторых, глобализация оказывает определенное воздействие не только на сущность права, но и на его содержание, институциональную и функциональную роль, а также на стоящие перед ним цели и задачи, на его назначение. Это касается как сущностной, так и всех других сторон правовой материи, включая ее формально-юридическое, политико-идеологическое, информационное и иное содержание. В-третьих, процесс глобализации влияет не только на сущность, содержание и назначение права, но и на его источники, или формы права. Это влияние сказывается на всех уровнях существования правовой материи, а именно: на глобальном, региональном и внутригосударственном (национальном). На первых двух уровнях появление и изменение по ме-

ре развития общества и государства источников права непосредственно связано в основном с правотворческой деятельностью надгосударственных и межгосударственных институтов, а на национальном уровне, как и раньше, преимущественно с правотворческой активностью государства².

Важнейшей составляющей экономических отношений внутри какого-либо государства выступают банковские отношения, опосредующие различные аспекты банковской деятельности. Национальным регулятором таких отношений выступает банковское право. Оно традиционно тяготеет к сфере частного права, однако представляет собой комплексную правовую отрасль, в которой под влиянием общемирового процесса «публицизации» частного права, обусловленного расширением вмешательства государства в экономику, нормы частного и публичного права самым теснейшим образом переплетаются. В результате интернационализации всей совокупности экономических отношений банковская деятельность объективно и неизбежно выходит за рамки отдельных государств и приобретает трансграничный характер. На мировой арене появляются новые специфические субъекты банковских правоотношений, неизвестные национальному банковскому праву, – международные валютно-финансовые организации. Сами трансграничные банковские правоотношения в современную эпоху все более испытывают влияние

² См.: *Марченко М.Н.* Государство и право в условиях глобализации. М., 2009. С. 268–274.

фактора регионализма наряду с сохраняющейся тенденцией к их универсализации. Все это в совокупности привело к формированию особой отрасли международного частного права, призванной выступить в качестве регулятора международной банковской деятельности, т. е. деятельности, которая выходит за рамки одного государства, приобретает в силу этого международный характер и включает иностранный элемент в различных формах. Эта правовая отрасль имеет основания называться международным банковским правом. Многостороннему исследованию его природы, основных категорий и институтов и посвящена настоящая работа.

Принятые сокращения

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

БК РФ – Бюджетный кодекс Российской Федерации

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации

ТК РФ – Таможенный кодекс Российской Федерации

Все нормативные акты Российской Федерации приведены в работе по состоянию на 1 января 2012 г.

Часть I

Понятие международного банковского права

Глава 1

Предмет, метод и источники международного банковского права

§ 1. Предмет и метод международного банковского права

1. Предмет международного банковского права

Банковское право представляет собой важнейшую отрасль права в правовой системе любого государства. Тесно взаимодействуя с другими отраслями, банковское право структурно не совпадает ни с одной из них и, несомненно, имеет самостоятельный характер. Предметом регулирования банковского права выступает специфическая группа

общественных отношений, объектом которых является банковская деятельность. *Последняя*, в свою очередь, состоит из целого комплекса банковских операций, служащих правовой формой реализации функций банков. *Основные функции банков* в любом государстве сводятся к следующему:

1) осуществление мобилизации временно свободных денежных средств и размещения их от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, срочности и платности в форме кредитования государства, юридических и физических лиц;

2) осуществление финансовых расчетов и формирование платежной системы государства;

3) осуществление денежной эмиссии в банкнотной и депозитной формах;

4) осуществление функций профессионального участника рынка ценных бумаг путем выпуска и размещения фондовых ценностей;

5) осуществление консультационных услуг по финансовым и экономическим вопросам путем сбора, анализа и распространения соответствующей информации.

Функции банков имеют экономическую природу и присущи банкам как финансовым посредникам на рынке финансовых услуг. *Главная задача банков – аккумулировать избыточные (временно свободные) денежные ресурсы путем привлечения вкладов и превращать их в ссудный капитал, выдавая кредиты различным субъектам.* Кредит, в свою оче-

редь, используется на расширение производства и развитие потребительского рынка. Кредитование субъектов экономической системы государства неизбежно влияет на структурную и инвестиционную политику путем определения приоритетных направлений модернизации и технического перевооружения промышленности и сельского хозяйства, что в конечном счете оказывается решающим фактором в развитии научно-технического прогресса, экономического роста государства и улучшения уровня жизни населения.

Банковские системы различных государств не функционируют в изоляции друг от друга, а, наоборот, находятся в постоянной взаимозависимости, взаимовлиянии и взаимодействии. Развитие мировой экономики и международных экономических отношений с неизбежностью приводит к появлению в национальных банковских системах иностранного элемента – в форме проникновения иностранного капитала в банковский сектор экономики того или иного государства, развития международного и регионального сотрудничества по формулированию общих стандартов банковского регулирования, формирования трансграничного рынка банковских услуг и т. д. Все вышеупомянутое закономерно приводит к возникновению специфического правового комплекса, объектом регулирования которого выступает банковская деятельность, осложненная иностранным элементом. Такой правовой комплекс получил название международного банковского права (далее – МБП). Самостоятель-

ный характер международного банковского права проявляется в том, что оно имеет особый предмет (объект) и методы регулирования, специфические источники и субъекты регулирования, на рассмотрении которых мы остановимся более подробно.

Предметом регулирования со стороны права всегда выступают общественные отношения, возникающие по поводу какого-либо объекта. Предметом регулирования со стороны МБП выступают банковские отношения, объектом которых является банковская деятельность, осложненная иностранным элементом. Иностранный (или международный) элемент может быть представлен в различных формах, например, в форме открытия филиала иностранного банка на территории данного государства, в форме создания межгосударственного банка, в форме создания международной универсальной или региональной валютной системы и др. Сразу же следует отметить, что банковские правоотношения по характеру неоднородны. Они могут представлять собой как внутригосударственные отношения, включающие иностранный элемент в том или ином виде (например, создание международной платежной системы SWIFT)³, так и межгосу-

³ SWIFT (Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunications) – это международная платежная система, созданная с целью осуществления платежей через сеть межбанковских финансовых телекоммуникаций, охватывающую практически все государства земного шара. Данная система создана в 1973 г. и существует в форме акционерного общества, правовым статутом которого выступает бельгийское право. Участниками системы являются банки более чем 180

дарственные отношения властного характера (например, создание международной универсальной валютной системы в рамках Международного валютного фонда (МВФ))⁴.

Такая неоднородность банковских правоотношений определяется прежде всего спецификой участвующих в них субъектов, имеющих различную юридическую природу. Субъектами МБП выступают субъекты как международного права (государства, международные межправительственные организации), так и национального права (юридические и физические лица). Следует учитывать, что один и тот же субъект может стать участником и международно-правовых, и национально-правовых отношений. В частности, государство, являясь членом международной валютно-финансовой организации (например, Международного банка реконструкции и развития (МБРР)), имеет право получать от нее кредиты для достижения взаимосогласованных целей. В этом случае отношения между МБРР и государством-членом неизбежно принимают межгосударственную форму. В то же время если это государство заключит соглашение о предоставлении займа с синдикатом банков, то такие правоотношения будут носить гражданско-правовой характер и регулироваться соответствующим применимым национальным правом.

Таким образом, МБП регулирует банковские отношения,

государств мира.

⁴ МВФ – это международная межправительственная организация валютно-финансового характера, созданная в 1944 г., являющаяся специализированным учреждением ООН и насчитывающая 186 государств-членов.

объектом которых является международная банковская деятельность. Термин «международная» означает в данном контексте, что банковская деятельность включает в себя иностранный элемент, т. е. выходит за рамки одного государства, либо осуществляясь на территории двух и более государств в той или иной форме (например, оказание трансграничных банковских услуг, открытие филиала иностранного банка), либо выступая результатом международно-правового взаимодействия субъектов (например, создание международной валютной системы, формирование международной валютно-финансовой организации – МБРР, ЕБРР (Европейский банк реконструкции и развития) и т. д.). Само понятие «банковская деятельность» можно толковать в широком и в узком смысле. В узком смысле она представляет собой совокупность банковских операций, которые есть не что иное, как форма реализации функций банков. В широком смысле понятие «банковская деятельность» включает не только комплекс банковских операций, но и порядок организации и функционирования банков, иными словами, «отношения по поводу функционирования банковской системы, возникновения и развития ее элементов»⁵. Следует отметить, что независимо от узкого или широкого толкования ключевым звеном банковской деятельности выступает понятие «банк». Проанализируем его более подробно.

⁵ Сапожников Н.В. «Банковское право» в отраслевом законодательстве // Государство и право. 1996. № 9. С. 113.

Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» от 3 февраля 1996 г. в редакции от 27 декабря 2009 г.⁶ (далее – Закон о банках) предлагает такое законодательное определение банка. **Банк** – кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц (ч. 2 ст. 1). Таким образом, законодательное определение банка дается через введение новой правовой категории «кредитная организация». Её **кредитной организацией** закон понимает юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Банка России имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные Законом о банках. Кредитная организация образуется на основе любой формы собственности как хозяйственное общество (ч. 1 ст. 1). Из данного определения следует как минимум три вывода:

1) кредитной организацией признается только то юридическое лицо, которое создано в *организационно-правовой форме хозяйственного общества*, т. е. акционерного общества, общества с ограниченной или дополнительной ответ-

⁶ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492; 2009. № 52 (ч. 1). Ст. 6428.

ственность;

2) кредитная организация может осуществлять свою деятельность только на основании *лицензии, выданной Банком России*;

3) кредитная организация в качестве своей деятельности осуществляет *банковские операции*, перечень которых приведен в ст. 5 Закона о банках.

Согласно положениям ст. 5 кредитная организация вправе осуществлять следующие банковские операции:

1) привлечение денежных средств физических и юридических лиц во вклады (до востребования и на определенный срок);

2) размещение указанных привлеченных средств от своего имени и за свой счет;

3) открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц;

4) осуществление расчетов по поручению физических и юридических лиц, в том числе банков-корреспондентов, по их банковским счетам;

5) инкассация денежных средств, векселей, платежных и расчетных документов и кассовое обслуживание физических и юридических лиц;

6) купля-продажа иностранной валюты в наличной и безналичной формах;

7) привлечение во вклады и размещение драгоценных металлов;

8) выдача банковских гарантий;

9) осуществление переводов денежных средств по поручению физических лиц без открытия банковских счетов (за исключением почтовых переводов).

Кредитная организация помимо банковских операций вправе осуществлять следующие *сделки*:

1) выдачу поручительств за третьих лиц, предусматривающих исполнение обязательств в денежной форме;

2) приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме;

3) доверительное управление денежными средствами и иным имуществом по договору с физическими и юридическими лицами;

4) осуществление операций с драгоценными металлами и драгоценными камнями в соответствии с законодательством РФ;

5) предоставление в аренду физическим и юридическим лицам специальных помещений или находящихся в них сейфов для хранения документов и ценностей;

6) лизинговые операции;

7) оказание консультационных и информационных услуг.

Кредитная организация вправе осуществлять иные сделки в соответствии с законодательством РФ.

Анализируя нормы российского законодательства, раскрывающие понятия кредитной организации, банка и банковских операций, можно утверждать, что в основе этих

формулировок лежат нормы европейского банковского права. Директива ЕС от 14 июня 2006 г., относящаяся к организации и ведению бизнеса кредитных организаций (2006/48/ЕС)⁷(далее – Директива № 48), действующая ныне в редакции Директивы от 16 сентября 2009 г. (2009/111/ЕС)⁸, включает определение кредитной организации, под которой понимается, во-первых, предприятие, чья деятельность состоит в приеме депозитов или других возвратных средств от публики и в выдаче кредитов от собственного имени и за свой счет, а во-вторых, электронная валютная организация (п. 1 ст. 4). Из приведенного здесь определения видно, что *ключевыми элементами, выражающими сущность кредитной организации, являются прием депозитов и выдача кредитов.*

Совершенно очевидно, что в этом контексте кредитными организациями будут признаны все банки, а кроме того, целый ряд других субъектов, имеющих в своей деятельности два упомянутых выше ключевых элемента. В международной банковской практике к их числу относят строительные общества, кредитные союзы, ломбарды, дисконтные дома, расчетные дома и др. В российском законодательстве имеется отдельная категория для обозначения кредитных органи-

⁷ Official Journal of the European Union. No. L 177. 30.06.2006. P. 1–200. Директива вступила в силу 20 июля 2006 г.

⁸ Official Journal of the European Union. No. L 302. 17.11.2009. P. 97–119. Директива вступила в силу 7 декабря 2009 г.

заций, не являющихся банками, – **небанковские кредитные организации (НКО)**. Согласно Закону о банках НКО – это кредитная организация, имеющая право осуществлять отдельные банковские операции, допустимые сочетания которых устанавливаются Банком России (ч. 3 ст. 1). В настоящее время в России существуют два вида НКО – *расчетные НКО (РНКО)* и *небанковские кредитные организации, осуществляющие депозитные и кредитные операции (НДКО)*.

Что же касается понятия банковских операций, то формулировки ст. 5 Закона о банках прямо ориентируются на перечень банковских операций, содержащийся в Приложении I к Директиве № 48. В этот перечень включаются:

- 1) прием депозитов (вкладов) и других средств на возвратной основе от публики;
- 2) выдача кредитов, включая:
 - потребительский кредит;
 - кредит под залог недвижимости;
 - финансирование торговых сделок (включая форфейтинг);
- 3) финансовый лизинг;
- 4) перевод денежных средств;
- 5) выпуск и оплата платежных документов (например, кредитных карт, дорожных чеков и платежных поручений);
- 6) выдача гарантий и поручительств;
- 7) операции, совершаемые за свой счет или за счет клиента:

- а) с инструментами валютного рынка (чеками, векселями, депозитными сертификатами и т. д.);
- б) по купле-продаже иностранной валюты;
- с) с финансовыми фьючерсами и опционами;
- д) с процентными ставками и валютнообменными курсами;
- е) с оборотными ценными бумагами;
- 8) эмиссия акций и меры по ее обеспечению;
- 9) оказание консультационных услуг предприятиям по структуре капитала, промышленной стратегии, слиянию и приобретению новых предприятий;
- 10) брокерские услуги на валютных рынках;
- 11) управление портфелем ценных бумаг;
- 12) депозитарные услуги и проведение операций с ценными бумагами;
- 13) оценка платеже- и кредитоспособности клиентов;
- 14) предоставление в аренду сейфов для хранения ценностей и документов.

Нетрудно заметить, что в целом перечень банковских операций в российском Законе соответствует положениям Приложения I к Директиве № 48, и именно это позволяет утверждать, что российские банки действуют на основании принципа «универсального банка», сочетающего классические банковские операции (депозитные, кредитные, расчетные и т. д.) с операциями на фондовом рынке (торговля ценными бумагами, депозитарные услуги и т. д.). В российской науке банковского права подчеркнуто, что российские банки

«по определению являются организациями, ориентированными на универсальность, или комплексность, деятельности в своей сфере»⁹. Однако следует отметить одно существенное ограничение: Закон о банках прямо запрещает любой кредитной организации заниматься производственной, торговой и страховой деятельностью. Указанные ограничения не распространяются на заключение договоров, являющихся производными финансовыми инструментами и предусматривающих либо обязанность одной стороны договора передать другой стороне товар, либо обязанность одной стороны на условиях, определенных при заключении договора, в случае предъявления требования другой стороной купить или продать товар, если обязательство по поставке будет прекращено без исполнения в натуре (ст. 5)¹⁰.

⁹ Банковская система России: настольная книга банкира / под ред. В.В. Герашенко. Кн. I.М., 1995. С. 60.

¹⁰ В научной литературе неоднократно отмечалось, что результатом приспособления современной банковской системы к изменившимся условиям развития экономики стала универсализация деятельности коммерческих банков с сохранением определенной специализации. По мнению Е.С. Ширинской, современный банк представляет собой универсальный многофункциональный кредитно-финансовый комплекс с диапазоном операций и услуг более двухсот наименований. (См.: *Ширинская Е.С.* Операции коммерческих банков. М., 1995. С. 7.) Я.М. Миркин полагает, что универсальное банковское дело подразумевает комбинацию коммерческого банковского дела (привлечение депозитов и предоставление кредитов) и инвестиционного банковского дела (выпуск ценных бумаг, андеррайтинг, размещение ценных бумаг компаний и торговля ими). Совмещение в кредитной организации банковских операций и деятельности на рынке ценных бумаг автор называет европейской моделью универсального коммер-

Исходя из вышеизложенного можно утверждать, что *понятие банка в российском законодательстве опирается на совокупность трех конститутивных (ключевых) элементов, которыми выступают следующие банковские операции: прием депозитов, выдача кредитов и ведение банковских счетов.* Данное понятие основывается на определении кредитной организации, данном в европейском банковском праве, однако шире его по числу конститутивных элементов. Отличие банка от небанковской кредитной организации практически заключается в круге выполняемых операций: если банк имеет право в принципе совершать *все банковские операции*, что и составляет существо его деятельности, то небанковская кредитная организация может совершать *лишь отдельные банковские операции*, причем их допустимые сочетания устанавливаются Банком России.

