

**МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**  
Федеральное государственное автономное  
образовательное учреждение высшего образования  
«РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ»

---

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ  
АСПЕКТЫ  
ПРАВООТНОШЕНИЙ  
ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА  
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ**

**Сборник статей  
Международной научно-практической  
конференции  
памяти В.К. Пучинского**

*Москва, 13 октября 2017 г.*

Москва  
Российский университет дружбы народов  
2017

УДК 341:347:340.5(063)  
ББК 67.412+67.404+67.0  
С75

У т в е р ж д е н о  
*РИС Ученого совета*  
*Российского университета*  
*дружбы народов*

П о д р е д а к ц и е й  
доктора юридических наук, профессора *Е.Е. Фроловой*;  
кандидата юридических наук, доцента *Е.П. Русаковой*

С75      **Сравнительно-правовые аспекты правоотношений  
гражданского оборота в современном мире** : сборник  
статей Международной научно-практической конференции  
памяти В.К. Пучинского. Москва, 13 октября 2017 г. / под  
ред. Е. Е. Фроловой, Е. П. Русаковой. – Москва : РУДН,  
2017. – 552 с.

Материалы публикуются в авторской редакции.

УДК 341:347:340.5(063)  
ББК 67.412+67.404+67.0

ISBN 978-5-209-08445-7

© Коллектив авторов, 2017  
© Российский университет  
дружбы народов, 2017

## **РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА ВЛАДЕНИЯ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ДОКТРИНЕ ДЕРЕВОЛЮЦИОННОГО ПЕРИОДА**

**Бадаева Наталия Владимировна**

кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
badaeva\_nv@rudn.university

В статье рассматривается развитие института владения в российском законодательстве и в трудах отечественных юристов дореволюционного периода. Внимание уделено определению правовой природы владения, видам владения, основаниям защиты владения и практическим вопросам применения положений о владении в правозащитной деятельности.

*Ключевые слова:* владение, дореволюционное право России, защита владения, виды владения, владельческая защита, основания защиты владения.

В русской цивилистической науке в конце XIX – начале XX веков проблема владения и вопросы посессорной защиты привлекли огромный интерес ученых-юристов. Русские цивилисты обратились к исследованиям раннего законодательства России, действовавшего на ее территории, отыскивая истоки института владения и владельческой защиты в нашем правопорядке. В поиске обоснований предоставления особой защиты фактическому обладанию вещами отечественная наука гражданского права основывала свои воззрения на представлениях главным образом немецких юристов, развивая положения субъективной теории Ф.К. Савиньи и «новой теории» владения Р. Иеринга.

Вопросы определения юридической природы владения, признание владения в качестве факта или права, обоснование

защиты владения в праве нашли отражение в работах видных правоведов того периода таких как Е.В. Васьковский, Ю.С. Гамбаров, С.А. Муромцев, Д.И. Мейер, К.А. Неволин, К.П. Победоносцев, И.А. Покровский, Г.Ф. Шершеневич.

Приступая к анализу института владения в русском проекте Гражданского уложения, видный русский ученый И.А. Покровский писал о проблеме владения: «...Чем больше вдумываешься в него, тем больше встает нерешенных вопросов, отделаться от которых уже нет возможности»<sup>1</sup>. Доминирующим вопросом И.А. Покровский считал определение оснований защиты владения, видя в этом подход к решению целой массы отдельных практических задач.

Бурную научную дискуссию в русской юридической литературе вызвала проблема определения юридической природы владения в русском праве. В отличие от зарубежных юристов, в большинстве своем признававших владение отношением фактическим, русские цивилисты серьезно разошлись во мнениях по этому вопросу<sup>2</sup>. Е.В. Васьковский, В. Вельяминов-Зернов, Д.И. Мейер, К.А. Неволин считали владение отношением фактическим. К.А. Неволин отмечал: «Из соображений всех узаконений открывается, что владение, в отличие его от права собственности, есть фактическое содержание лицом вещи в своей власти, с присвоением себе на вещь права собственности»<sup>3</sup>.

Другой русский цивилист Д.И. Мейер указывал: «Мы не признаем владение правом, а определяем его лишь фактическим отношением к вещи, поэтому нет надобности относить к владению все те понятия, которые входят в состав права; но вместе с тем владение и не исключает всех тех по-

---

<sup>1</sup> Покровский И.А. Владение в русском проекте Гражданского Уложения // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 10. С. 27.

<sup>2</sup> Бадаева Н.В. Владение и владельческая защита в зарубежном и российском гражданском праве: дис. ... канд.а юрид. наук. М., 2009. С. 48.

<sup>3</sup> Неволин К.А. Полн. собр. соч. Т. 4: История российских гражданских законов. СПб., 1857. С. 110.