Неоднородный характер международных банковских правоотношений, которые являются предметом регулирования со стороны МБП и объектом которых выступает международная банковская деятельность (т. е. банковская деятельность, осложненная иностранным элементом), *предопределяет неоднородный характер субъектов МБП*, к числу которых можно отнести как классические субъекты международного публичного права, так и субъекты внутригосударственного права (о чем уже было сказано выше). Напомним, что

ческого банка. (См.: Миркин Я.М. Ценные бумаги и фондовый рынок. М., 1995. С. 399–400.)

непременным атрибутом отношений между ними, принимающих как межгосударственную, так и национальную форму, выступает международный (иностраннй) элемент. В качестве примера межгосударственных банковских правоотношений можно привести правоотношения, складывающиеся между международной валютно-финансовой организацией и государством-членом по поводу предоставления кредита (кредиты МВФ, МБРР, ЕБРР и т. д.). Примером внутригосударственных банковских правоотношений могут служить правоотношения в связи с заключением корреспондентских соглашений между коммерческими банками разных государств; выставлением векселя коммерческим банком одного государства с местом платежа на территории другого государства; выдачей банковской гарантии коммерческим банком иностранному юридическому или физическому лицу.

Специфическим примером внутригосударственных банковских правоотношений выступают те, одной стороной в которых являются субъекты публично-властного характера – либо само государство, либо государственный орган (в частности, центральный банк). Это отношения в связи с заключением кредитного соглашения между государством и синдикатом банков (в МБП данный институт получил название синдицированного займа; в качестве кредитора в нем выступает синдикат, а именно группа принадлежащих разным государствам банков, число которых может достигать нескольких сотен); отношения в связи с выдачей центральным банком

ком разрешения на открытие филиала иностранного банка на территории данного государства. И если первые являются примером правоотношений, содержащих главным образом имущественный элемент, то вторые – пример сочетания имущественных и организационных элементов со значительным преобладанием последних. Именно эта особенность отличает банковское право от других отраслей частного права, что объясняется спецификой объекта регулирования – банковской деятельности. В целях защиты финансовой системы государства от возможных кризисов, истоки которых заложены в самой природе банковского бизнеса, именно государство принимает меры в виде жесткого банковского регулирования и тем самым объективно способствует повышению роли, а иногда и выдвигению на первый план организационных элементов банковских правоотношений.

Несколько слов необходимо сказать об особенностях правового статуса государств и международных межправительственных организаций (ММПО) как субъектов МБП¹¹. Согласно и. 1 ст. 124 ГК РФ Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами. Раздел VI части третьей ГК РФ включает специальную статью «Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностран-

¹¹ Подробнее этот вопрос будет рассмотрен ниже.

ным элементом» (ст. 1204), которая непосредственно касается правового статуса государства как субъекта МЧП. Согласно данной статье к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства нормы МЧП применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом. Нормы МЧП применяются к сделкам, которые государство совершает или с которыми оно связано иным образом, чем при осуществлении суверенных функций. При определении характера сделки принимаются во внимание ее правовая природа и ее цель.

Все вышеизложенное указывает на постепенный отход российской доктрины МЧП от традиционно поддерживаемой концепции абсолютного иммунитета государства и осторожное признание концепции функционального (относительного) иммунитета государства, если последнее выступает субъектом имущественных отношений частноправового характера, в том числе банковских правоотношений. Однако и в этом случае государство не рассматривается как юридическое лицо особого рода, что составляет особенность правового положения государства как субъекта МБП по сравнению с ММПО.

Специфика ММПО как субъектов МБП состоит в том, что, будучи по своей природе межгосударственными организациями публичного характера, они, тем не менее, участвуют и в частноправовых отношениях (в том числе банковских), совершая различного рода сделки и являясь одной из

сторон в спорах частноправового характера, рассматриваемых в международных и национальных судах. В международных отношениях частного характера ММПО выступают в качестве юридического лица, что закреплено в уставах большинства из них. В правовой науке достаточно широко распространено мнение, что ММПО – это юридические лица особого рода, – международные юридические лица. Именно в силу того, что ММПО возникают в рамках международного правопорядка, качество юридического лица может появиться у них только на основании правовых норм международного характера.

Как указывалось в научной литературе, этот факт можно объяснить следующими обстоятельствами. Во-первых, ММПО создаются на основе норм международного публичного права в целях удовлетворения общих государственных интересов. Иными словами, ММПО является общим представителем государств-членов и должна сохранять это качество во всех сферах своей деятельности. Во-вторых, удовлетворение общего интереса, в целях которого создается ММПО, требует исключения возможности контроля над ней со стороны какого-либо государства-члена (группы государств). Между тем подчинение ММПО национальному праву какого-либо государства могло бы рассматриваться как разновидность такого контроля. В-третьих, наделение ММПО статусом юридического лица базируется на международно-правовых нормах: оговорка о статусе юридического лица может содер-

жаться в учредительных документах ММПО или фиксироваться в ее внутренних правилах – правовых актах, создаваемых самой ММПО¹².

Таким образом, правовой статус ММПО существенно отличается от правового статуса государства в контексте участия в частноправовых отношениях (в том числе банковских). Это позволяет утверждать, что в иерархии субъектов МБП ММПО стоят на ступень ниже государств, что, однако, никоим образом не умаляет качественных характеристик их правосубъектности. Вместе с тем следует особо подчеркнуть, что банковские правоотношения между государствами и ММПО как субъектами публично-правовой природы неизбежно принимают межгосударственную форму. Кредит, полученный государством от МБРР или МВФ, и кредит, полученный тем же государством от Лондонского клуба (банковского синдиката), будучи банковскими операциями с тождественным по своей сути содержанием, неизбежно представляют в разной форме: в первом случае – в форме межгосударственных банковских правоотношений международного характера, во втором – в форме внутригосударственных (национальных) банковских правоотношений, осложненных иностранным элементом.

Таким образом, один и тот же субъект МБП выступает в качестве стороны банковских правоотношений, принима-

¹² См.: *Нешатаева Т.Н.* Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998. С. 218–219.

ющих различную форму – как межгосударственную, так и национальную. *Форма банковских правоотношений определяется их конкретным субъектным составом, а не предметом или объектом. Неоднородность субъектов МБП, влекущая возникновение неоднородных по форме банковских правоотношений, оказывает влияние и на специфику применяемых методов правового регулирования данных правоотношений. Эта специфика выражается в своеобразном сочетании организационных и имущественных элементов. Субъекты МБП в одних случаях выполняют организационные функции, а в других являются непосредственными участниками имущественных отношений. Именно это обстоятельство влияет на выбор метода правового регулирования соответствующего вида отношений.*

2. Метод международного банковского права

Общая теория права в целях конституирования правового комплекса в качестве самостоятельного образования (будь то система права или отрасль права) наряду с первичным, основополагающим критерием (предмет регулирования) выделяет и другой – метод регулирования, который является инструментом регулятивного воздействия правовых норм на общественные отношения и находится в коррелятивной связи с предметом. Можно утверждать, что предмет правового

регулирования влияет на инструментарий последнего, ибо определяет существо и набор методов регулятивного воздействия на соответствующие отношения. В свою очередь, **методом правового регулирования** с точки зрения теории права называется способ правового воздействия на общественные отношения, являющиеся предметом регулирования и подлежащие упорядочению со стороны права.

Категория метода правового регулирования применяется для характеристики регулятивного влияния на общественные отношения различных правовых образований. В зависимости от вида правовых образований теория права различает общий (общеправовой) метод регулирования, посредством которого осуществляется регулирующее воздействие права в целом; отраслевой (общеотраслевой) метод, отражающий специфику регулирования отдельной отрасли права соответствующего рода общественных отношений; метод регулирования определенного вида или комплекса отношений правовым институтом и метод регулирования, присущий отдельной юридической норме. Анализируя структуру метода правового регулирования, теория права относит к числу ее составляющих особенности юридической нормы, правовое положение субъектов, юридические факты, способы формирования и обеспечения субъективных прав и юридических обязанностей субъектов правоотношения (например, каковы для данной отрасли меры обеспечения прав и обязанностей, кому принадлежит инициатива приведения в движение

защитительных мер) и т. д.¹³

Теория права подразделяет признаки отраслевого метода правового регулирования на внешние и сущностные. **Внешними признаками метода** являются особенности элементов отраслевого механизма правового регулирования; **сущностными** – специфические приемы и средства регулирования. Среди *внешних признаков* отраслевого метода регулирования выделяются: а) особенности правового положения субъектов как основное следствие действия метода регулирования; б) особенности реализации прав и обязанностей; в) особенности применения юридической ответственности в случае нарушения общих правовых предписаний. Среди *сущностных признаков* отраслевого метода выделяются: а) отраслевые принципы правового регулирования; б) функции данной отрасли права; в) приемы формирования, изменения и прекращения субъективных прав и юридических обязанностей; г) приемы и средства защиты субъективных прав и обеспечения исполнения юридических обязанностей (характер юридической ответственности)¹⁴.

Особенности правового положения субъектов разного рода общественных отношений как внешний признак отраслевого метода регулирования раскрывают юридическое содержание правоотношения, т. е. распределение прав и обязан-

¹³ См.: Байтин М.И., Петров Д.Е. Метод регулирования в системе права: виды и структура // Журнал российского права. 2006. № 2. С. 84, 91.

¹⁴ Там же. С. 92–93.

ностей между субъектами и положение последних по отношению друг к другу. Отраслевой метод обуславливает *особенности реализации норм отрасли права* в правомерном поведении участников регулируемых ею общественных отношений. Заложенные в отдельных нормах права способы регулирования – позитивное обязывание, дозволение, запрет – реализуются в соответствующих формах: в исполнении, соблюдении, использовании. *Особенности применения юридической ответственности* характеризуют порядок приведения в движение защитительных мер, свойственных соответствующей отрасли права. Данный признак отраслевого метода регулирования отвечает на вопрос о том, кому принадлежит инициатива возбуждения и прекращения того или иного юридического дела. Кроме того, этот признак характеризует возможность и порядок разбирательств до вмешательства компетентных органов и указывает на субъектов, участвующих в процессе реализации юридической ответственности¹⁵.

Принципы отрасли права как сущностные признаки отраслевого метода регулирования есть те основополагающие начала, идеи, установки, на которых базируется правовое регулирование отрасли. В то же время указанные принципы в концентрированном виде выражают самую суть и являются элементом этого регулирования, поскольку представляют собой основные руководящие положения, которые распро-

¹⁵ Байтин М.И., Петров Д.Е. Указ. соч. С. 93–94.

страняются на все отношения, составляющие предмет регулирования отрасли. Они также направляют развитие, функционирование и действие данной отрасли права. *Отраслевые функции* как сущностный признак отраслевого метода регулирования играют ориентирующую, направляющую роль. В функциях отрасли проявляется органическая взаимосвязь, взаимопроникновение и взаимодействие основных общих функций права в процессе регулирования определенного рода отношений, отражается момент требования правового регулирования последних и, как следствие, необходимость в самой отрасли права и в данном методе правового регулирования, их социальное назначение.

Приемы формирования, изменения и прекращения субъективных прав и юридических обязанностей выступают непосредственно регулятивными элементами метода и заложены в диспозициях норм, охватываемых данной отраслью права. Они отражают специфическое сочетание и особенности позитивных обязываний, дозволений и запретов в данном правовом образовании. В эту же группу регулятивных элементов входят юридические факты, т. е. жизненные обстоятельства, с которыми нормы той или иной отрасли права связывают возникновение, изменение и прекращение правоотношений. *Приемы и средства защиты субъективных прав и обеспечения исполнения юридических обязанностей* раскрывают характер юридической ответственности за нарушение норм данной отрасли права. Этот элемент присутствует в

любом методе правового регулирования, в противном случае метод теряет правовой характер. Вид и мера юридической ответственности, предусматриваемые в санкциях норм права, выполняют роль эффективного средства пресечения и предупреждения неправомерного поведения. При определении санкций используются такие юридические средства, как наказание, ограничение, приостановление, признание недействительным, взыскание, восстановление, возмещение и др.¹⁶

Рассмотрев внешние и сущностные признаки **отраслевого метода правового регулирования**, можно прийти к выводу о том, что последний представляет собой обусловленную предметом регулирования (специфическими общественными отношениями) совокупность атрибутов отрасли права, в которых концентрированно выражаются соответствующие ее содержанию и социальному назначению способы и средства упорядочивания определенного рода общественных отношений. Общетеоретические подходы к методам правового регулирования правомерны и для сферы МБП. Основную массу банковских правоотношений составляют имущественные отношения частноправового характера, которые регулируются с помощью **материально-правового метода**, объединяющего два подвида – координационный и субординационный. Основные черты **координационного метода** таковы:

¹⁶ Там же. С. 94–95.

1) общее правовое положение субъектов характеризуется *равенством*, определяемым их статусом собственников имущества, вовлеченного в международный банковский оборот, а также *эквивалентностью* и *возмездностью правоотношений*. Другая специфическая черта правового положения субъектов – их *правовая самостоятельность* и *инициатива*, опять-таки определяемая имущественным характером правоотношений;

2) наиболее типичными юридическими фактами для частноправовых отношений являются сделки, договоры, уступки права требования и т. п. В МБП то же самое можно сказать и об отношениях, регулируемых МБП, однако *наличие* в них *иностранного элемента* порождает ряд особенностей, связанных с действием юридических фактов. Назовем, к примеру, такую: существо правоотношения может регулироваться одним правом, а основания возникновения правоотношения – другим;

3) в способе формирования юридических прав и обязанностей субъектов правоотношения отражено, каким методом определяются их права и обязанности, – путем обязательных предписаний или дозволений, оставляющих место для усмотрения сторон. *Координационный метод* в целом характеризуется как *диспозитивный, дозволительный*. Это проявляется в наличии большого числа диспозитивных норм (императивные нормы при применении данного метода выполняют вспомогательную функцию), влияющих на право-

вое положение субъектов банковского права: они обладают свободой выбора конкретных путей реализации своей правоспособности;

4) способы правовой защиты предполагают, что защита прав и интересов субъектов частноправовых отношений осуществляется в судебном или арбитражном порядке. Правовая ответственность в основном носит имущественный характер и устанавливается главным образом в договорах. Все эти черты присущи и ответственности в МБП: *защита прав осуществляется судом или арбитражем, ответственность носит имущественный характер.*

Наличие в банковских правоотношениях организационных элементов предопределяет применение для их регулирования **субординационного метода**, который представляет собой полную противоположность координационному. Основной особенностью субординационного метода является то, что он предполагает неравный статус субъектов правоотношения, их соподчиненное положение: когда на одном полюсе находится субъект, обладающий властными организационно-распорядительными функциями, а на другом – субъект, ими не обладающий. Именно это прежде всего характерно для юридических фактов, лежащих в основе возникновения организационных правоотношений (имеются в виду акты и решения властных органов), а также для способа формирования юридических прав и обязанностей субъектов таких правоотношений, который отличается большим

числом норм-предписаний императивного свойства.

В силу соподчиненного положения у субъектов организационного правоотношения отсутствует свобода выбора конкретных путей реализации своей правоспособности. Их образ поведения четко предопределен в императивных нормах, содержащих *предписания* и *запреты*. Совершенно очевидно, что и ответственность субъектов будет носить не только имущественный, но и административный характер (например, отзыв лицензии у дочерней кредитной организации иностранного банка; закрытие филиала иностранного банка). Применение субординационного метода в МБП, безусловно, следует за применением координационного, тем не менее специфика банковской деятельности как объекта правового регулирования предопределяет не только саму возможность использования первого, но и весьма существенную область для такового. Кроме того, один и тот же субъект МБП может вступать в банковские правоотношения, регулируемые различными методами. Так, правоотношения иностранного коммерческого банка с центральным банком того или иного государства по поводу открытия филиала на его территории будут регулироваться субординационным методом, а правоотношения того же иностранного коммерческого банка с коммерческим банком другого государства по поводу заключения корреспондентского соглашения между ними – координационным методом. В конечном счете *выбор метода регулирования зависит от сочетания и степени вы-*

раженности в банковском правоотношении имущественных и организационных элементов.

Международный характер банковских отношений, являющихся предметом МБП, обуславливает возможность применения наряду с материально-правовым и коллизионно-правового метода. Суть последнего состоит в том, что для регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом сначала решается вопрос о том, право какой страны должно быть к ним применимо. Это возможно лишь с помощью коллизионной нормы, которая содержит определенный критерий выбора национально-правовой системы в зависимости от связи конкретного отношения с правом того или иного государства. Материально-правовой метод исключает постановку коллизионного вопроса о выборе какого-либо национального права, поскольку существо правоотношения регулируется специально созданными материально-правовыми нормами, унифицированными в международных договорах, либо материально-правовыми нормами прямого действия, содержащимися в национальном праве.

Как справедливо отмечает Г.К. Дмитриева, наличие иностранного элемента в частноправовом отношении и его связь с правом разных государств порождает особую проблему – коллизию между нормами частного права разных государств, решение которой является необходимым условием его регулирования. Именно это предопределяет своеобразие юридического инструментария, используемого в МЧИ,

что позволяет выделить его особый метод. **Коллизионно-правовой метод** – это совокупность конкретных приемов, способов и средств юридического воздействия, направленного на преодоление коллизии права разных государств. Под коллизией права автор понимает обусловленную спецификой частноправового отношения, осложненного иностранным элементом, объективную возможность применения частного права двух или более государств к данному отношению¹⁷.

Коллизионно-правовой метод предполагает, что регулированию гражданско-правовых отношений с иностранным элементом предшествует решение вопроса о том, право какой страны должно быть к ним применимо. Принять такое решение можно лишь с помощью коллизионной нормы, которая содержит определенный критерий выбора национально-правовой системы в зависимости от связи конкретного отношения с правом того или иного государства. Как справедливо отмечает В.В. Кудашкин, сущность коллизионного метода заключается не в том, чтобы правовыми средствами непосредственно урегулировать специфичное общественное отношение, а в том, чтобы отыскать объективно существующую связь между правоотношением с иностранным элементом и национальной правовой системой, связать их друг с другом и только таким опосредованным способом, исполь-

¹⁷ См.: Дмитриева Г.К. Международное частное право (часть третья ГК РФ): учеб. пособие. М., 2002. С. 17–18.

зую объективно применимое материальное право, урегулировать международное частное отношение¹⁸.

Материально-правовой метод исключает постановку коллизионного вопроса о выборе национального права, поскольку существо правоотношения регулируется специально созданными материально-правовыми нормами, унифицированными в международных договорах, либо материально-правовыми нормами прямого действия, содержащимися в национальном праве. В зарубежной науке этот метод получил название **метода субстантивного регулирования**.

Как правильно подчеркивают Н.Г. Доронина и Н.Г. Семилютина, на современном этапе глобализация экономических отношений оказывает существенное влияние на методы регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Указанное влияние проявляется, в частности, в следующем. Во-первых, развитие и распространение метода субстантивного регулирования не заменяет, а, наоборот, предполагает использование и коллизионного метода. Во-вторых, сам метод субстантивного регулирования претерпевает соответствующие изменения. С развитием унификации материально-правовых норм и увеличением числа унифицированных актов формулирования единообразной правовой нормы в ряде случаев оказывается недостаточно. Для достижения желаемого результата (эффекта)

¹⁸ См.: Кудашкин В.В. Коллизионные правоотношения в международном частном праве // Государство и право. 2006. № 2. С. 53.

унификации в некоторых областях отношений (в частности, речь идет о регулировании так называемых портфельных инвестиций) заинтересованные государства оказываются вынуждены предпринять целый ряд постепенных, последовательных согласованных действий. Такой подход к унификации (гармонизации) правового регулирования получил наименование «процесс Ламфалюсси» (Lamfalussi process).

Наконец, в-третьих, с расширением и интенсификацией экономических связей, стандартизацией условий заключаемых договоров все большее значение приобретает так называемая частноправовая унификация. Нередко она связана с деятельностью неправительственных организаций, которые объединяют предпринимателей, работающих на определенных специализированных сегментах рынка. Деятельность подобного рода организаций, как правило, направлена на обобщение практики делового оборота, изучение и систематизацию сложившихся обычаев, формулирование стандартных (типовых) форм договоров в соответствующей области. Нормы, сформулированные в результате обобщения практики делового оборота, приобретают по существу международный, глобальный характер и оказывают существенное воздействие на национальное нормотворчество. Национальные юрисдикционные органы принимают во внимание эти нормы при толковании и применении норм национального права¹⁹.

¹⁹ См.: Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г. Проблемы совершенствования меж-

Сравнительная характеристика коллизионно-правового и материально-правового методов регулирования в МБП может быть представлена в табл. 1.

Следует отметить, что применение к международным банковским правоотношениям материально-правового метода регулирования является более прогрессивным, чем применение коллизионно-правового метода, так как первый предполагает более высокий и качественно иной по сравнению со вторым уровень регулирования, в основе которого лежит прежде всего процесс унификации правовых норм, происходящий главным образом на многосторонней основе. В результате процесса унификации создается особая группа правовых норм, носящих единообразный характер и с одинаковым успехом применяющихся на территории разных государств.

Таблица 1. Сравнительная характеристика коллизионно-правового и материально-правового методов регулирования МБП

Критерии сравнения	Коллизивно-правовой метод	Материально-правовой метод (координационный)
1. Функции регулирования	<i>Выполняет функцию общего регулирования, так как предопределяет выбор национального гражданского права вообще, т.е. национальной правовой системы, а не отдельного правового института или нормы</i>	<i>Выполняет функцию специального регулирования, так как предопределяет выбор не национальной правовой системы, а конкретного правового института или нормы (например, векселя чека, банковской гарантии и т.д.)</i>
2. Определенность регулирования	<i>Создает неопределенность правового регулирования, так как применимое право неизвестно заранее, а будет выбрано позднее юрисдикционным органом (судом или арбитражем), который перед выбором применимого материального права должен выбрать коллизийную норму. Таким образом, юрисдикционный орган сталкивается не только с коллизией национальных правовых систем, но и с коллизией самих коллизийных норм (какая коллизийная норма подлежит применению)</i>	<i>Создает большую определенность правового регулирования, так как применимое право заранее известно субъектам правоотношения. Подавляющее большинство материально-правовых норм содержится в международных договорах, юридически обязательных для государств-участников. Учитывая тот факт, что договоры заключаются с целью унификации норм правового регулирования в какой-то области частных отношений, становится очевидной конкретная направленность такого регулирования, его нацеленность на совершенно ясно обозначенный предмет</i>
3. Характер регулирования	<i>Обеспечивает одностороннее регулирование, так как применимым правом всегда выступает право какого-либо одного субъекта правоотношения. Право другого субъекта отсутствует при разрешении коллизийного вопроса</i>	<i>Обеспечивает многостороннее регулирование в том смысле, что при применении материально-правовых норм регулирование выступает как результат общего усилия по формированию применимого права</i>

Завершая рассмотрение вопросов, касающихся предмета и метода МБП, необходимо проанализировать юридическую природу и генезис МБП, а также подвести некоторые итоги. Одним из ключевых сегментов экономики является денежное обращение, опосредующее товарный оборот как на внутренних, так и на международных рынках. В гражданском обороте деньги служат всеобщим орудием обмена, и в

этом состоит их основное назначение с экономической точки зрения. Вместе с тем в государственно организованном обществе деньгам придается юридическая форма, что превращает их в законное платежное средство и делает предмет денежных обязательств. В экономике государства появляются субъекты, основная цель деятельности которых – непосредственная организация и участие в денежном обращении, иначе говоря, построение денежной и финансовой системы государства. Такими субъектами выступают банки, выполняющие функции финансовых посредников в экономике страны и организующие наличный и безналичный денежный оборот.

С развитием национальных экономик происходит и развитие финансовых рынков, их усложнение и видоизменение. Привычные термины, казавшиеся незыблемыми, получают новое толкование. В юридической терминологии появляются новые понятия. Так, денежные средства, ценные бумаги, платежные документы охватывает обобщенное понятие «финансовые продукты», а, к примеру, денежные средства на счетах и во вкладах в банках – «дематериализованные финансовые продукты». На определенном этапе развития банковские правоотношения, объектом которых является банковская деятельность на финансовых рынках, выходят за рамки одного государства. Это обуславливается в первую очередь интеграцией и интернационализацией экономических отношений, глобализацией мирохозяйственных связей,

возникновением и экспансией международных финансовых институтов, имеющих межгосударственную природу.

Как только банковские правоотношения перерастают рамки одного государства и в них появляется иностранный элемент, так сразу же возникает потребность в специальном регуляторе таких международных банковских правоотношений. В национальной правовой системе того или иного государства уже есть часть норм, специально предназначенных для регулирования особой группы частноправовых отношений, а именно носящих международный характер. Это нормы международного частного права. В их число включаются и нормы, с помощью которых регулируются исключительно банковские правоотношения.

Данную группу норм можно объединить термином «международное банковское право».

Итак, нормы, регулирующие международные банковские правоотношения, оставаясь в составе норм МЧИ и обладая, следовательно, национальным характером, объединяются в новое правовое образование – международное банковское право. Интегрирующим началом, позволяющим выделить данную группу норм в качестве самостоятельной правовой отрасли, выступает предмет регулирования – международные банковские правоотношения, объектом которых является международная банковская деятельность. В пользу национального характера МБП, помимо принадлежности его норм к МЧИ, говорит и то обстоятельство, что в структуру меж-

дународных банковских правоотношений входят не только имущественные, но и организационные отношения, которые являются национальными по форме и содержанию и регулятором которых выступают национально-правовые нормы прямого действия – неотъемлемая составная часть МЧИ любого государства.

Национальное банковское право вообще представляет собой комплексную отрасль права, которая выделяется в качестве самостоятельной в силу экономической заинтересованности государства в самостоятельном регулировании комплекса общественных отношений, обладающих внутренним единством и взаимосогласованностью. Тезис об общественном значении предмета правового регулирования как одной из предпосылок выделения отрасли права давно обоснован в советской и российской юридической науке и ныне представляется бесспорным. Вместе с тем еще один необходимый критерий выделения отрасли права – совокупность предмета и метода регулирования. Опираясь на вышеизложенные методологические выкладки, российская юридическая наука доказала существование банковского права как отдельной отрасли права²⁰. Наряду с этим банковское право является комплексной отраслью права, так как в нем содержатся нормы и используются методы правового регулирования

²⁰ Так, А. Г. Братко пишет, что «банковское право – это самостоятельная отрасль права, которая имеет свой четко очерченный предмет и свой метод правового регулирования». (Братко А.Г. Банковское право (теория и практика). М., 2000. С. 23.)

различных отраслей права, главным образом, гражданского и административного²¹.

Комплексная отрасль права содержит в себе предметное ядро, т. е. такие общественные отношения, которые хотя и регулируются нормами основных (первичных) отраслей права, но не принадлежат однозначно этим отраслям, а обладают консолидирующим началом предметного свойства. Иными словами, такие общественные отношения изначально имеют двойственную природу, и именно этот факт определяет возможность «удвоения» регулирующей их правовой структуры. Примером комплексных правоотношений двойственной природы служат банковские правоотношения. Нормы, регулирующие эти правоотношения, принадлежат различным отраслям права и вместе с тем объединяются в новую правовую общность – банковское право, которое не является механическим объединением, а обретает внутреннюю согласованность, системность и качество. В рамках новой правовой общности нормы первичных отраслей получают новое содержание и глубинный смысл, а также начинают функционировать с позиции принципов, категорий и понятий новой отрасли права.

²¹ По мнению А.Г. Братко, «банковское право – это своеобразная надстройка над гражданским правом. Оно обусловлено гражданским правом, связано с ним, но не совпадает с ним» (*Братко А.Г. Указ. соч. С. 22*). Эта правильная в основе мысль нуждается в детальном пояснении в связи с тем, что наличие организационных элементов в банковских правоотношениях не позволяет рассматривать банковское право как надстройку только над гражданским правом.

МБП как комплексная отрасль права также подвержено влиянию фактора «удвоения» правовых структур с той точки зрения, что его нормы первично входят в структуру международного частного права. Вместе с тем понятие комплексности в контексте МБП приобретает и другой оттенок. Речь идет о включении в его состав норм международных договоров, роль и значение которых в области МЧП и МБП постоянно возрастает. Государства – участники международного договора, содержащего унифицированные материально-правовые или коллизионно-правовые нормы, обязались включить эти нормы в свое внутренне национальное законодательство. Следовательно, мы можем рассматривать указанные нормы как интегративную часть международно-правовых (публично-правовых) обязательств государства. В то же время эти нормы по характеру и содержанию являются частноправовыми, поскольку их цель – регулирование частноправовых отношений.

Таким образом, унифицированные нормы международных договоров имеют двойственную природу и выражают связь и взаимодействие МБП и международного публичного права. Следует иметь в виду, что международные договоры можно классифицировать на самоисполнимые и несамоисполнимые. Первые регулируют соответствующие правоотношения непосредственно. Для применения вторых требуется издание внутригосударственного акта. Когда нормы международного договора становятся частью правовой системы то-

го или иного государства, они тем не менее сохраняют свое «лицо» и обособленность. Это обусловлено в первую очередь тем, что данные нормы выражают не волю одного государства, а согласованную волю всех государств – участников договора. Следовательно, их нельзя произвольно менять без согласия остальных участников, а также надлежит толковать, основываясь на схожих принципах и позициях. Прежде чем перейти к характеристике правовых норм, входящих в состав МБП, рассмотрим более подробно его источники.

§ 2. Источники международного банковского права

Источник права – это форма выражения правовых норм, нормативной субстанции. Основными источниками, формирующими правовую систему МБП, являются:

- внутригосударственное законодательство;
- международные договоры;
- международные обычаи.

Внешним проявлением комплексного характера МБП выступает различие природы названных источников. Внутригосударственное законодательство в области МБП действует в пределах каждого отдельного государства и, будучи продуктом реализации нормотворческой функции государственных органов, воплощает в конечном счете цели и интересы различных слоев гражданского общества данного го-

сударства. Международные договоры – это результат согласования воли различных государств, принимающих в них участие. Таким образом, договоры представляют собой соглашение государств относительно содержания договорных норм (текста договора) и признания таковых в качестве юридически обязательных для государств – участников договора. По существу международные договоры в области МБП регулируют правоотношения с участием юридических и физических лиц – субъектов внутреннего права, но обязательства по договору возлагаются на участвующие в нем государства, которые несут ответственность за приведение своего внутреннего права в соответствие с международными обязательствами. Государства-участники могут выполнить свои международные обязательства путем прямой инкорпорации международного договора во внутреннее право или же путем издания отдельных внутригосударственных актов на его основе.

Международные обычаи отличаются от международных договоров тем, что носят неписаный характер. Нормативное содержание обычая формируется в практике на протяжении более или менее длительного периода времени и выступает как доказательство «всеобщей практики». Наряду с нормативным содержанием формируется и элемент юридической обязательности, которая выступает как молчаливое признание за обычаем юридической силы. Сложность природы международного обычая заключается в том, что опре-

делить четкую временную границу признания его юридически обязательным можно только эмпирическим путем. Это находит отражение в правоприменительной практике: в решениях международных судебных и арбитражных органов, в резолюциях международных организаций. Данные документы подтверждают существование международного обычая в целом или наличие его отдельных элементов.

На современном этапе развития МБП все более решающую роль играют международные договоры, что связано с их природой. Именно они позволяют создать унифицированные нормы МЧП не только коллизионно-правового, но и материально-правового характера. Тем самым создаются предпосылки для единообразия правоприменительной практики, а следовательно, широкого развития экономических (в том числе финансовых) и иных связей между субъектами различных государств. Объективно существующие различия в регулировании частноправовых отношений в каждом государстве, выступающие как барьеры на пути развития международного коммерческого оборота, могут быть устранены именно с помощью межгосударственной унификации норм МБП. Напомним, что унификация – это процесс создания и санкционирования единообразных правил поведения, происходящий на межгосударственном и национальном уровнях в правовых рамках, установленных международными и национальными нормами права.

Особая значимость и ценность унификации в том, что в

ходе ее осуществления происходит согласование воль государств относительно конкретных моделей правового регулирования, в результате чего после введения унифицированных норм во внутригосударственную сферу в этих государствах применяются идентичные правовые нормы. Следовательно, устраняется сама возможность возникновения коллизий между правовыми актами разных государств, если речь идет об унификации материальных норм, либо предотвращается возможность возникновения «коллизии коллизий», «хромающих отношений» и т. п., если речь идет об унификации коллизионных норм.