нятий, которые входят в состав права»<sup>4</sup>. Поэтому, заключает русский юрист, нет «никакой надобности отступать от воззрения на владение как на факт»<sup>5</sup>. В.И. Синайский также придерживался мнения о фактическом содержании владения. По его словам, римляне, предоставив владельцу права на защиту, тем самым фактическое отношение по владению стали рассматривать как фикцию права, но не более того.

Русский ученый Е.В. Васьковский, считая владение фактом, тем не менее, связывал его с некоторыми юридическими последствиями, подтверждение которым он находил в гражданском законодательстве того периода<sup>6</sup>. Так, он отмечал, что всякое владение, хотя бы и не основанное на праве и даже являющееся результатом правонарушения, охраняется законом от насилия и самоуправства (ст. 531 Свода законов), владение, совмещающее в себе условия бесспорности, спокойствия и непрерывности, превращается в право собственности по давности, т.е. вследствие истечения определенного законом периода времени (ст. 533 Свода законов), владение движимой вещью устанавливает презумпцию права собственности: кто владеет движимостью, тот считается ее собственником до тех пор, пока не будет доказано противное (ст. 534 Свода законов).

Другие ученые считали владение правом. Так, Г.Ф. Шершеневич утверждал: «Важно то, что владение приобретается и утрачивается, а к этому факты не способны. Мало того, владение передается по наследству, а наследство составляет совокупность прав и обязанностей. С точки зрения русского законодательства, владение есть право, как по приведенным выше соображениям, так и по наименованию

---

<sup>4</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. 10-е изд. с испр. и доп. А.Х. Гольмстена / под ред. А.И. Вицына. Пг., 1915. С. 229.

<sup>5</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. С. 9; цит. по: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2002. С. 285.

<sup>6</sup> Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. С. 246.

его «правом владения». Он также указывал, что «владение охраняется против всех сограждан, потому что нарушителем его может быть каждый; владение возникает независимо от воли пассивных субъектов; владение имеет своим объектом вещь, а потому оно имеет полное основание занять место среди вещных прав»<sup>7</sup>.

Взгляд на правовой характер владения разделял и С.А. Муромцев. Согласно его теории правоотношения, «каждое правоотношение, которое называют правом, есть не что иное, как некоторое фактическое отношение, сопровождаемое юридической защитой, и... юридический элемент такого отношения состоит только в том, что оно имеет эту защиту. Следовательно, владение ничем не отличается от прочих прав и есть потому право»<sup>8</sup>.

В середине XIX века Н.В. Варадинов так писал о владении: «Владение, строго говоря, не есть само по себе право, а только фактическое следствие другого права ... Под выражением «право владения» мы разумеем идею факта, а не самый факт»<sup>9</sup>.

Не оставили без внимания русские цивилисты известную еще с римского права проблему соотношения владение и простого держания применительно к действующему на тот период законодательству России.

Большинство ученых полагали необходимым деление обладания вещами на владение и держание, основываясь на предложенном немецким юристом Ф.К. Савиньи критерии – наличие у владельца *animus domini* и отсутствие его у держателя. В числе аргументов сторонников этой позиции называ-

---

<sup>7</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) М., 1995. С.142, 152–153.

<sup>8</sup> Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. М., 1877. С. 128; цит. по: Казаков В.Б. Владение – факт или право? // Правоведение 1988. № 2. С. 75.

<sup>9</sup> См.: Варадинов Н. Исследования об имущественных или вещественных правах по законам русским. Ст. II. СПб., 1855, С. 86, 88.

ют упоминание в ст. 533 Свода законов термина «владение в виде собственности», который путем расширительного толкования пытаются применить к любому защищаемому владению. Такой взгляд разделяли Г.Ф. Шершеневич, Д.И. Мейер, К. Кавелин, К.П. Победоносцев, К.Н. Анненков<sup>10</sup>.

Однако некоторые цивилисты отрицали разделение владения и держания в русском праве. Такую позицию они обосновывали тем, что сам гражданский закон не делает различия между владением и держанием, вообще не используя последний термин; защита по закону предоставляется любому обладателю вещи; а наличие у давностного владельца *animus domini* не дает основания распространять это условие на иные виды владения<sup>11</sup>. Поэтому представляется возможным утверждать, что Свод законов предоставлял защиту как владению, так и держанию, которое понимал как «особое право» (ст. 514).

Воззрения русских цивилистов, исследовавших проблему владения в праве, во многом основывались на положениях действующего в тот период гражданского законодательства. Нормы законов, характеризующиеся некоторой неясностью, не позволяли выработать единую позицию, что и привело к существованию в доктрине противоположных представлений.

В дореволюционном гражданском законодательстве России можно обнаружить использование понятия владения

---

<sup>10</sup> См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 151–152; Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. По исправ. и допол. 8-му изд. М., Статут. 2003. С. 334; Кавелин К. Права и обязанности по имуществам и обязательствам в применении к русскому законодательству. СПб., 1879. С. 63; Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть. Вотчинные права. СПб., 1896. С. 153–157; Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 1. СПб., 1910. С. 564–565.

<sup>11</sup> См.: Васильковский Е.В. Понятие владения по русскому праву // Журнал министерства юстиции. 1896. № 4. С. 58–60.

в нескольких аспектах<sup>12</sup>. Так, в ст. 513 ч. 1 т. X Свода законов владение вступает как существенная часть права собственности, когда они соединены, «вотчинное, вечное и потомственное» владение утверждалось жалованными грамотами и возникало по иным законным основаниям. Определение владения как «особого права» содержит ст. 514 Свода законов: «когда частный владелец, удержав за собой право собственности по укреплению, отделит от него владение и передаст или уступит оное другому по договору, дарственной записи или другому какому-либо акту, тогда сие отдельное владение составляет само по себе особое право, коего пространство, пожизненность или срочность определяется тем самым актом, коим оно установлено»<sup>13</sup>.

Свод законов Российской Империи выделял виды владения, которые известны в цивилистике еще со времен римского права. Владение разделяли на законное, незаконное, добросовестное и недобросовестное, а также отдельные положения содержатся в законе и о давностном владении (ст.ст. 523–532, 557–567 Свода законов).

Различие между законным и незаконным владением основывали на объективном признаке, именно на способе приобретения владения: законным считали то, которое приобретено дозволенными законом способами, а незаконным – такое, которое является результатом правонарушения. Другими словами, законным будет только такое владение, которое основано на каком-либо праве, действительно принадлежащем владельцу, например, право собственности и чиншевое право. Незаконное владение, в свою очередь, разделяется на

---

<sup>12</sup> Комментарии к Своду законов, а также замечания на него редакционной комиссии составителей проекта Гражданского уложения подробнее см.: Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената... Книга вторая. СПб., 1905. С. 610.

<sup>13</sup> Текст Свода законов Российской Империи (Т. X, Ч. 1) приводится по приложению к работе Коновалова А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. СПб., 2004. С. 245–247.



подложное, т.е. полученное путем подлога или какого-либо обмана, насильственное, которое приобретено путем захвата с насилием и самовольное, т.е. возникшее хотя и без насилия, но все-таки с нарушением чужого права.

Деление владения на добросовестное и недобросовестное основывалось на субъективном признаке, на убеждении самого владельца. Добросовестным считалось владение тогда, когда владелец не знал, что оно незаконно, «что имущество принадлежало другому» (ст. 529), и пока не будет доказано, что владельцу достоверно была известна «неправость» его владения. Недобросовестным владение признавалось тогда, когда об этих фактах лицу было известно.

Однако русские цивилисты расходились во мнениях по этому вопросу: одни полагали, что даже сомнение в законности прав не влияет на добросовестность, соглашаясь в этом с мнением Сената<sup>14</sup>; другие считали, что для добросовестности владения необходимо, чтобы владелец был убежден, хотя и ошибочно, в своем праве на вещь<sup>15</sup>.

С добросовестностью или недобросовестностью владения закон связывал важные практические последствия. При возврате чужого имущества из незаконного владения недобросовестный владелец был обязан возвратить законному хозяину весь чистый доход с имущества за все время владения (п. 2 ст. 610, ст.ст. 620, 622, 623 Свода законов), а добросовестный – только ту часть дохода, которая получена со времени предъявления иска (ст.ст. 530, 626 Свода законов); первый отвечал за весь ущерб, происшедший от его небрежности или неосторожности (ст.ст. 619, 624, 610, 112 Свода законов), а второй – только за тот ущерб, который произошел

---

<sup>14</sup> Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 153-154; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 148.

<sup>15</sup> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 332. (впрочем, его формулировка недостаточно ясна: «владение добросовестное то, которое основывается на искреннем, хотя и ложном, представлении владельца о праве владения»).

со времени предъявления иска (ст. 634 Свода законов). Особый порядок был предусмотрен и по поводу улучшений в имуществе, сделанных незаконным владельцем.

Отечественное гражданское законодательство до разработки проекта Гражданского уложения не знало положений немецкой модели о посредственном и непосредственном владении. Только в начале XX столетия в ст. 137 кн. 3 проекта Гражданского уложения, впервые в российском законодательстве предполагалось закрепить конструкцию двойного владения: «Кто владеет имуществом, как своим собственным, тот имеет владение самостоятельное (в виде собственности). Всякое иное владение, в силу вотчинного или договорного права, признается производным. Одно и то же имущество может быть в самостоятельном владении одного лица и вместе с тем в производном владении другого лица»<sup>16</sup>.

Следует, тем не менее, заметить, что идея воспроизведения конструкции двойного владения в законодательстве не встретила безоговорочной поддержки в России. Так, А. Смолин<sup>17</sup> критиковал нормы Германского уложения о посредственном и непосредственном владении как создающих «искусственную» и «противоречивую» конструкцию. Не нашли одобрения эти нормы и у Г.Ф. Шершеневича, который отмечал, что конструкцию двойного владения невозможно сочетать с пониманием владения как фактического господства над вещью<sup>18</sup>.