Унификация норм МБП обусловлена его нормативным составом. Поскольку МБП включает в себя нормы международного договора и нормы внутреннего законодательства, унификация осуществляется в двух основных формах – международной и национальной. Первая форма представлена международным договором, вторая – модельным законом²². Процесс создания унифицированных норм МЧП невозможен без участия международных органов и организаций. На их характеристике мы и остановимся подробнее.

²² См.: *Аверков В.М.* Теоретические проблемы унификации // Московский журнал международного права. 2000. № 3. С. 71, 76.

1. Международные органы, участвующие в разработке и принятии нормативных актов международного банковского права

А. Гагская конференция по международному частному праву

Важнейшей межгосударственной организацией, ведущей кодификационные работы в области МБП, является **Гагская конференция по международному частному праву** (далее – Гагская конференция или Конференция). Созданная в 1893 г. при всесторонней поддержке Правительства Королевства Нидерландов, сегодня Конференция включает в свой состав 69 государств разных континентов. Новый устав этой международной организации был принят в 1951 г. и вступил в силу в 1955 г. К 2010 г. в рамках Конференции были разработаны и приняты свыше 40 конвенций. Россия входит в число государств – членов Гагской конференции²³. Важнейшей конвенцией в области МБП, принятой под эгидой Конференции, является Гагская конвенция 2006 г. о праве, применимом к определенным правам в отноше-

²³ См.: Берестнев Ю. О восстановлении членства Российской Федерации в Гагской конференции по международному частному праву // Международное публичное и частное право. 2001. № 1. С. 56–58.

нии ценных бумаг, находящихся у посредника. Данная конвенция содержит унифицированные коллизионно-правовые нормы, регулирующие обращение ценных бумаг в рамках международного финансового посредничества.

Согласно Уставу Гаагская конференция имеет целью проведение работы по постепенной унификации норм международного частного права (включая и нормы международного банковского права) (ст. 1). Членами Гаагской конференции являются те государства, которые участвовали в одной или нескольких сессиях Конференции и принимают ее Устав. Членами могут стать любые другие государства, участие которых представляет интерес юридического характера для работы Конференции. Решение о приеме новых членов принимается правительствами государств-участников по предложению одного или нескольких из них большинством поданных голосов в течение шестимесячного периода, начиная с даты уведомления правительств об этом предложении. Решение о приеме становится окончательным по принятии заинтересованным государством Устава Гаагской конференции (ст. 2).

Работу Конференции обеспечивает Государственная комиссия Нидерландов для содействия кодификации международного частного права, учрежденная королевским указом от 20 февраля 1897 г. Комиссия обеспечивает работу Конференции через Постоянное бюро, деятельностью которого она руководит. Комиссия изучает все предложения,

предназначенные для включения в повестку дня Конференции. Она свободна определять порядок рассмотрения таких предложений. Государственная комиссия после консультации с членами конференции устанавливает дату и повестку дня сессий. Очередные сессии Конференции проводятся каждые четыре года. В случае необходимости Государственная комиссия может с одобрения членов просить Правительство Нидерландов о созыве чрезвычайной сессии Конференции (ст. 3). Местопребыванием Постоянного бюро является Гаага (Нидерланды). В состав Постоянного бюро входят Генеральный секретарь и два секретаря, имеющие различное гражданство, которые назначаются Правительством Нидерландов по представлению Государственной комиссии. Генеральный секретарь и секретари должны обладать надлежащими юридическими знаниями и практическим опытом. Под руководством Государственной комиссии Постоянное бюро ответственно за:

- 1) подготовку и организацию сессий Гаагской конференции и заседаний специальных комиссий;
- 2) работу Секретариата сессий и заседаний, упомянутых выше;
- 3) выполнение задач, входящих в компетенцию Секретариата (ст. 5).

В целях облегчения связи между членами Конференции и Постоянным бюро правительство каждого государства-чле-

на определяет уполномоченный национальный орган²⁴. Постоянное бюро может взаимодействовать с такими национальными органами и с компетентными международными организациями. Конференция, а в перерывах между сессиями – Государственная комиссия могут создавать специальные комиссии для подготовки проектов конвенций или изучения вопросов международного частного права, входящих в компетенцию Конференции. Расходы по деятельности и содержанию Постоянного бюро и специальных комиссий распределяются между членами Конференции (ст. 7, 8).

Б. Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА)

Другой важнейшей международной межправительственной организацией, осуществляющей подготовку нормативных актов МБП, является **Международный институт по унификации частного права** (далее – УНИДРУА. или Институт), расположенный в Риме (Италия) и учрежденный на основе Соглашения между Правительством Италии и Советом Лиги Наций от 3 октября 1925 г. В 1940 г. Институт был отделен от Лиги Наций и подвергся реорганизации на

²⁴ В России постановлением Правительства РФ от 10 июня 2003 г. № 340 «О назначении уполномоченного органа Российской Федерации по связям с Гаагской конференцией по международному частному праву» в качестве такового определено Министерство иностранных дел РФ.

самостоятельной основе и с новым Уставом, подписанным государствами-членами 15 марта 1940 г. В настоящее время участниками УНИДРУА является 61 государство. Россия как правопреемница СССР сохранила свое членство в нем на основании постановления Правительства РФ № 370 от 20 октября 1995 г. «О продолжении участия Российской Федерации в Международном институте по унификации частного права»²⁵. В рамках УНИДРУА были разработаны важнейшие конвенции в различных областях МБП:

- Оттавская конвенция УНИДРУА 1988 г. о международном финансовом лизинге;
- Оттавская конвенция УНИДРУА 1988 г. о международном факторинге;
- Женевская конвенция УНИДРУА 2009 г. о материально-правовом регулировании обращения ценных бумаг, находящихся у посредника.

В настоящее время Институт работает над Типовым законом о лизинге.

Согласно Уставу задачей УНИДРУА является изучение средств гармонизации и сближения частного права государств или групп государств и постепенная подготовка к принятию различными государствами законодательства, содержащего единообразные нормы частного права. С этой целью Институт:

- 1) готовит проекты законов и конвенций, направленных

²⁵ СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1664.

- на принятие единообразного внутреннего законодательства;
- 2) готовит проекты соглашений с целью улучшения международных отношений в области частного права;
 - 3) проводит сравнительное изучение норм частного права;
 - 4) участвует в работе, уже ведущейся в данной области другими организациями, с которыми может при необходимости устанавливать деловые связи;
 - 5) организует конференции и публикует исследования, которые сочтет подлежащими широкому распространению (ст. 1).

УНИДРУА является международной межправительственной организацией. Государствами-участниками выступают государства, присоединившиеся к Уставу организации. На территории каждого государства-участника Институт обладает правоспособностью, необходимой для осуществления своей деятельности и достижения своих целей (ст. 2). Органами Института являются:

- Генеральная ассамблея;
- Президент;
- Руководящий совет;
- Постоянный комитет;
- Административный суд;
- Секретариат.

В состав Генеральной ассамблеи входят по одному представителю от каждого государства-участника. Государства,

кроме Италии, представлены на Генеральной ассамблее дипломатическими представителями при Правительстве Италии или замещающими их лицами. Очередные сессии Генеральной ассамблеи созываются Президентом не реже одного раза в год для утверждения ежегодных отчетов о прибылях и убытках за каждый финансовый год. Один раз в три года Генеральная ассамблея по предложению Руководящего совета утверждает программу работы Института. Руководящий совет состоит из Президента и 16–21 члена. Президент назначается Правительством Италии. Члены назначаются Генеральной ассамблеей. Генеральная ассамблея может назначить в дополнение к указанным еще одного члена, выбрав его из исполняющих свои функции судей Административного суда. Президент и члены Руководящего совета исполняют свои функции в течение одного или нескольких пятилетних сроков (ст. 5, 6).

Руководящий совет созывается Президентом при наличии необходимости, но не реже одного раза в год. Постоянный комитет состоит из Президента и пяти членов, назначенных Руководящим советом из числа своих членов. Члены Постоянного комитета исполняют свои функции в течение пяти лет и могут быть переизбраны. Постоянный комитет созывается Президентом при наличии необходимости, но не реже одного раза в год. Административный суд компетентен выносить решения по спорам между Институтом и его служащими, касающимся, в частности, толкования или приме-

нения регламента о персонале. Споры, возникающие из договорных отношений между Институтом и третьими лицами, подлежат рассмотрению этим Административным судом при условии, что его компетенция прямо признана сторонами договора, по поводу которого возник спор. Административный суд состоит из трех членов и одного заместителя, избираемых не из числа сотрудников Института и имеющих (что предпочитается) различное гражданство. Они избираются Генеральной ассамблеей на пять лет.

Секретариат состоит из Генерального секретаря, кандидатура которого предлагается Президентом и назначается Руководящим советом, двух заместителей Генерального секретаря, имеющих различное гражданство и также назначаемых Руководящим советом, и служащих, принимаемых на работу согласно положениям, регулирующим управление Институтом и его внутреннее функционирование. Генеральный секретарь и его заместители назначаются на срок, не превышающий пять лет, и могут быть назначены вновь. Генеральный секретарь по должности является Секретарем Генеральной ассамблеи. Институт располагает библиотекой, работой которой руководит Генеральный секретарь. Официальными языками Института являются итальянский, немецкий, английский, испанский и французский языки (ст. 8—10). Руководящий совет определяет средства для достижения целей, указанных ст. 1 Устава. Он составляет программу работы Института, одобряет ежегодный отчет о его деятельности.

Он составляет проект бюджета и передает его на одобрение Генеральной ассамблеи.

Любое государство-участник, а равно любая существующая международная организация может направить в Руководящий совет предложения по изучению каких-либо вопросов, относящихся к унификации, гармонизации и сближению частного права. Любая международная организация или ассоциация, занимающаяся изучением юридических проблем, может представить Руководящему совету предложения по перспективным направлениям работы. Руководящий совет выносит решение о необходимости принятия каких-либо мер в связи с такими предложениями. Он может устанавливать с другими межправительственными организациями, а также государствами, не участвующими в Институте, любые отношения для обеспечения сотрудничества, отвечающего целям каждой из сторон.

Руководящий совет может передавать отдельные вопросы на рассмотрение комиссий, состоящих из юристов, которые обладают специальными знаниями в данной области. По мере возможности такие комиссии возглавляются членами Руководящего совета. После изучения вопросов, являющихся предметом его работы, Руководящий совет, если сочтет возможным, принимает предварительные проекты для передачи государствам-членам на рассмотрение. На основе полученных ответов Руководящий совет, если сочтет возможным, принимает окончательные проекты. Окон-

чительные проекты направляются Руководящим советом государствам и организациям, представившим ему свои предложения. Затем Руководящий совет определяет пути созыва дипломатической конференции для рассмотрения проектов (ст. 11–14). Президент представляет Институт. Исполнительная власть осуществляется Руководящим советом. Ежегодные расходы на деятельность и содержание Института покрываются за счет средств, определенных в его бюджете и состоящих из очередного базового взноса Правительства Италии на содержание Института, а также из очередных ежегодных взносов других государств-участников (ст. 15, 16).

В. Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)

Необходимость проведения универсальной кодификации некоторых отраслей частного права, связанных с международным коммерческим оборотом, привела к созданию в рамках ООН органа, специально занимающегося этим вопросом. В 1966 г. по инициативе Венгрии была учреждена **Комиссия ООН по праву международной торговли** (далее – ЮНСИТРАЛ или Комиссия) в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи ООН. К 2010 г. в ее состав входили представители 60 государств. Россия принимает активное участие в работе ЮНСИТРАЛ. На Комиссию были возложены функции подготовки проектов конвенций,

содействия кодификации международных торговых обычаев и распространения информации в этой сфере. На основе проектов, разработанных Комиссией, были приняты следующие конвенции в области МБП:

- Нью-Йоркская конвенция ООН 1988 г. о международных переводных и международных простых векселях;
- Нью-Йоркская конвенция ООН 1995 г. о независимых гарантиях и резервных аккредитивах;
- Нью-Йоркская конвенция ООН 2001 г. об уступке дебиторской задолженности в международной торговле;
- Нью-Йоркская конвенция ООН 2005 г. об использовании электронных сообщений в международных договорах.

Наряду с разработкой текстов международных договоров ЮНСИТРАЛ участвует также в подготовке *типовых законов (model laws)* и *типовых законодательных положений (model legislative provisions)* по вопросам права международной торговли. К 2010 г. ЮНСИТРАЛ были разработаны девять таких документов, в число которых входят Типовой закон 1992 г. о международных кредитовых переводах и Типовой закон 2001 г. об электронных цифровых подписях.

Согласно резолюциям Генеральной Ассамблеи ООН от 17 декабря 1966 г. № 2205 (XXI) и от 14 декабря 1973 г. № 3108 (XXVIII) «Об учреждении Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)», а также резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 21 января 2003 г. № 57/20 «Об увеличении числа членов ЮНСИТРАЛ» в состав Комиссии

входят 60 государств, избираемых Генеральной Ассамблеей ООН на шестилетний срок. Избирая членов Комиссии, Генеральная Ассамблея соблюдает следующее распределение мест:

- 1) 14 – от государств Африки;
- 2) 14 – от государств Азии;
- 3) 8 – от государств Восточной Европы;
- 4) 10 – от государств Латинской Америки и Карибского бассейна;
- 5) 14 – от государств Западной Европы и других государств.

Генеральная Ассамблея ООН должным образом учитывает адекватное представительство основных экономических и правовых систем мира, а также развитых и развивающихся стран (п. 1). Представители государств – членов Комиссии назначаются государствами – членами ООН по возможности из числа лиц, особо компетентных в области права международной торговли. Члены, срок полномочий которых истек, могут переизбираться. Комиссия обычно проводит одну регулярную сессию в год. Генеральный секретарь ООН предоставляет в распоряжение Комиссии надлежащий персонал и средства обслуживания, необходимые Комиссии для выполнения ее задач. Комиссия содействует прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли путем:

- 1) *координирования* работы организаций, функционирую-

щих в этой области, и поощрения сотрудничества между ними;

2) *поощрения* более широкого участия в существующих международных конвенциях и более широкого признания существующих типовых и единообразных законов;

3) *подготовки и принятия* новых международных конвенций, типовых и единообразных законов, поощрения кодификации и более широкого признания международных торговых терминов, положений, обычаев и практики;

4) *изыскания* путей и средств, обеспечивающих единообразное толкование и применение международных конвенций и единообразных законов в области права международной торговли;

5) *сбора и распространения* информации о национальных законодательствах и современных юридических инструментах, включая прецедентное право, в области права международной торговли;

6) *установления и поддержания* тесного сотрудничества с Конференцией ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД);

7) *поддержания* связи с другими органами ООН и специализированными учреждениями, занимающимися проблемами международной торговли;

8) *принятия* любых других мер, которые она сочтет полезными для выполнения своих функций (п. 8).

Комиссия учитывает интересы всех народов и в особенности интересы развивающихся стран в деле широкого разви-

тия международной торговли. Комиссия ежегодно представляет Генеральной Ассамблее ООН доклад, содержащий ее рекомендации. Комиссия может консультироваться с любой международной или национальной организацией, научным учреждением и отдельными экспертами или просить их об оказании услуг в связи с любой порученной ей задачей, если считает, что такая консультация или услуги могут помочь ей в выполнении ее функций. Комиссия может установить надлежащую рабочую связь с международными межправительственными организациями и неправительственными организациями, занимающимися проблемами прогрессивного согласования и унификации права международной торговли (п. 10–12).

Г. Международная торговая палата (МТП)

Особо следует подчеркнуть важнейшую роль в области проведения неофициальной систематизации обычаев и обыкновений, действующих в частном праве, международной неправительственной организации – **Международной торговой палаты** (далее – МТП или Палата). Основная цель МТП – организационное, техническое и правовое обеспечение мирового бизнеса. Палата, созданная в 1919 г. по инициативе Бельгии, Великобритании, Италии, США и Франции как международная экономическая организация частных предпринимателей, в настоящее время объединяет

свыше 7000 компаний, промышленных и торговых ассоциаций, федераций и торговых палат в 130 странах мира. Национальные комитеты и Советы МТП более чем в 70 странах координируют деятельность деловых кругов на национальном уровне. Высшим органом МТП выступает Всемирный совет (World Council), выполняющий функции Ассамблеи в неправительственных организациях. Делегаты Всемирного совета назначаются Национальными комитетами МТП в тех государствах, где таковые имеются. Всемирный совет, собирающийся на заседания, как правило, два раза в год, может пригласить для участия в своей работе 10 членов Палаты из тех государств, в которых отсутствуют Национальные комитеты.