В российской правоприменительной практике владение часто определяли как право, примером чего может служить решение кассационного департамента Правительствующего Сената 1871 г. № 1212, в котором говорится: «Владение есть

---

<sup>16</sup> Текст проекта Гражданского уложения Российской Империи (раздел III) приводится по приложению к работе Коновалова А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. СПб., 2004. С. 247–255.

<sup>17</sup> Смолин А. Определение владения по нашему проекту и германскому уложению. Казань, 1903. С. 4–12.

<sup>18</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 160.

право, по содержанию своему близко подходящее к праву собственности и даже заменяющее его для владельца, доколь не будет доказано, что сильнейшее, лучшее право на ту же вещь, дающее то же право на владение, право собственности, принадлежит другому»<sup>19</sup>.

Составители проекта Гражданского уложения владение рассматривали как некое «правовое состояние», влекущее правовые последствия, важнейшими из которых являлись посессорная защита и приобретение имущества на основании давности. В проекте подробно определялся предмет владения, который составляли недвижимые имущества и движимые вещи, указывались условия приобретения владения, а также содержались положения о владельческих исках и нормы о давности владения. Анализируя статью 135 Проекта о предмете владения, А.Б. Бабаев приходит к выводу, что составители все-таки допускают владение не только телесными вещами, но и владение правами<sup>20</sup>. Нам, однако, представляется невозможным согласиться с таким утверждением, указывая на то, что это слишком расширительное толкование нормы.

Вслед за германскими цивилистами русская наука гражданского права огромное значение придавала проблеме определения оснований защиты владения. Восприняв основные положения европейской цивилистической мысли, отечественные ученые, тем не менее, большое внимание уделили критике позиций немецких юристов и поиску других оснований защиты владения с учетом развивающихся представлений в первую очередь философско-правовой науки в России.

Так, В.Г. Кукольник обоснование защиты владения находил в необходимости пресечения самоуправства: «Никто

---

<sup>19</sup> Книрим А.А., Карницкий И.И., Лукьянов С.И., Малышев К.И. и др. Проект Высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения: Т. 1, с объяснениями. СПб., 1902. С. 79, 429.

<sup>20</sup> Подробнее см.: Бабаев А.Б. Система вещных прав: монография. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 119.

не властен своевольно отнимать свое имение у незаконного владельца, хотя бы и имел на то явное право, а должен отыскивать оное посредством суда»<sup>21</sup>. Ф.Л. Морошкин полагал, что владение защищается в интересах общественного порядка, чтобы пресечь отрицание властей посредством нарушения установленного порядка вещей и их пребывания в чьем-то владении («государство, защищая владение, защищает самое себя»). Он также рассматривал владение как «выражение духа во внешнем мире... падшего в пределы пространства и времени, и первая глубина его падения есть органическое тело, первородная форма духа и первоначальный предмет освоения»<sup>22</sup>. Таким образом, вместе с идеей охраны публичного порядка важными признаются теории защиты владения как естественно-правовой категории, где защите, прежде всего, подлежит сознание и воля личности.

Широкую поддержку в российской цивилистической науке нашли взгляды Р. Иеринга. Наиболее последовательными сторонниками теории «видимости» или «реальности» собственности в России можно назвать С.А. Муромцева и Ю.С. Гамбарова. Особенно следует отметить влияние немецкой школы права на составителей проекта российского Гражданского уложения. Практическую цель защиты владения под влиянием взглядов Р. Иеринга они видели в обеспечении праву собственности надлежащей охраны и безопасности<sup>23</sup>. В «предположении права собственности на стороне владельца» и облегчении защиты права собственности, следуя теории Р. Иеринга, обоснование защиты владения находил Г.Ф. Шершеневич<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Кукольник В.Г. Российское частное гражданское право. Ч. 2. СПб., 1815. С. 112.

<sup>22</sup> Морошкин Ф.Л. Рассуждение о владении по началам российского законодательства. М., 1837. С. 35-48.

<sup>23</sup> Книрим А.А., Карницкий И.И., Лукьянов С.И., Малышев К.И. и др. Указ. соч. С. 435.

<sup>24</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 153.

Вместе с тем в цивилистической литературе имели место и иные воззрения на обоснование владельческой защиты. Серьезной критике взгляды Р. Иеринга и его последователя в русской науке гражданского права С.А. Муромцева подверг, в частности, К.А. Митюков. С точки зрения К.А. Митюкова, обоснование защиты владения следует искать исключительно в нем самом<sup>25</sup>.

Обоснование защиты владения В.А. Юшкевич находил в области интересов и свойств личности. Центральное место в институте владения, по его мнению, занимает человеческая личность, проявляющая свою волю во внешнем материальном мире. «Идея защиты владения, – считал В.А. Юшкевич, – ...относится к первоначальным и непосредственным, глубоко коренящимся в человеческой природе представлениям, она является настоящими *ius naturale*... Благо, защищаемое через институт владения, это господство свободной человеческой воли в мире телесных вещей, проявление субъективной воли, направленной на присвоение». Действие человека, направленное на вещь, объединяет их в такой степени, что посягательство на вещь является одновременно и посягательством на личность субъекта владения. Обоснование защиты владения преступника видится В.А. Юшкевичу также в интересах гражданского мира<sup>26</sup>.

Помимо проблемы оснований защиты владения русский цивилист В.А. Юшкевич высказывал интересные взгляды о понятии *custodia* (хранение) в рамках теории владения. *Custodia* в субъективном смысле он рассматривает как придание вещи положения, в силу которого окружающие видят, что вещь имеет отношение к какому-либо владельцу. Такое положение можно определить как совокупность предосторожностей, которые предпринимает для оставления вещи за

---

<sup>25</sup> См. подробнее: Митюков К.А. По поводу статьи г. Муромцева о владении по русскому праву. Киев, 1877. С. 15, 22–27.

<sup>26</sup> Юшкевич В.А. Исследования из области учения о владении. М., 1908. С. 42–46.

собой средний, обыкновенный человек в средних обстоятельствах<sup>27</sup>. Несмотря на то, что иногда связь лица с вещью ослабевает, окружающие, тем не менее, в силу субъективного момента (*custodia*) относятся к лицу как к владельцу, воспринимая его волю владеть как юридически значимую.

«Новую теорию» владения Р. Иеринга об обосновании защиты владения как видимости собственности, где защита незаконного владения рассматривается как «неизбежное зло», несопоставимое с несравненно большим положительным эффектом, критиковал известный цивилист И.А. Покровский. Ошибочность данной теории виделась ему в том, что необъяснимым осталось предоставление владельческой защиты фактическому владельцу против собственника. Кроме того, существуют ситуации, когда защите подлежит владение, заведомо для правопорядка не совпадающее с собственностью и не имеющее шансов преобразоваться в право собственности.

И.А. Покровский поддерживал теорию гражданского мира, предложенную немецким юристом Ф. Эндеманном, в основе которой лежит идея о необходимости сохранять общественное спокойствие в виде сложившегося порядка отношения лиц к вещам. Однако русский цивилист полагал, что для обоснования идеи владельческой защиты недостаточно раскрытия одной лишь полицейской ее стороны, как это имеет место в теории Ф. Эндеманна<sup>28</sup>. «В институте защиты владения, – считал И. А. Покровский, – дело идет не о собственности и вообще не о таком или ином имущественном праве, а о начале гораздо более высоком и идеальном – о насаждении уважения к человеческой личности как таковой». С этой точки зрения защита незаконного владения, ко-

---

<sup>27</sup> См.: Юшкевич В.А. Хранение (*custodia*) как основание владения движимостью. Очерк из римской теории владения. М., 1907. С. 7–9.

<sup>28</sup> Бадаева Н.В. Институт владельческой защиты в римском праве и его рецепция в странах континентальной Европы // Юридические записки. 2011. № 1 (24). С. 73.

тору Р. Иеринг понимал в качестве «неизбежного зла», И.А. Покровский рассматривал как «кульминационный пункт основной идеи», как наивысшее торжество принципа уважения к человеческой личности<sup>29</sup>.

Необходимо отметить, что представления И.А. Покровского стали одними из последних в разработке русской наукой гражданского права теории владельческой защиты. «В связи с неприятием данного института, свойственным в целом советской цивилистике, вопросы обоснования защиты владения если и рассматривались в дальнейшем российскими учеными, то исключительно в историко-правовом и сравнительно-правовом аспектах»<sup>30</sup>, – отмечает А.В. Коновалов, современный исследователь проблемы владения в российской цивилистике.

Подводя итоги анализа проблемы владения в российской дореволюционной и советской цивилистической науке, можно заключить, что исследования института владения дореволюционными цивилистами затрагивали главным образом проблему определения юридической природы владения. Ученых интересовало, является владение фактом или правом. Высказывая различные взгляды, они находили подтверждения как одной, так и другой позиции. Институт владения в этот период признается и закрепляется на законодательном уровне. В Своде законов определяются различные виды владения и основания его защиты. Проект Гражданского уложения также выделил самостоятельный вещно-правовой институт владения, во многих положениях следуя германской традиции регулирования этих отношений.

---

<sup>29</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 228–229.

<sup>30</sup> Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. СПб., 2004. С. 109.