Всемирный совет избирает Президента и Вице-президента на срок два года. Президент (Chairman), его непосредственный предшественник и Вице-президент (Vice-Chairman) образуют Президентскую коллегия (Chairmanship). Всемирный совет избирает также Исполнительный комитет (Executive Board), отвечающий за осуществление текущей деятельности МТП. Число членов Исполнительного комитета колеблется между 15 и 30, срок их полномочий ограничивается тремя годами, причем каждый год происходит смена одной трети состава членов, срок полномочий которых истекает в данном году. Члены Исполнительного комитета избираются по рекомендации Президента. Международный секретариат МТП (International

Secretariat) возглавляет Генеральный секретарь (Secretary General), который назначается Всемирным советом по инициативе Президентской коллегии и по рекомендации Исполнительного комитета.

Основным звеном структурного механизма Палаты выступают комиссии, формируемые по отраслевому признаку и включающие свыше 500 экспертов в различных областях мирового бизнеса, которые работают без выплаты вознаграждения на добровольной основе. В число комиссий входит и комиссия по банковским технологиям и практике. МТП проводит большую работу по систематизации обычаев, действующих в международной коммерческой и финансовой практике. Результатом такой работы являются сборники унифицированных обычаев, правил и обыкновений, нашедшие широкое применение практически во всех странах мира. В их числе необходимо упомянуть:

- Унифицированные обычаи и правила МТП для документарных аккредитивов в редакции 2006 г.;
- Унифицированные правила МТП по инкассо в редакции 1995 г.;
- Международную практику по резервным аккредитивам 1998 г.;
- Международные стандарты банковской практики для рассмотрения документов по операциям с документарными аккредитивами 2007 г.;
- Унифицированные правила МТП по договорным гаран-

тиям 1978 г.;

- Унифицированные правила МТП для гарантий по требованию в редакции 2009 г

Уже одно перечисление этих документов дает возможность представить всю многогранность деятельности Палаты по развитию МБП. Торгово-промышленная палата РФ (ТПП РФ), функционирующая ныне в соответствии с Законом РФ от 7 июля 1993 г. в редакции от 23 июля 2008 г. «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»²⁶, стала членом МТП в начале 1993 г. Это означает, что работа МТП, выпускаемые ею документы представляют несомненный интерес и практическую значимость для российских деловых кругов. В соответствии с вышеупомянутым законом ТПП РФ представляет интересы своих членов, т. е. российских предприятий и предпринимателей, в МТП. Вместе с тем в 1999 г был учрежден Российский национальный комитет МТП, членом которого стала и ТПП РФ. Таким образом, после создания Национального комитета «МТП в России» российские предприятия и торгово-промышленные палаты, будучи членами Палаты, приобрели статус *непрямого членства (indirect membership)*. Нелишне заметить, что ТПП РФ объединяет под своей эгидой свыше 170 торгово-промышленных палат, созданных в субъектах РФ и муниципальных образованиях, в число которых входит и ТПП г. Москвы,

²⁶ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РФ. 1993. № 33. Ст. 1309; СЗ РФ. 2008. № 30 (ч. 2). Ст. 3616.

функционирующая в соответствии с Законом г. Москвы от 27 марта 2002 г. № 17 «О Московской торгово-промышленной палате»²⁷.

2. Понятие и основные виды источников международного банковского права

А. Внутригосударственное законодательство

Внутригосударственное законодательство играет существенную роль в формировании норм МБП. Нормы национального банковского права, регулирующие банковские отношения с иностранным элементом, могут содержаться как в законах (например, ст. 52 Федерального закона от 10 июля 2002 г. в редакции от 25 ноября 2009 г. «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»²⁸ (далее – Закон о Банке России)), так и в подзаконных нормативных актах, к числу которых относятся главным образом акты, принимаемые Банком России. В Российской Федерации нормотворческая функция Центрального банка РФ, закрепленная в законе, получила детальное развитие в Положении ЦБ РФ от 15 сентября 1997 г. в редакции от 18 апреля 2002 г. № 519 «О порядке подготовки и вступления в силу нормативных актов

²⁷ Ведомости Московской городской думы. 2002. № 5. Ст. 80.

²⁸ СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790; 2009. № 48. Ст. 5731.

Банка России»²⁹, согласно которому нормативные акты Банка России издаются в форме указания, положения и инструкции (п. 1.5). В качестве примера внутригосударственных актов, содержащих нормы МБП, можно привести Положение ЦБ РФ от 23 апреля 1997 г. в редакции от 26 января 2007 г. № 437 «Об особенностях регистрации кредитных организаций с иностранными инвестициями»³⁰; Инструкцию ЦБ РФ от 24 августа 1998 г. в редакции от 16 декабря 2003 г. № 76-И «Об особенностях регулирования деятельности банков, создающих и имеющих филиалы на территории иностранного государства»³¹.

Представляется целесообразным принять вместо большого числа разрозненных нормативных правовых актов единый закон о регулировании международной банковской деятельности на территории РФ. С одной стороны, это создало бы прочную и, главное, стабильную основу правового регулирования деятельности иностранных банков на территории России, включая вопросы их организационно-правовой формы, государственной регистрации, лицензирования, пруденциальных стандартов. С другой стороны, закон мог бы сформулировать требования к порядку участия отечественных банков в банковской деятельности за рубежом, включая вопросы создания ими иностранных филиалов и дочерних банков,

²⁹ Экономика и жизнь. 1997. № 42; Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 4.

³⁰ Вестник Банка России. 1997. № 25; 2007. № 5.

³¹ Вестник Банка России. 1998. № 63; 2004. № 7.

проведения трансграничных банковских операций на территории иностранных государств. Наконец, в законе можно было бы зафиксировать основные параметры участия Российского государства в международных банках и иных валютно-финансовых организациях, а также определить базовые принципы взаимоотношений России с другими субъектами МБП по поводу заключения кредитных соглашений и проведения иных видов сделок и операций.

Б. Международные договоры

Международные договоры как источник МБП приобретают все большее значение в современную эпоху. Это связано в первую очередь с тем, что они являются надежным и перспективным инструментом международной унификации как коллизионно-правовых, так и материально-правовых норм МБП. Удельный вес международных договоров в общем спектре всех источников МБП неуклонно возрастает, что обусловлено закономерностями развития международных экономических, научно-технических и культурных связей. Международные договоры можно классифицировать следующим образом:

двусторонние и многосторонние договоры. Двусторонние договоры заключаются только двумя государствами и действуют исключительно в их взаимных отношениях. К числу таких договоров с участием России относятся дого-

воры о создании платежных систем (например, Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о неторговых платежах от 6 января 1995 г.³²; Соглашение между Центральным банком РФ и Центральным банком Монголии об организации расчетов по внешнеэкономическим связям от 1 июля 2003 г.³³). В многосторонних договорах участвуют несколько государств, принимающих взаимные обязательства. Чем шире круг государств-участников, тем выше эффективность применения заложенных в договоре норм и принципов. К числу многосторонних договоров относятся, например, Оттавская конвенция УНИДРУА 1988 г. о международном финансовом лизинге; Оттавская конвенция УНИДРУА 1988 г. о международном факторинге;

универсальные и региональные договоры. Универсальные договоры включают в состав участников государства, расположенные в различных регионах земного шара, принадлежащие к различным социально-политическим и правовым системам. Признак универсальности позволяет резко расширить круг субъектов, участвующих в таких договорах, ибо не предполагает введения каких-либо ограничений территориального или иного характера. В каче-

³² Бюллетень международных договоров. 1995. № 11. Договор вступил в силу с момента его подписания, 6 января 1995 г.

³³ Вестник Банка России. 2003. № 46. Соглашение вступило в силу с момента его подписания, 1 июля 2003 г.

стве универсальных международных договоров выступают, например, Нью-Йоркская конвенция ООН 1995 г. о независимых гарантиях и резервных аккредитивах; Нью-Йоркская конвенция ООН 2001 г. об уступке дебиторской задолженности в международной торговле. К региональным международным договорам относятся те, которые приняты и действуют в пределах одного региона, как правило, в рамках региональной интеграционной группировки государств. В качестве примера можно привести подписанное в Санкт-Петербурге Соглашение о сотрудничестве в области организации интегрированного валютного рынка государств – членов Евразийского экономического сообщества от 25 января 2006 г.³⁴

Несмотря на кажущуюся ясность вопроса отнесения международного договора к числу источников МБП, сама его постановка приводит к жарким дискуссиям по поводу места международного договора в системе источников права и юридической природы содержащихся в нем норм. Одни авторы (С.Б. Крылов, Л.Н. Галенская, А.И. Минаков) допускают возможность непосредственного применения международных договорно-правовых норм при регулировании отношений между субъектами внутригосударственного права, другие (Л.А. Лунц, И.С. Перетерский, М.М. Богуславский) указывают на применение таких норм для регулирования

³⁴ Бюллетень международных договоров. 2007. № 5. Соглашение вступило в силу 15 января 2007 г. Россия является его участницей.

внутригосударственных отношений только после их «трансформации» в нормы внутреннего права.

По мнению приверженцев теории трансформации, ее необходимость обусловлена тем, что международный договор не может иметь непосредственного действия на территории государства в силу распространения суверенитета данного государства на таковую в полном объеме, что означает фактическую невозможность реализации воли иного государства или иных государств, пусть даже согласованной, в пределах его территории. Е.Т. Усенко выделял два способа трансформации международно-правовых норм в нормы внутригосударственные: *генеральную трансформацию*, заключающуюся в установлении государством в своем внутреннем праве общей нормы, придающей международно-правовым нормам силу внутригосударственного действия, и *специальную трансформацию*, заключающуюся в придании государством конкретным нормам международно-права силы внутригосударственного действия путем их воспроизведения в законе текстуально либо в виде положений, адаптированных к национальному праву, или путем законодательного выражения согласия на их применение иным способом³⁵.

Близкая по смыслу, но весьма специфичная по форме

³⁵ См.: Усенко Е.Т. Соотношение и взаимодействие национального и международного права и российская Конституция // Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 39.

точка зрения была высказана Г.М. Вельяминовым. Он рассматривает *трансформацию* как категорию более узкую по отношению к категории *рецепции*, оперируя которой можно определить место международного договора в системе источников права. По мнению Г.М. Вельяминова, договорная международно-правовая норма применяется, только будучи рецептированной (а именно трансформированной, – термин более узкий) в национальном правопорядке. Норма эта становится также внутригосударственной, а по своему предмету – нормой конкретной отрасли национального права, например гражданского. Однако при этом сохраняется и действительность как таковой международно-правовой нормы, идентичной по формулировке (но не по правовому значению) норме рецептированной. Если, будучи рецептированной в национальный правопорядок, норма регулирует отношения национальных субъектов права, то международно-правовая норма как таковая продолжает регулировать межгосударственные отношения, а именно обязательства государств друг перед другом, во-первых, рецептировать данную норму в свое национальное законодательство и, во-вторых, обеспечивать соблюдение этой нормы в своем правопорядке³⁶.

По мнению Г.М. Вельяминова, строго теоретически сущность международно-правовых норм, прямо рассчитанных на урегулирование (в том числе методом унификации) меж-

³⁶ См.: Вельяминов Г.М. Международные договоры в «международном частном праве» и его понятие // Государство и право. 2002. № 8. С. 79.

дународных частноправовых отношений, дуалистична. С одной стороны, они сохраняют все изначальные свойства норм международного права, и к ним применимы все общие нормы (принципы) этого права. С другой стороны, они, будучи реципированы в национальные правовые порядки, действуют в качестве национальных норм, но норм «автономных», «связанных», иммунных от произвольных изменений национальными властями³⁷.

С таким пониманием норм международного договора как источника МЧП не согласна Л.П. Ануфриева. По ее мнению, правило поведения, сформулированное в международном договоре и предназначенное для субъектов внутригосударственного права, не является правовой нормой, это так называемая «преднорма» или, другими словами, «разросшаяся часть диспозиции международной нормы-обязательства», которая станет таковой только в результате придания ей государством юридической силы, необходимой для действия во внутригосударственном праве. Таким образом, никакой трансформации нормы в норму не происходит, а происходит санкционирование государством «преднормы», содержащейся в международном договоре, в результате чего она становится нормой внутригосударственного права³⁸.

Р.А. Мюллерсон также критикует теорию трансформа-

³⁷ См.: Там же. С. 80.

³⁸ См.: Ануфриева Л.П. Об источниках международного частного права // Московский журнал международного права. 1994. № 4. С. 64.

ции, но выступает против непосредственного регулирования международно-правовыми нормами внутригосударственных отношений, полагая, что эти нормы реализуются только при помощи национальных отсылочных норм, и предлагая два варианта такой реализации – *отсылку и инкорпорацию*. Отсылка, по мнению автора, во всех случаях не трансформирует нормы одной правовой системы в нормы другой системы, а санкционирует применение норм системы (отрасли), к которой отсылают, в сфере действия отсылающей системы (отрасли). Отсылка не преобразует природу той нормы, к которой она отсылает. Что касается инкорпорации, то и в этом случае нельзя говорить о трансформации норм международного права в нормы национального права. Здесь на основе и во исполнение норм международного права издаются нормы национального права. Договоры, устанавливающие лишь рамки для уточнения и конкретизации государствами своих обязательств, сторонами которых являются субъекты национального права, не могут применяться внутри страны в результате отсылки к ним. Единственным способом их осуществления на территории государства является инкорпорация³⁹.

Близкая к вышеизложенной точка зрения была высказана Е.В. Корчиго и Д.Б. Катковым. Они полагают, что содержа-

³⁹ См.: Мюллерсон Р.А. Национально-правовая имплементация международных договоров // Советский ежегодник международного права. 1978. М., 1980. С. 130–131.

ние международного договора по вопросам частноправового характера составляет обязательство государств-участников обеспечить регулирование соответствующих отношений таким образом, как это предусмотрено в международном договоре. Ратифицируя международный договор, государство принимает на себя данное обязательство, исполнение которого осуществляется им только одним из двух способов правотворчества: путем издания внутреннего закона, содержание которого должно соответствовать международному договору (инкорпорация), либо путем создания норм, придающих правилам поведения, сформулированным в международном договоре, юридическую силу (отсылка). Отсылка, в свою очередь, может быть *общей*, как, например, содержащаяся в и. 4 ст. 15 Конституции РФ норма о том, что если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора (по терминологии Е.М. Вельяминова, генеральная рецепция), и *специальной*, отсылающей к конкретному международному соглашению.

По мнению авторов, под источником права следует понимать два взаимосвязанных, но полностью не совпадающих аспекта одного и того же явления. Во-первых, источник права представляет собой внешнюю форму, форму выражения правовых норм (а именно вместилище правовых норм); во-вторых, под источником права понимается форма придания правилам поведения юридически обязательного характера.

Как правило, эти две стороны одного понятия совпадают (например, законы, подзаконные акты), однако иначе обстоит дело с международными договорами по вопросам частного-правового характера, которые применяются в результате отсылки. В этом случае в качестве источника в смысле фактического, официального «хранилища» норм будет выступать международный договор, а источником их юридической обязательности для конкретных отношений – отсылка. Таким образом, унифицированные материальные нормы являются международными по своему происхождению, но не международно-правовыми по своей принадлежности. В международном договоре они никогда не были международно-правовыми нормами, а являлись только «преднормами» в составе диспозиции международно-правовой нормы – обязательства государства урегулировать определенные отношения определенным в договоре образом⁴⁰.

Еще более определенно по данному вопросу высказывается В.Г. Храбсков. По его мнению, в процессе создания материально-правовых норм ни одна из сторон не идет на закрепление договорным путем социально-экономического и политического содержания национальных правовых институтов в качестве единого и обязательного для сторон. Данный процесс может привести лишь к заимствованию в целях

⁴⁰ См.: Корчиго Е.В., Катков Д.Б. Некоторые вопросы российской доктрины международного частного права (МЧП) // Государство и право. 2001. № 10. С. 79–80.

достижения успешных договоренностей самых общих цивилистических форм, приемов, конструкций, терминов и т. п., существующих в правовой системе, которые воспринимаются договаривающимися государствами как общие и обязательные для них средства регулирования соответствующих отношений. По своей сути эти совершенно новые нормы, созданные договаривающимися сторонами, имеют общецивилистическую форму, позволяющую им взаимодействовать по определенным вопросам и обеспечивающую необходимый баланс разнонациональных правовых систем.