## РЕГУЛЯТОР FINRA И ЕГО ФУНКЦИИ В РАЗРЕШЕНИИ ФИНАНСОВЫХ СПОРОВ В США<sup>1</sup>

**Ермакова Елена Петровна**

Кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
тел.: 8-495-433-14-28; ermakovaep@mail.ru

В статье дан обзор основных функций негосударственного регулирующего органа финансовой индустрии США – FINRA (Financial Industry Regulatory Authority); исследованы полномочия FINRA по рассмотрению и разрешению финансовых споров в порядке арбитража и медиации, перечислены внутренние нормативные акты FINRA, регулирующие арбитраж и медиацию.

*Ключевые слова:* арбитраж в США, финансовые споры, International Swaps and Derivatives Association – ISDA, FINRA, регулирующий орган финансовой индустрии США (Financial Industry Regulatory Authority).

В последние 5 лет вопросы разрешения споров в финансовом секторе экономики (как между самими финансовыми учреждениями; так и между банками, финансовыми брокерами и их клиентами) являются первоочередными как для многих государств, так и для международных финансовых организаций. Традиционно основным форумом для разрешения финансовых споров являлось судебное разбирательство, т.е. разрешение спора государственным судом на основании национальных законов. Стороны финансового спора соглашались с юрисдикцией государственных судов, как правило, в Лондоне или Нью-Йорке, и этот выбор форума сочетался с выбором соответствующего национального закона. Однако глобализация, изменяющаяся политическая ситу-

---

<sup>1</sup> Исследование подготовлено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта №17-03-00093 «а» (науч. рук. – Е.Е. Фролова).



ация, мировой финансовый кризис 2008 г., а также расширение участия в финансовых спорах сторон из стран Азии и Африки привели к тому, что для разрешения указанных споров все чаще стал использоваться коммерческий арбитраж. Об этом феномене писали многие ученые цивилисты как российские, так и зарубежные<sup>2</sup>. В частности, английские адвокаты Дункан Спеллер и Фрэнсис Хорнелл-Стрикленд утверждали, что «ряд последних аналитических исследований отмечают рост применения арбитража для разрешения споров в секторе финансовых услуг. Например, статистический отчет фирмы «PriceWaterhouseCoopers» за 2013 г. показывает, что 23% респондентов сектора финансовых услуг стали предпочитать урегулирование финансовых споров посредством арбитража»<sup>3</sup>. Об этом же свидетельствуют иссле-

---

<sup>2</sup> См.: Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография // В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева и др. М.: РУДН, 2015. С. 115; Русакова Е.П. – Разрешение финансовых споров Австралийским Центром международного коммерческого арбитража (ACICA) // «Черные дыры» в Российском законодательстве». 2017. № 4. С. 43; Фролова Е.Е. Понятие финансового спора в соответствии с положениями Закона Новой Зеландии о поставщиках финансовых услуг 2008 г. (с изменениями 2014г.) // «Черные дыры» в Российском законодательстве». 2017. № 4. С. 51; Фролова Е.Е. Правовое регулирование альтернативного разрешения споров между поставщиками и потребителями финансовых услуг в Сингапуре // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Философия, социология, право. 2017. № 24 (273). Вып. 42. С. 157–162; Протопопова О.В. Финансовая система Малайзии // Труды Института государства и права РАН, 2017. № 5. С. 170–181; Русакова Е.П. Финансовая система Сингапура: финансовые споры в коммерческом арбитраже // МИР (Модернизация. Инновации. Развитие). 2017. Т. 8. № 3 (31). С. 424–429; Giarretta Ben, Cummins Tom. Use of arbitration in financial transactions// QUICKGUIDES 09 JAN 2017. URL: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---use-of-arbitration-in-financial-transactions/> (дата обращения: 20.07.2017).

<sup>3</sup> Speller Duncan and Hornyold-Strickland Francis. International arbitration in the finance sector: Room to grow? URL: <https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/> (дата обращения: 01.10.17).

дования Целевой группы Комиссии по арбитражу и ADR Международной торговой палаты (ICC)<sup>4</sup>.

Финансовые учреждения во всем мире все чаще официально признают преимущества коммерческого арбитража. В сентябре 2013 г. Международная ассоциация свопов и деривативов опубликовала Арбитражное руководство (The 2013 ISDA Arbitration Guide) по использованию арбитража в типовых контрактах.<sup>5</sup> Руководство содержит несколько типовых арбитражных оговорок, которые могут быть включены в «Типовое соглашение ISDA по сделкам с финансовыми производными инструментами». Кроме того, в 2010 и 2012 гг. ISDA включила арбитражные оговорки в два своих документа: «Типовое соглашение об исламском финансировании» (Islamic Finance Tahawwut Master Agreement) и «Типовое соглашение о взаимном сокращении прибыли» (Mubadalatul Arbaah (Profit Rate Swap) Agreement).