Каким бы способом ни осуществлялось санкционирование данных норм государством и доведение их до национальных субъектов, они могут в результате получить лишь национальную оболочку, однако их юридическая сущность как норм международного права от этого не меняется. Их толкование, восполнение пробелов не могут происходить на основе норм национального права, сама их цивилистическая терминология, созданная на основе указанного выше процесса заимствования, отлична от национальных норм. Сама их международно-правовая сущность, выраженная в правовых предписаниях, является той основой, на которой осуществляется регулирование прав и обязанностей сторон в соответствующих отношениях. Таким образом, подлинным источником здесь выступает международно согласованная норма, а не ее национальная оболочка, которой может вообще не быть, если по праву данной страны для вступления в

силу договорных норм достаточно простого акта ратификации. Иными словами, даже будучи включенными как часть в правовую систему страны, указанные нормы продолжают оставаться в системе международного права. Можно сказать, что такое включение свидетельствует о стремлении показать национальному правоприменителю, что в этой области отношений существуют определенные международные юридические приоритеты, «стандарты» регулирования, в соответствии с которыми ему надлежит действовать⁴¹.

Проанализировав вышеизложенные позиции, выскажем свое мнение на этот счет. На наш взгляд, вряд ли возможно говорить о трансформации норм международного договора в нормы внутригосударственного права. Договорная норма остается таковой и в случае прямой отсылки внутреннего права, и в случае ее прямой инкорпорации в национальную правовую систему. С этой точки зрения представляется малоубедительным расценивать норму международного договора как некую «преднорму», подлежащую трансформации в действующую норму национального МБП каждого отдельно взятого государства. Формулируя текст международного договора как источника МБП, государства согласовывают свои воли относительно содержания входящих в его структуру норм, которое никоим образом не может быть изменено при дальнейшем их применении.

⁴¹ См.: *Храбсков В.Г.* Международное частное право в правовой системе // Государство и право. 2006. № 2. С. 48.

Ратифицируя международный договор (или присоединяясь к нему), государства выражают свою волю на признание содержащихся в нем норм в качестве юридически обязательных, ибо соглашаются применять их к соответствующим международным частным отношениям. Таким образом, после вступления международного договора в силу государства-участники несут юридическую обязанность применять в надлежащих случаях его нормы. Инкорпорация договорных норм во внутригосударственную правовую систему или их непосредственное применение в силу отсылки национального права, по сути, представляют собой пути реализации юридической обязанности государств – участников международного договора по применению содержащихся в нем норм.

Подтверждение этому можно найти в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»⁴², где говорится, что положения официально опубликованных договоров РФ, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. В иных случаях наряду с международным договором РФ следует применять и соответствующий внутригосударственный правовой акт, принятый для осуществления положений указанного международного договора. Из

⁴² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

данной позиции Верховного Суда РФ напрашивается вывод о том, что договорная норма совершенно самостоятельна по отношению к норме внутригосударственной и речь может идти о применении сразу двух норм – и договорной, и национальной, причем если содержание договорной нормы отличается от содержания национальной, то надлежит применять договорную норму (п. 4 ст. 15 Конституции РФ). Более того, отличие договорной нормы от норм внутреннего права Верховный Суд РФ расценил как квалифицирующий признак непосредственного применения договорной нормы в правовой системе России.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»⁴³ речь идет о том, что международные договоры, которые имеют прямое и непосредственное действие в правовой системе РФ, применимы судами при рассмотрении гражданских дел, если международным договором РФ установлены иные правила, чем законом РФ, который регулирует отношения, ставшие предметом судебного рассмотрения (абз. 1 ч. 1 и. 5). Правила действующего международного договора РФ, согласие на обязательность которого было принято в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении законов РФ. Правила действующего международ-

⁴³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

ного договора РФ, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившим данный договор (п. 8). Будучи включенными в состав национальной правовой системы в силу прямого указания внутреннего законодательства (в частности, и. 4 ст. 15 Конституции РФ), договорные нормы не приобретают внутригосударственного характера и в силу этого не могут быть изменены односторонним волеизъявлением государства, их реципировавшего, оставаясь неуязвимыми для модификации по воле законодателя.

Таким образом, договорные нормы продолжают жить в составе национальной правовой системы, сохраняя свою международно-правовую природу и содержательную структуру. Источником этих норм выступает именно международный договор и согласованные воли его государств-участников, а никак не волеизъявление одного государства, которое соглашается их применять на своей территории. В данном контексте и отсылка к международному договору, и инкорпорация его норм во внутреннее право есть форма реализации международно-правового обязательства государства – участника такого договора по имплементации его норм. Принимая обязательство применять нормы международного договора к соответствующим международным частноправовым отношениям, государство допускает тем са-

мым функционирование в пределах своей суверенной территории не только своей воли, воплощенной во внутреннем праве, но и воли (пусть и согласованной) других суверенных государств. По юридическим последствиям применение международных договорных норм аналогично применению на территории данного государства норм иностранного права, воплощающего волеизъявление чуждой публичной власти. Обе ситуации возможны в силу прямого указания национального права, выраженного либо в форме правила о включении норм международного договора в систему внутреннего права, либо в форме наличия коллизионных норм в составе национального законодательства.

В. Международные обычаи

Международные обычаи занимают особое место в иерархии источников МБП. Совершенно очевидно, что по удельному весу и значимости обычаи уступают место внутригосударственному законодательству и международным договорам, однако в целом ряде случаев именно они незаменимы в качестве правового регулятора. Особенно велико значение международных обычаев при проведении различного рода расчетных и гарантийных банковских операций. Как отмечалось выше, сложившиеся в практической деятельности обычаи и обыкновения делового оборота подвергаются в рамках Международной торговой палаты неофициаль-

ной кодификации, результатом которой выступают сборники унифицированных правил и обычаев. Следует отметить, что юридическую силу имеет не сборник как публикация МТП под определенным номером, а сами нормы, в нем содержащиеся. Согласно ГК РФ обычаем делового оборота является сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности (в том числе в банковской) правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе (п. 1 ст. 5). Таким образом, российское право рассматривает обычай в качестве полновесного источника банковского права.

Кинным источникам МБП можно отнести прецедентное право, складывающееся в судебно-арбитражной практике, и нормативные правовые акты международных организаций. Прецедентное право выступает в качестве источника МБП главным образом в странах англосаксонской правовой системы и в силу этого не имеет такого общепризнанного значения, как международные договоры, хотя справедливости ради следует отметить, что и для стран романо-германской системы права, традиционно ориентированных на внутригосударственное законодательство в широком смысле слова, характерны пристальное внимание к прецедентному праву и попытки ориентироваться в нормотворческой деятельности на достижения, примеры и выводы судебно-арбитражной практики.

В последнее время все более существенное влияние приобретает такой источник МБП, как нормативные правовые акты международных организаций, применяемые на территории их государств-участников. Эти акты создаются в недрах международных региональных организаций наднационального характера. Примером такой организации служит Европейский Союз, объединяющий 27 государств Европы в качестве своих членов. Институты Европейского Союза наделены правом принимать акты, носящие юридически обязательный характер для государств – членов ЕС. Совокупность таких актов (главным образом, директив), регулирующих банковскую деятельность в рамках ЕС, получила название европейского банковского законодательства. Данный факт позволяет утверждать, что в рамках ЕС сложилась и успешно развивается региональная система банковского права, выступающая как региональная подсистема МБП, что объясняется одновременно существующими и взаимодействующими тенденциями регионализма и универсализации. В этом контексте *европейское банковское право выступает как региональная форма проявления международных банковских правоотношений.*

В заключение следует согласиться с мнением, высказанным в российской юридической науке, о том, что по существу различия в источниках права обусловлены своеобразием генезиса правовых норм. Однако коренное различие состоит в механизме создания и формирования модели пове-

дения на этапе ее существования еще в качестве «преднормы». Как результат, неодинаковы в каждом конкретном случае те процессы, в ходе которых то или иное правило поведения становится правовой нормой: устойчивость соблюдения, повторяющееся применение, молчаливое признание со стороны государства правила поведения как юридически обязательного – в одном случае (обычай); согласование им в определенных ситуациях своей воли с прочими государствами (международный договор) – в другом; независимое, автономное изъяснение государством своего веления (издание закона, нормативного акта и т. д.) – в третьем. На завершающей же фазе все правовые нормы, действующие в пределах юрисдикции рассматриваемого государства, так или иначе должны быть пропущены через государственную волю, т. е. установлены или санкционированы им⁴⁴.

§ 3. Основные принципы и нормативная структура международного банковского права

Говоря об источниках МБП, следует остановиться на анализе качественных характеристик и видов правовых норм, составляющих его структуру, его нормативную ткань. При-

⁴⁴ См.: Ануфриева Л.П. Международное частное право: учебник. Т. 1. Общая часть. М., 2000. С. 125.

нимая во внимание неоднородность источников МБП, можно утверждать, что *в его состав входят нормы, имеющие качественно различную природу*. Речь идет о нормах национального законодательства, имеющих внутригосударственный характер, международных договорных нормах и обычных нормах. Учитывая неоднородность методов правового регулирования в МБП, можно утверждать, что *в его состав входят нормы, имеющие качественно различные форму, структуру и выполняемые функции*. Имеются в виду материально-правовые и коллизионно-правовые нормы. Прослеживаются определенные сочетания природы и формы норм МБП, которые позволяют выделить различные категории таких норм.

Соответственно коллизионно-правовые нормы могут содержаться в международных договорах (такowymi являются нормы Женевской конвенции 1931 г., имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках, например следующие: способность лица обязываться по чеку определяется его национальным законом (ч. 1 ст. 2); форма, в которой приняты обязательства по чеку, определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны (ч. 2 ст. 4)); в международных обычаях (например, следующая норма Унифицированных правил МТП для гарантий по требованию в редакции 2009 г.: если иное не предусмотрено в гарантии или контргарантии, то применимым правом будет право той страны, где расположен

центр деловой активности гаранта или контргаранта (в случае не прямой гарантии) (ст. 34); во внутригосударственном праве (например, следующая норма разд. VI третьей части ГК РФ: при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, являющейся займодавцем (кредитором) в договоре займа (кредитном договоре) (п. 3(8) ст. 1211)).

В свою очередь, материально-правовые нормы, входящие в состав МБП, также могут содержаться в международных договорах (такowymi являются нормы Женевской конвенции 1931 г. о Единообразном законе о чеках, например следующая: всякое указание о процентах, содержащееся в чеке, считается ненаписанным (ст. 7); в международных обычаях (скажем, следующая норма Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов в редакции 2006 г.: банк-эмитент обязан произвести возмещение исполняющему банку, который совершил платеж или неограниченную представленных документов и направил документы банку-эмитенту (ст. 7(с)); во внутригосударственном законодательстве (например, следующая норма упомянутого выше Положения ЦБ РФ № 437: Банк России выдает предварительные разрешения на создание кредитных организаций с иностранными инвестициями. Под предварительным разрешением понимается принципиальное согласие Банка России на участие конкретного нерезидента в создании кредитной

организации – резидента (п. 4)).

Последняя категория норм (материально-правовые нормы внутригосударственного характера, непосредственно предназначенные для регулирования международных банковских отношений) получила в теории права название «нормы прямого действия». Особенность МБП как отрасли права заключается в том, что его значительный пласт составляют именно нормы прямого действия, подавляющее большинство которых носит императивный характер. В юридической науке подчеркивалось наличие данной группы норм в составе МЧП и указывалось, что специально издаваемые нормы внутреннего законодательства, так называемые нормы прямого или непосредственного действия, формулируются для регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом в широком смысле слова⁴⁵.

Как правильно указывает М.М. Богуславский, вышеупомянутые материально-правовые нормы внутреннего законодательства предназначены исключительно для регулирования отношений «международного фактического состава» (под ними автор понимает частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом), для регулирования которых непригодны нормы общего характера. Таким образом, имеется в виду специальное регулирование, какие-то нормы в рамках внутреннего законодательства, специально

⁴⁵ См.: Кузнецов М.Н. Некоторые особенности развития международного частного права // Советский журнал международного права. 1991. № 1. С. 25.

рассчитанные на регулирование указанных отношений. Законодатель, вместо того чтобы избрать метод косвенного регулирования, т. е. предусмотреть коллизионные нормы, создает систему правовых норм, не относящихся к внутригосударственной жизни⁴⁶.

Глубинное по смыслу рассуждение основоположника советской доктрины МЧП Л.А. Лунца поможет, на наш взгляд, современным исследователям, изучающим нормативный состав МБП, выявить причины включения «норм прямого действия» в структуру МБП. По всякому правоотношению с «международным» или «иностранным элементом», считает Л.А. Лунц, возникает коллизионный вопрос. И коллизионная норма, разрешающая этот вопрос, не может быть заменена внутренней материальной нормой. В условиях международного гражданского и торгового оборота коллизионный вопрос неизбежно ставится ко всякому правоотношению с иностранным элементом, поскольку в данной области не достигнуто единообразие законов различных стран. Некоторые наши законы по внешней торговле, имеющие форму материально-правовых норм, *по существу содержат и коллизионную отсылку к советскому праву*. Эти законы имеют экстерриториальное значение; они обязательны и для иностранных судов. Эти законы разрешают такие вопросы, которые

⁴⁶ См.: Богуславский М.М. Материально-правовые нормы // Международное частное право: современные проблемы / под ред. М.М. Богуславского. М., 1994. С. 186.

не могут зависеть от норм иностранного закона, а определяются всецело советским законом. Следовательно, подобно-го рода постановления, хотя и касающиеся вопросов материального гражданского права, но по существу содержащие также и коллизионные отсылки к советскому праву, должны изучаться в науке международного частного права⁴⁷.

Если развить мысль Л. А. Лунца, то можно предположить, что наличие специальных норм внутреннего законодательства, предназначенных для регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом, подразумевает наличие гипотетической коллизионной нормы одностороннего характера, которая в соответствующем случае выбирает российское право в качестве правового регулятора данного отношения. Таким образом, и в этом случае речь идет о решении коллизионной проблемы, а именно о включении материальных норм внутреннего законодательства в нормативный состав МЧП по совокупности соответствия двум критериям: предмету регулирования (частноправовые отношения с иностранным элементом) и методу регулирования (преодоление коллизии права, но не путем устранения самой причины возникновения коллизии права в случае унифицированных материальных норм договорного характера, а путем априорного, гипотетического разрешения коллизионной проблемы в пользу национального, внутреннего права).

⁴⁷ См.: *Лунц Л.А.* Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002. С. 36–37.

Можно утверждать, что в МБП нормы прямого действия создаются с исключительной целью регулирования международных банковских отношений, т. е. банковских правоотношений, осложненных иностранным элементом (к данной категории норм относятся нормы, регулирующие порядок государственной регистрации и лицензирования дочерних кредитных организаций и филиалов иностранных банков; порядок участия национальных банков в уставном капитале иностранных кредитных организаций; порядок установления корреспондентских отношений национальных банков с иностранными кредитными организациями). *Специфика норм прямого действия заключается в том, что они всегда представляют собой нормы национального законодательства, специально предназначенные для регулирования отношений с иностранным элементом.*

В МБП большая часть норм прямого действия носит императивный характер, что в целом определяется спецификой банковских правоотношений. По мнению российских ученых, нормы банковского права носят преимущественно смешанный, одновременно публично-правовой и частноправовой характер. Это результат общемирового процесса «публицизации» частного права, обусловленного расширением вмешательства государства в экономику, которое ведет к непрерывному возрастанию роли административного нормотворчества, предписаний императивного характера, исходящих от органов государственного управления экономикой

в сфере регулирования имущественных отношений⁴⁸. Наряду с императивными нормами в состав МБП включаются и диспозитивные, которые лучше других выполняют функцию регулятора банковских отношений имущественного характера, включающих иностранный элемент.

С теоретической точки зрения действие процесса усиления роли государства в экономике в целом, жесткое государственное регулирование экономических связей хозяйствующих субъектов приводит к размыванию границ между публичным и частным правом, к образованию комплексных правовых отраслей и институтов, в которых нормы частного и публичного права теснейшим образом переплетаются. В результате складываются единые для всех отраслей права понятия и институты, каковыми и являются основные понятия и институты банковского права⁴⁹. Согласно современной теории права, как уже было сказано выше, в данном случае происходит своего рода удвоение структуры права, которое полностью согласуется с философскими представлениями о возможности объектирования того или иного явления в нескольких перекрещивающихся структурах, о существовании иерархии структур⁵⁰.

С данной позиции банковское право в качестве отрасли

⁴⁸ См.: Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М. Банковское право Российской Федерации: Общая часть: учебник. М., 1999. С. 26.

⁴⁹ Там же. С. 27.

⁵⁰ См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 198.

национального права рассматривается как «комплексное образование», в котором путем введения общих понятий, институтов, принципов и приемов регулирования объединяется разнородный нормативный материал. Говоря о природе МБП, следует также подчеркнуть его комплексный характер. Однако «комплексность» в этом случае имеет иное значение, чем в рамках национального права, и предполагает прежде всего объединение в составе отрасли права норм различной юридической природы, имеющих как внутригосударственный, так и международный характер. Неоднородность международных банковских отношений, а также их субъектов, влияющая на комплексный характер правового регулирования таких отношений, не препятствует объединению их в самостоятельный предмет регулирования только потому, что интегрирующим началом выступает сам объект регулирования – международная банковская деятельность.

Являясь комплексной отраслью права, имеющей самостоятельный предмет регулирования, МБП тесно взаимодействует с другими системами права, главным образом с национальным правом, международным частным правом и международным публичным правом. Это взаимодействие основывается на том, что существенную часть норм МБП составляют нормы национального характера. Такие нормы представлены содержащимися в законах и подзаконных актах нормами, регулирующими банковские правоотношения, осложненные иностранным элементом. Как уже было сказа-

но выше, данная группа норм включает как нормы прямого действия, обладающие преимущественно императивным характером, так и коллизионные нормы, содержащие критерий выбора материального права, подлежащего применению. Вместе с тем традиционно выделенная группа норм входит в состав международного частного права того или иного государства.

Принимая во внимание такой дуализм, можно было бы говорить о своего рода удвоении правовой структуры в том смысле, что упомянутая группа норм национального характера, оставаясь в системе международного частного права, в то же время структурно входит в МБП, не теряя при этом своей специфики, формы и содержания. В национальном законодательстве заложены и основы, позволяющие включить нормы международного характера в систему МБП. Применительно к российскому праву такие основы закреплены в и. 4 ст. 15 Конституции РФ и в ст. 7 ГК РФ. Согласно этим статьям общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью российской правовой системы. Международные договоры РФ применяются к имущественным и связанным с ними личным неимущественным отношениям, основанным на равенстве их участников, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. В случае противоречия норм международного договора

РФ и национального законодательства применяются правила международного договора.

Глубинный смысл этих положений заключается в том, что международные договоры, традиционно входящие в сферу международного публичного права и представляющие собой результат согласования воли нескольких государств, объявляются частью национальной правовой системы. Вместе с тем международные договоры не становятся безликой массой, растворяющейся в национально-правовой материи, а сохраняют свое «публично-правовое лицо», обладая приматом над национальными правовыми нормами. С учетом вышеизложенного можно предложить следующее определение международного банковского права. МБП – это комплексная отрасль международного частного права, объединяющая нормы национального законодательства, международных договоров и обычаев, регулирующая международные банковские правоотношения, объектом которых выступает международная банковская деятельность (организация и функционирование банков, а также порядок совершения ими банковских операций, осложненные иностранным элементом), с помощью материального (субординационного и координационного), а также коллизионно-правового методов.

Костяк МБП как самостоятельной правовой отрасли составляют его основные принципы. Это общие начала МБП, выраженные в нормах и институтах и обеспечивающие це-

ленаправленное регулирование международной банковской деятельности. Как отмечалось в российской юридической науке, «принципы охватывают всю правовую материю – и идеи, и нормы, и отношения – и придают ей логичность, последовательность, сбалансированность. В принципах права как бы синтезируется мировой опыт развития права, опыт цивилизации. Принципы – как бы “сухой остаток” богатейшей правовой материи, ее скелет, ее суть, освобожденная от конкретики и частных. Принципы играют роль ориентиров в формировании права. Напомним, эволюция права идет от идей к нормам, затем через реализацию норм – к общественной практике. И вот начиная с появления идеи, а идея очень часто формируется в виде правового принципа, принцип определяет, направляет развитие права»⁵¹.

Можно выделить три основных принципа МБП. Первый – *принцип унификации МБП* – предполагает развитие широкой унификации правовых норм, входящих в его состав, как путем заключения международных договоров универсального и регионального характера в рамках интеграционных группировок государств, так и посредством принятия типовых законов. В ходе реализации этого принципа резко возросла роль международных организаций, занимающихся кодификацией и развитием МБП, особенно УНИДРУА, ЮНСИТРАЛ, МТП. Кроме того, постепенно повышается значение единообразных материально-правовых норм, регулирующих

⁵¹ Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 195–196.

отдельные аспекты международной банковской деятельности.

Второй – *принцип диверсификации МБП* – предусматривает, что международные банковские правоотношения, являющиеся правовой формой реализации международной банковской деятельности, складываются между субъектами различной юридической природы, т. е. суверенными и несуверенными. Соответственно эти правоотношения принимают и межгосударственную, и национальную форму, что, в свою очередь, оказывает влияние на диверсификацию институтов, входящих в систему МБП и имеющих как публично-правовой, так и частноправовой характер.

Третий – *принцип технологизации МБП* – сложившийся под влиянием научно-технического прогресса, обуславливает расширение сферы действия МБП и трансформацию его отдельных категорий. Нет нужды доказывать тот факт, что банковское право XIX в. в корне отличается от современного банковского права начала третьего тысячелетия, и в этом немалая заслуга НТП. Под его влиянием расширяется сфера действия МБП, появляются новые категории и институты. Наиболее яркий пример – применение в банковской деятельности средств электроники и автоматики, что привело к возникновению пластиковых карт как специфического банковского продукта, электронным переводам денежных средств в рамках международных платежных систем (например, SWIFT) и т. д. Все вышеизложенное позволяет гово-

ритель о появлении «электронного банковского права» как подотрасли МБП. Таким образом, именно основные принципы МБП определяют структуру его норм, институтов и подотраслей, а также магистральное направление развития в целом.

Системность как существенное качество права в полной мере присуща и МБП. Правовые нормы, входящие в его структуру, не хаотичны, а построены в логическую систему, центром которой выступают принципы, позволяющие сгруппировать разнообразные нормы в отдельные правовые институты. Само качество системности, присущее МБП как правовому явлению, тесно связано со специализацией правовых норм. Такая специализация позволяет классифицировать их по предмету правового регулирования, т. е. по виду общественных отношений, которые регулируются данной нормой. Эта классификация лежит в основе деления отраслей права в целом и МБП в частности на институты.

Институт представляет собой обособленную совокупность норм, регулирующих узкую группу сходных общественных отношений. Данное общее положение целиком применимо и к МБП. Однако специфика природы МБП оказывает влияние и на специфику его институтов. Это выражается прежде всего в том, что они образуются нормами, составляющими институты других отраслей и систем права. Особенно ярко это видно на примере институтов МБП, регулирующих депозитные, кредитные и гарантийные операции

банков. В их состав входят нормы гражданского права, относящиеся к институтам договора банковского вклада, кредитного договора и банковской гарантии как одного из способов обеспечения исполнения обязательств.

Конечно, само понятие банковской операции значительно шире по содержанию, чем понятие института. Кроме того, единого понятия банковской операции не существует. Этот термин может употребляться как в публично-правовом контексте, когда речь идет о лицензировании банковской деятельности как деятельности по совершению банковских операций, так и в частноправовом, когда речь идет о совершении различного рода сделок с банковскими продуктами, но даже в последнем случае мы понимаем под операцией определенную совокупность фактически значимых действий.

Правовой институт всегда представляет собой обособленную группу норм, регулирующих однородные общественные отношения. Критериями обособления норм в конкретной правовой институт служат их внутреннее юридическое единство, полнота регулирования определенной совокупности общественных отношений и выделение норм, образующих правовой институт, в структурных частях нормативных документов. Следует отметить, что отдельные институты МБП охватывают правовые нормы, входящие в другие институты, т. е. наблюдается перекрещивание и определенная иерархичность норм. Так, нормы, составляющие институт банковской тайны, регулируют отношения, складываю-

щиеся по поводу института договора банковского вклада, института договора банковского счета и т. д., которые опосредуются депозитными и расчетными операциями банков.

Подведем некоторый итог размышлениям относительно природы и характера институтов МБП. Итак, институты МБП, регулирующие вопросы организации и функционирования банков, тесно связанные с возникновением и реализацией организационных правоотношений, состоят преимущественно из материально-правовых норм императивного характера. Такие нормы либо закрепляются в международных договорах и основанных на них нормативных правовых актах, либо выступают в качестве внутригосударственных норм прямого действия. Организационные банковские правоотношения не оставляют сторонам какой-либо свободы выбора вариантов поведения, поэтому основным методом регулирования таких правоотношений является субординационный метод. Институты МБП, регулирующие порядок совершения банками различного рода банковских операций, тесно связанных с возникновением и реализацией имущественных правоотношений, включают главным образом материально-правовые нормы диспозитивного характера, а также коллизионно-правовые нормы. Имущественные банковские правоотношения дают простор для многовариантного поведения их субъектов, поэтому основными методами регулирования таких правоотношений являются координационный и коллизионно-правовой.

МБП как комплексное правовое образование, логично структурированная система включает в свой состав множество отдельных категорий. Своеобразным силовым полем, не только объединяющим юридически разнородный материал в одно целое, но и определяющим его специфическую иерархию, выступает наряду с основными принципами объекта правового регулирования – международная банковская деятельность. Именно она позволят «замкнуть» разные по своей природе категории в единый слаженный механизм. Важнейшими категориями МБП выступают категория пруденциального банковского регулирования и категория валютного банковского регулирования. Относящиеся к ним нормы регулируют банковские отношения преимущественно организационного характера, в силу чего в составе этих категорий явно преобладают императивные нормы.

В заключение еще раз подчеркнем, что МБП уходит своими корнями в национальное законодательство и международные договоры, которые определяют его комплексную природу и генезис МБП, обуславливая в конечном счете относительно самостоятельный характер и тесное взаимодействие с другими правовыми отраслями и системами. МБП как отрасль международного частного права включает в себя нормы и международных договоров, и международных обычаев. МБП не представляет собой раз и навсегда застывшую правовую материю, а находится в постоянном движении и развитии, видоизменяясь и трансформируясь в зависимости

от потребностей каждого отдельно взятого периода времени. Сама динамика развития МБП неоднородна и непрямолинейна, однако можно утверждать, что определяющим фактором такого развития является *тенденция к унификации* (на основе международных договоров) *и универсализации норм МБП.*

Литература

Абалкина А.А. Перспективы создания регионального рынка банковских услуг в ЕврАзЭС // Банковское дело. 2008. № 2.

Безбородов Ю.С. Международные модельные нормы. М., 2008.

Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. М., 2009.

Братко А.Г. Банковское право России: учеб, пособие. М., 2003.

Быкова Е.Б. Проблемы взаимодействия правовых систем на современном этапе //Международное публичное и частное право. 2008. № 3.

Воронцова И.В. Концепции соотношения международного и внутригосударственного права // Международное публичное и частное право. 2007. № 5.

Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: учебник. М., 2009. *Доронина Н.Г., Семилюткина Н.Г.* Про-

блемы совершенствования международного частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 2.

Канашевский В.А. Международное частное право: учебник. М., 2009.

Киевский В.Г. Иностранный капитал в российской банковской системе // Банковское дело. 2008. № 6.

Копылова Е.Ю. Проблемы имплементации норм международного частного права во внутреннее право иностранных государств // Международное публичное и частное право. 2008. № 4.

Кредитные организации в России: правовой аспект / под ред. Е.А. Павлодского. М.: Волтере Клувер, 2006.

Кудашкин В. Актуальные вопросы международных коммерческих обычаев как источников международного частного права // Право и экономика. 2007. № 8.

Кудашкин В.В. Теоретические аспекты института иностранного элемента в правовом отношении // Государство и право. 2007. № 9.

Иванович Е.Б. Международное частное право: учебник. М., 2009.

Малюшин А.А. Проблемы взаимодействия внутригосударственного и международного прецедентного права // Международное публичное и частное право. 2008. № 5.

Международное частное право: учебник / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2009.

Пиеничное М.А. К вопросу о концепции гармонизации российского законодательства в контексте международно-правовых стандартов // Международное публичное и частное право. 2007. № 3.

Пиеничное М.А., Корейво Е.Б. Российское законодательство и международное право: юридико-технические средства гармонизации // Международное публичное и частное право. 2006. № 3.

Саперов С.А. Банковское право: теория и практика. М.: Экономика, 2003.

Глава 2

Публичные образования как субъекты международного банковского права

§ 1. Статус государств как субъектов международного банковского права

Субъекты МБП имеют различную юридическую природу, таковыми выступают субъекты как международного публичного права (государства, международные межправительственные организации), так и национального права (физические и юридические лица). Следует учитывать, что один и тот же субъект МБП может стать участником и международно-правовых, и национально-правовых отношений. В частности, государство, являясь членом международной валютно-финансовой организации (например, Международного валютного фонда), обязано вносить взносы в бюджет этой организации в иностранной валюте. В этом случае отношения между МВФ и государством-членом неизбежно принимают межгосударственную форму. Вместе с тем, если то же государство заключит соглашение с синдикатом банков о

предоставлении займа, такие правоотношения будут носить частноправовой характер и регулироваться соответствующим применимым национальным правом. В этом случае правовой статус государства не будет отличаться от правового статуса других субъектов регулируемого отношения. При рассмотрении правового статуса государств как субъектов МБП основной научной проблемой представляется проблема института государственного иммунитета, на рассмотрении которой мы остановимся более подробно.

1. Понятие, виды и основные концепции государственного иммунитета

Понятие иммунитета государства первоначально сложилось в международном праве обычного характера и лишь затем получило закрепление в международных договорах и судебной практике. Неоднозначность в понимании этого правового института привела к появлению целого ряда фундаментальных работ в отечественной и зарубежной юридической науке⁵². Понятие иммунитета государства, краеуголь-

⁵² См.: *Богуславский М.М.* Иммунитет государства. М., 1962; *Ушаков Н.А.* Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993; *Хлестова И.О.* Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства (законодательство и практика). Владимир, 2002; *Она же.* Юрисдикционный иммунитет государства. М., 2007; *Bankas E.* The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts. Berlin, 2005; State Practice regarding State Immunity / G. Hafner, M. Kohen, S. Breau (eds). The Hague, 2006; *Fox H.* The Law of State Immunity. (Oxford International Law

ным камнем которого выступает основополагающий принцип международного права – принцип суверенного равенства государств, выраженный латинской формулой *par in parem non habet imperium et jurisdictionem* (равный над равным не имеет власти и юрисдикции), базируется на трех важных постулатах:

1) различаются *иммунитет иностранного государства, существующий в МЧП*, т. е. в частноправовых отношениях, осложненных иностранным элементом, и *иммунитет государства от предъявления к нему исков в его собственных судах*. Определение параметров последнего входит исключительно в компетенцию каждого государства и закрепляется в его внутреннем законодательстве. Так, ст. 124 ГК РФ специально предусматривает, что Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами (п. 1). Характерно, что об этом же говорит и ст. 1204 ГК РФ «Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом», которая непосредственно касается правового статуса государства как субъекта МЧП. Согласно данной статье к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства нормы МЧП применяются на общих основаниях. Нормы МЧП

применяются к сделкам, которые государство совершает или с которыми оно связано иным образом, чем при осуществлении суверенных функций. При определении характера сделки принимается во внимание правовая природа сделки и учитывается ее цель;

2) *иммунитет иностранного государства отличается от иммунитета международной организации*, несмотря на тот факт, что в их основе лежат одни и те же принципы. В отличие от иммунитета государства иммунитет международной организации не имманентно присущ ее природе, а зиждется на договорной основе, будучи закрепленным в учредительном документе – уставе, являющемся международным договором особого рода. В связи с этим можно утверждать, что иммунитет международной организации носит вторичный, производный характер от иммунитета государств и имеет в качестве источника согласованную волю государств – участников каждой данной международной организации⁵³;

3) *иммунитет иностранного государства отличается от дипломатического иммунитета*, под которым понимаются привилегии и иммунитеты дипломатических представительств. Истоки дипломатического иммунитета коренятся в международно-правовых нормах обычного и договорного

⁵³ См.: Ярков В.В. Об иммунитете международных организаций в практике российских судов // Международное частное право: современная практика: сб. стат. / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2000. С. 193–197.

характера, тогда как истоки государственного иммунитета следует искать в суверенности как неизменном атрибуте государства в целом и государственности в частности. Так, и. 3 ст. 401 ГПК РФ «Иски к иностранным государствам и международным организациям. Дипломатический иммунитет» прямо указывает, что аккредитованные в Российской Федерации дипломатические представители иностранных государств подлежат юрисдикции судов РФ по гражданским делам в пределах, определенных общепризнанными принципами и нормами международного права или международными договорами РФ (в качестве примера последних можно привести Венскую конвенцию 1961 г. о дипломатических сношениях, участницей которой Россия является в качестве правопреемницы СССР).