Признанным авторитетом в сфере альтернативного урегулирования финансовых споров является США. Американское агентство FINRA занимает одно из первых мест в списке организаций, предоставляющих услуги арбитража и медиации финансовых споров. Об этом, в частности, писали специалисты известной аудиторской фирмы «Mayer Brown» и др.<sup>6</sup> Другим известным и авторитетным органом по разрешению международных финансовым споров называют Международный центр по разрешению споров Американской Ар-

---

<sup>4</sup> Report by a Task Force of the Commission on Arbitration and ADR of the International Chamber of Commerce (ICC). URL: <https://iccwbo.org/publication/financial-institutions-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report/> (дата обращения: 03.09.2017).

<sup>5</sup>The 2013 ISDA Arbitration Guide. URL: [http://www.isda.org/publications/pdf/ISDA\\_Arbitration\\_Guide\\_Final\\_09.09.13.pdf](http://www.isda.org/publications/pdf/ISDA_Arbitration_Guide_Final_09.09.13.pdf) (дата обращения: 03.09.2017).

<sup>6</sup> Abu-Manneh Raid. Hot Topics Affecting the Financial Services Industry. URL: <https://www.mayerbrown.com/files/Event/> (дата обращения: 01.10.17); см. также: Speller Duncan and Hornyold-Strickland Francis, op. cit.

битражной Ассоциации (International Centre for Dispute Resolution – ICDR).

Что такое FINRA? Подробную информацию об этом можно найти на сайте организации<sup>7</sup>. «FINRA — это регулирующий орган финансовой индустрии США (Financial Industry Regulatory Authority); иными словами, **это крупная неправительственная организация, осуществляющая надзор за деятельностью профессиональных участников рынка ценных бумаг США...** компания создана в 2007 г. путем объединения нескольких организаций для того, чтобы оставить только одного регулятора, контролирующего рынок ценных бумаг», – писал российский финансовый блогер А. Швальбе<sup>8</sup>. Деятельность самой FINRA контролируется правительственной Комиссией по ценным бумагам и биржам США (SEC – Securities and Exchange Commission). Членами FINRA должны быть финансовые компании США, работающие с ценными бумагами и не контролируемые другими регуляторами, например, финансовые брокеры. FINRA – это саморегулируемая организация, финансируемая за счет годовых взносов своих членов, а также начисленных и взысканных штрафных санкций.

FINRA была создана путем консолидации функций регулирования, исполнения и арбитража операций с ценными бумагами Регулятора Нью-Йоркской фондовой биржи (New York Stock Exchange Regulation – NYSE Regulation, Inc.) и Национальной ассоциации дилеров ценных бумаг (National Association of Securities Dealers – NASD). Слияние было одобрено Комиссией по ценным бумагам и биржам США (Securities and Exchange Commission – SEC) 26 июля 2007 г.

---

<sup>7</sup> FINRA. Financial Industry Regulatory Authority. URL: <https://www.finra.org/> (дата обращения: 10.08.2017).

<sup>8</sup> Швальбе А. Регулятор FINRA и его функции. URL: <http://investprofit.info/finra/> (дата обращения: 10.08.2017).

FINRA управляет крупнейшим форумом в Соединенных Штатах, специально разработанным для содействия разрешению финансовых споров между инвесторами, фирмами ценных бумаг (securities firms) и отдельными брокерами. Центр по альтернативному урегулированию споров FINRA разрешает более 99% финансовых споров между брокерами на рынке ценных бумаг США и их клиентами через сеть региональных отделений. FINRA оказывает услуги арбитража и медиации в более чем 70 местных отделениях, в том числе по крайней мере по одному во всех 50 штатах США, Пуэрто-Рико и Лондоне. Список финансовых специалистов FINRA включает более чем 6400 арбитров и около 250 медиаторов по всей стране. В 2016 г. в FINRA поступило 3681 дел, было разрешено – 3635 дел.<sup>9</sup>

Статистические данные о работе FINRA в 2016 г. впечатляют. Кроме центрального офиса, FINRA имеет еще 16 офисов в США, в которых работает более 3500 сотрудников. За год FINRA было выявлено и пресечено более 785 случаев мошенничества, которые были переданы для дальнейшего разбирательства в государственные суды. Только за истекший год FINRA было взыскано 204,2 млн дол. США в виде штрафов и реституций. В 2016 г. членами FINRA были 634 403 финансовых брокера и 3784 финансовых учреждения.

Как отмечено на сайте организации о миссии FINRA: «каждый инвестор в Америке полагается только на одно: справедливость финансовых рынков. Поэтому миссия FINRA включает в себя четыре основных принципа:

1. Защита инвесторов от мошенничества и плохой инвестиционной практики. Каждый день сотни профессионально подготовленных финансовых экспертов FINRA находятся

---

<sup>9</sup> Dispute Resolution Statistics. FINRA. Financial Industry Regulatory Authority. URL: <https://www.finra.org/arbitration-and-mediation/dispute-resolution-statistics> (дата обращения: 20.08.2017).

на финансовых рынках, внимательно изучая способы работы брокеров, уделяя особое внимание самым большим рискам для рынков и инвесторов»<sup>10</sup>.