Отметим, что в понятии государственного иммунитета следует различать два аспекта: во-первых, юрисдикционный иммунитет как институт процессуально-правового характера и, во-вторых, иммунитет государственной собственности как институт материально-правового характера⁵⁴. Выделение двух этих аспектов объясняется тем, что в ряде случаев вопрос об иммунитете государственной собственности возникает независимо от рассмотрения какого-либо иска к го-

⁵⁴ По этому вопросу применительно к банковскому праву см.: *Миранов А. И.* Собственность Российской Федерации, закрепленная за Центральным банком России и находящаяся за границей: некоторые нюансы российского законодательства о Центральном банке и об иммунитете государства и его собственности // *Московский журнал международного права.* 2000. № 2. С. 400–423.

сударству в юрисдикционном органе. Несмотря на различные характеристики государственного иммунитета (процессуально-правовые и материально-правовые), общим качеством выступает наличие основ данного института в международном праве, в самом факте существования суверенных государств как основных звеньев, ключевых элементов международной системы и в настоящем, и в перспективе.

Как справедливо пишет М.М. Богуславский, в теории и практике различают *три вида юрисдикционного иммунитета государства: судебный иммунитет, иммунитет от предварительного обеспечения иска и иммунитет от принудительного исполнения судебного или арбитражного решения*. Судебный иммунитет заключается в неподсудности одного государства судам другого государства. Государство без его согласия не может быть привлечено к суду другого государства. Иммунитет от предварительного обеспечения иска выражается в том, что нельзя в порядке предварительного обеспечения иска принимать без согласия государства какие-либо принудительные меры в отношении его имущества. Иммунитет от исполнения судебного или арбитражного решения означает, что без согласия государства нельзя осуществить принудительное исполнение решения, вынесенного юрисдикционным органом против государства⁵⁵.

⁵⁵ См.: Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право: современная практика: сб. статей / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. С. 214.

Понятие юрисдикционного иммунитета является общим для всех трех видов.

В свою очередь, иммунитет собственности государства заключается в ее особом режиме, обусловленном специфичным положением субъекта права собственности – суверенного государства. Иммунитет собственности государства, находящейся за границей, состоит в том, что это имущество не может быть объектом насильственных мер со стороны государства, в котором указанное имущество находится. Собственность государства пользуется неприкосновенностью: она не может без согласия государства-собственника быть подвергнута принудительному отчуждению, аресту, секвестру и другим принудительным мерам; ее нельзя насильно удерживать на иностранной территории; она не должна подвергаться расхищению со стороны другого государства, его органов или частных лиц. Таким образом, неприкосновенность собственности государства не ограничивается изъятием ее из-под действия принудительных мер судебного характера – к ней не могут применяться и административные меры, она не может быть объектом взыскания по всякого рода внесудебным требованиям. Иммунитет, которым пользуется собственность иностранного государства, делает недопустимым: 1) предъявление исков непосредственно к такой собственности; 2) наложение ареста на собственность для обеспечения любого предъявляемого к иностранному государству иска, связанного или не связанного с такой собствен-

ностью; 3) принудительное исполнение решения суда, вынесенного в отношении такой собственности иностранного государства⁵⁶.

В юридической доктрине традиционно выделяют *две концепции иммунитета государства – концепцию абсолютного и концепцию ограниченного иммунитета*. Согласно первой иммунитет государства основан на императивных принципах общего международного права – принципах равенства государств, уважения государственного суверенитета, из которых следует, что ни одно государство не может осуществлять свою власть в отношении другого, его органов и собственности⁵⁷. Концепция абсолютного иммунитета исходит из того, что: а) иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства; б) в порядке обеспечения иска имущество какого-либо государства не может быть подвергнуто принудительным мерам со стороны другого государства; в) недопустимо обращение мер принудительного исполнения на имущество государства без его согласия. Согласно концепции ограниченного (функционального) иммунитета иностранное государство, его органы, а также их собственность пользуются иммунитетом только тогда, когда государство осуществляет суве-

⁵⁶ См. : *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник. М., 2008. С. 215.

⁵⁷ См.: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 197–206; *Луниц Л.А.* Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002. С. 394–401.

ренные функции, т. е. действия *jure imperii*. Если же государство совершает действия коммерческого характера (заключение внешнеторговых сделок, эксплуатация флота в торговых целях, участие в концессионных соглашениях и соглашениях о разделе продукции), т. е. действия *jure gestionis*, то оно не пользуется иммунитетом. Иными словами, представители концепции ограниченного иммунитета считают, что когда государство ставит себя в положение торговца, частного лица, к нему могут предъявляться иски, а на его собственность распространяются принудительные меры⁵⁸. Какая же концепция государственного иммунитета лежит в основе национального законодательства и международных договоров в современную эпоху? Остановимся на этом более подробно.

2. Институт государственного иммунитета в национальном законодательстве

Национальное законодательство разных государств воплощает различные подходы к институту иммунитета иностранного государства, причем наблюдается тенденция рассматривать государство как обычного участника коммерческой деятельности, не связанного публично-властными функциями суверена, т. е. в основу национального законо-

⁵⁸ См.: Хлестова И.О. Вопросы иммунитета государства в законодательстве и договорной практике Российской Федерации // Проблемы международного частного права: сб. статей / подред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 68–69.

дательства по данному вопросу закладывается концепция функционального государственного иммунитета⁵⁹. Наиболее рельефно концепция функционального иммунитета иностранного государства отражена в Законе США «Об иммунитете иностранных государств» 1976 г.⁶⁰ и в Законе Великобритании «О государственном иммунитете» 1978 г.⁶¹ Согласно Закону США 1976 г. иностранное государство не пользуется иммунитетом от юрисдикции в судах США в любом деле, в котором иск основан на коммерческой деятельности, осуществляемой в США иностранным государством, или на действии, совершенном в США в связи с коммерческой деятельностью иностранного государства, осуществляемой в любом месте, или на действии, совершенном вне территории США в связи с коммерческой деятельностью иностранного государства в любом месте и влекущем прямые последствия

⁵⁹ Весьма интересным и значимым с содержательной точки зрения представляется вопрос о юридическом понятии государства, об элементном составе этого понятия, включающего в себя государственные органы, составные части федеративного государства, государственные учреждения, подразделения и образования, а также представителей государства в той мере, в которой они правомочны осуществлять суверенные функции государства. См.: *Канашиевский В.А.* Публично-правовые образования РФ как субъекты международного частного права // Журнал международного частного права. 2003. № 3. С. 3—14; *Он же.* Сделки с участием государства в международном частном праве // Журнал международного частного права. 2006. № 1. С. 3—15.

⁶⁰ *Дмитриева Г.К., Филимонова М.В.* Международное частное право: действующие нормативные акты. М., 1999. С. 55—60.

⁶¹ Там же. С. 61—65.

в США (п. 2А ст. 1605). По любому требованию о предоставлении средства судебной защиты, в отношении которого иностранное государство не обладает иммунитетом, оно несет ответственность в такой же форме и степени, как и частное лицо в сходных обстоятельствах (ст. 1606).

В соответствии с Законом Великобритании 1978 г. государство не пользуется иммунитетом от судебного разбирательства, касающегося заключенной государством коммерческой сделки или обязательства, которое на основании договора подлежит исполнению в целом или в части на территории Великобритании (п. 1 ст. 3). Под коммерческой сделкой закон понимает любую сделку (коммерческого, промышленного, финансового или другого подобного характера), в которой государство участвует или с которой связано иным образом, нежели осуществлением суверенной власти (п. 3 ст. 3). Закон специально оговаривает, что к числу коммерческих сделок относятся займы, другие финансовые сделки и любые другие финансовые обязательства. Вместе с тем следует подчеркнуть, что даже при участии государства в отношениях частноправового характера его статус не приравнивается к статусу юридического лица в том смысле, что оно не рассматривается как юридическое лицо особого рода. В этом заключается особенность правового положения государства как субъекта МЧП по сравнению с правовым положением ММПО⁶².

⁶² Проведя анализ норм законов об иммунитете иностранного государства,

Нормы российского законодательства об иммунитете иностранного государства весьма незначительны по объему и крайне противоречивы по содержанию. Так, Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. в редакции от 30 декабря 2008 г. «О соглашениях о разделе продукции»⁶³ говорит о том, что в соглашениях, заключаемых с иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с законодательством РФ отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения (ст. 23). АПК РФ содержит ст. 251 «Судебный иммунитет», которая гласит, что иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти, обладает судебным иммунитетом по отношению к предъявленному к нему иску в арбитражном суде в Российской Федерации, привлечению его к участию в деле в качестве третьего лица, наложению ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся

И.О. Хлестова выделила несколько групп таких норм: во-первых, нормы, регламентирующие судебный иммунитет иностранного государства и формы отказа от него; во-вторых, нормы, устанавливающие виды требований и обязательств, в отношении которых судебный иммунитет иностранному государству не предоставляется; в-третьих, нормы об иммунитете от предварительных мер и исполнительных действий; в-четвертых, нормы, определяющие порядок вручения судебных документов. (См.: *Хлестова И.О.* Иммунитет иностранного государства // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 2. С. 12.)

⁶³ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18; 2009. № 1. Ст. 17.

на территории РФ, и принятию по отношению к нему судом мер по обеспечению иска и имущественных интересов. Обращение взыскания на это имущество в порядке принудительного исполнения судебного акта арбитражного суда допускается только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом. Судебный иммунитет международных организаций определяется международным договором РФ и федеральным законом. Отказ от судебного иммунитета должен быть произведен в порядке, предусмотренном законом иностранного государства или правилами международной организации.

Статья 401 «Иски к иностранным государствам и международным организациям. Дипломатический иммунитет» ГПК РФ гласит, что предъявление в суде в Российской Федерации иска к иностранному государству, привлечение иностранного государства к участию в деле в качестве ответчика или третьего лица, наложение ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории РФ, и принятие по отношению к этому имуществу иных мер по обеспечению иска, обращение взыскания на это имущество в порядке исполнения решений суда допускаются только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом. Международные организации подлежат юрисдикции судов в Российской Фе-

дерации по гражданским делам в пределах, определенных международными договорами РФ и федеральными законами.

Анализ вышеприведенных норм российского законодательства позволяет сделать вывод, что в настоящее время российское право придерживается концепции абсолютного иммунитета иностранного государства в сфере частноправовых отношений, причем такой иммунитет презюмируется и отказ от него должен быть выражен в явной и недвусмысленной форме. Позиция судебной практики, изложенная в документах Высшего Арбитражного Суда РФ, также поддерживает принцип абсолютного иммунитета. В частности, в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса»⁶⁴ указано, что арбитражный суд принимает иск по коммерческому спору, ответчиком в котором является иностранное государство, выступающее в качестве суверена, только при наличии явно выраженного согласия ответчика на рассмотрение спора в арбитражном суде РФ. Подобное согласие следует рассматривать в качестве отказа от судебного иммунитета иностранного государства (п. 8)⁶⁵.

⁶⁴ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1999. № 8.

⁶⁵ Более подробно см.: *Хяестова И.О.* Российское законодательство об иммунитете иностранного государства: тенденции развития // Журнал российского права. 2004. № 7.

Как мы видели ранее, российское законодательство содержит бланкетные нормы, отсылающие в вопросах государственного иммунитета к нормам специального закона. До сих пор такой закон не был принят, хотя и разрабатывался в рамках Исследовательского центра частного права при Президенте РФ. Впоследствии Правительство РФ внесло законопроект на рассмотрение Государственной Думы РФ, и он был принят в первом чтении в 2005 г. (К сожалению, окончательный вариант данного весьма нужного закона до сих пор не принят.) Рассмотрим основные положения этого законопроекта⁶⁶. Прежде всего следует отметить, что *законопроект основывается на концепции функционального (ограниченного) иммунитета государства, хотя и воспроизводит международно-правовую норму о государственном иммунитете*. Согласно законопроекту иностранное государство пользуется в России юрисдикционным иммунитетом за изъятиями, установленными законом. Иностранное государство не пользуется в России судебным иммунитетом, если оно согласилось на отказ от судебного иммунитета, а также если оно осуществило деятельность иную, чем осуществление суверенной власти государства (ст. 2–3).

Международно-правовая доктрина и практика признают, что иностранное государство вправе отказаться от юрис-

⁶⁶ Публикацию проекта федерального закона «О юрисдикционном иммунитете иностранного государства и его собственности» см.: Международное частное право: учебнометодический комплекс: в 2 кн. / сост. Н.Ю. Ерпышева, М.Б. Касенова. М., 2008. Кн. 1. С. 248–254.

дикционного иммунитета, причем такой отказ может или явно выражаться в каком-либо документе (международном договоре, заявлении и т. д.), или презюмироваться в форме совершения государством каких-либо действий (например, выступление в качестве стороны судебного разбирательства). По законопроекту считается, что иностранное государство согласилось на отказ от судебного иммунитета, если оно прямо выразило согласие на осуществление юрисдикции российским судом в отношении соответствующего вопроса или дела, в частности:

- в международном договоре;
- в письменном соглашении, не являющемся международным договором;
- путем заявления в российском суде или письменного уведомления в рамках конкретного разбирательства.

Согласие иностранного государства на отказ от судебного иммунитета не рассматривается как его согласие на отказ от иммунитета от принятия обеспечительных мер и иммунитета от исполнения судебного решения. Согласие иностранного государства на применение российского права не рассматривается как согласие на отказ от судебного иммунитета (ст. 4).

Признается, что иностранное государство согласилось на отказ от судебного иммунитета, если это государство явилось стороной разбирательства, возбужденного по его инициативе в российском суде, или вступило в разбиратель-

ство существа дела в российском суде, или предприняло какое-либо иное действие по существу дела. Однако, если государство докажет в суде, что до того, как оно предприняло такие действия, ему не могли быть известны факты, дающие основания заявить об иммунитете, оно может ссылаться на иммунитет на основании этих фактов незамедлительно после того, как они стали ему известны. Иностранное государство не рассматривается как отказавшееся от судебного иммунитета, если оно вступает в разбирательство в российском суде или предпринимает какое-либо другое действие с целью сослаться на иммунитет или привести доказательства своего права в отношении имущества, которое является предметом разбирательства. Явка представителя иностранного государства в российский суд для дачи свидетельских показаний не рассматривается как согласие этого государства на отказ от судебного иммунитета. Если иностранное государство не участвует в разбирательстве в российском суде, это обстоятельство само по себе не может быть истолковано как его согласие на отказ от судебного иммунитета (ст. 5).

Иностранное государство, предъявившее иск в российский суд, признается согласившимся на отказ от судебного иммунитета в отношении любого встречного иска, основанного на тех же правоотношениях или фактах, что и первоначальный иск этого государства. Иностранное государство, предъявившее встречный иск в российский суд, признается согласившимся на отказ от судебного иммунитета в отноше-

нии первоначального иска (ст. 6). Если иностранное государство выразило в письменной форме согласие на рассмотрение в арбитраже (третейском суде) споров с его участием, которые возникли или могут возникнуть в будущем, признается, что применительно к этим спорам оно добровольно согласилось на отказ от судебного иммунитета по вопросам, касающимся осуществления российским судом функций в отношении арбитража (ст. 7). *Согласие иностранного государства на отказ от судебного иммунитета, иммунитета от принятия обеспечительных мер и иммунитета от исполнения судебного решения не может быть отозвано*, за исключением случаев, когда допустимость отзыва такого согласия прямо предусмотрена соглашением с другой участвующей в споре стороной. Согласие иностранного государства на отказ от судебного иммунитета распространяется на все стадии судебного разбирательства (ст. 8).

Законопроект устанавливает целый ряд случаев, в которых юрисдикционный иммунитет иностранному государству не предоставляется. Так, *иностранное государство не пользуется в России судебным иммунитетом по спорам, возникшим при осуществлении этим государством предпринимательской деятельности*. Иностранное государство не пользуется в России судебным иммунитетом по спорам, возникшим из гражданско-правовых сделок вне предпринимательской деятельности, которые это государство совершило или с которыми оно связано иным образом, чем при осуществ-

лении суверенной власти государства. При решении вопроса о том, является ли сделка, которая совершена иностранным государством или с которой оно связано, деятельностью, связанной с осуществлением его суверенной власти, российский суд принимает во внимание характер и цель такой сделки (ст. 9). Иностранное государство не пользуется в России судебным иммунитетом по спорам, *касающимся его участия в хозяйственных товариществах и обществах,*

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

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