2. Неотвратимость наказаний тех, кто нарушает правила. В FINRA есть эксперты, технологии и полномочия быстро реагировать на нарушения. Если брокеры нарушают правила, то организация вправе штрафовать, приостанавливать или запрещать их деятельность. Благодаря агрессивной бдительности FINRA в 2016 г. был вынесено 1434 дисциплинарных взыскания против зарегистрированных физических лиц и фирм, наложено штрафов на общую сумму 176,3 млн дол. США и взыскано реституций 27,9 млн дол. США.

3. Обнаружение и предотвращение правонарушений на финансовых рынках США. FINRA использует технологию, достаточно мощную, чтобы анализировать рынки и обнаруживать потенциальные злоупотребления. Используя различные методы сбора данных, организация работает над обнаружением случаев инсайдерской торговли и любых стратегий, которые фирмы или частные лица используют для получения несправедливых преимуществ. Фактически, FINRA обрабатывает в среднем от 37 до 75 миллиардов сделок каждый день, чтобы построить целостную картину рыночной торговли в Соединенных Штатах.

4. Обучение и информирование инвесторов. По мнению FINRA, важным компонентом защиты инвесторов является их финансовое образование. FINRA предоставляет инвесторам инструменты и ресурсы, которые могут помочь им принимать разумные финансовые решения. Через Фонд образования FINRA «Investor Education» предоставляются ресурсы, необходимые для финансового успеха, и обучающие инвесторов защищать себя от финансового мошенничества. Сайт «FINRA.org» предлагает десятки бесплатных ресурсов об ин-

---

<sup>10</sup> What We Do. FINRA. URL: <https://www.finra.org/about/what-we-do> (дата обращения: 25.08.2017).

вестировании и предотвращении мошенничества, в том числе онлайн-калькуляторах и предупреждениях инвесторов.

По решению Конгресса США миссия регулятора строится на трех принципах: обеспечение справедливости при работе с ценными бумагами, просвещение инвесторов и контроль за обеспечением законодательства о ценных бумагах. Исходя из этого, FINRA осуществляет функции рассмотрения жалоб инвесторов на деятельность брокеров и финансовых компаний, а также разрешает споры членов FINRA с их клиентами и сотрудниками.

Арбитры и медиаторы FINRA, также известные как нейтральные финансовые специалисты FINRA («FINRA neutrals»), – это широкий круг людей с честным мышлением, разных культур, профессий и происхождения. Среди «FINRA neutrals» есть юристы, преподаватели, врачи, бухгалтеры и специалисты по ценным бумагам. Поскольку роль нейтрального посредника является наиболее важным компонентом форума по разрешению споров, FINRA набирает только высококвалифицированных и непредвзятых людей для выполнения этой работы. Навыки, необходимые для того, чтобы стать арбитром или медиатором, уникальны, и два списка специалистов являются отдельными. Арбитры не обязаны обладать знаниями об индустрии ценных бумаг, но они должны закончить программу обучения FINRA по базовому арбитражу и сдать экзамен, прежде чем получить право на участие в рассмотрении и разрешении арбитражных дел. FINRA создала уникальную учебную программу для арбитров, которая служит образцом для других учебных арбитражных программ в Соединенных Штатах.

Арбитражная и медиативная деятельность FINRA по разрешению финансовых споров урегулирована тремя внутренними кодексами:

1) Арбитражный кодекс по разрешению споров с потребителями 2007 г. – Потребительский кодекс, № 12000.

(Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes – Customer Code)<sup>11</sup>;

2) Арбитражный кодекс по разрешению споров в сфере финансовой индустрии 2007 г., № 13000. (Code of Arbitration Procedure for Industry Disputes (2007))<sup>12</sup>;

3) Кодекс медиации 2007г., № 14000 (Code of Mediation Procedure)<sup>13</sup>.

Отметим, что все три указанных выше кодекса представляют собой довольно объемные документы. Например, «Арбитражный кодекс по разрешению споров с потребителями» 2007 г. содержит 9 разделов, каждый из которых включает от 5 до 20 статей. Нумерация статей не сквозная, каждый раздел начинается с новой сотни статей. Например, 1 раздел содержит 6 статей – №№ 12100-12105; 2 раздел содержит 15 статей – №№ 12200-12214 и т.д. Кодексы построены по единым принципам: 1) определения, сфера действия, регулирование; 2) общие положения об арбитраже; 3) начало арбитражной процедуры и отзыв на исковое заявление; 4) назначение арбитров; 5) предварительные процедуры и раскрытие доказательств; 6) слушания; доказательства; 7) окончание арбитражного разбирательства; 8) упрощенная арбитражная процедура; 9) решение и арбитражный сбор.

Согласно ст.12904 Арбитражного кодекса по разрешению споров с потребителями FINRA решения арбитража должны быть составлены в 30-дневный срок с момента окон-

---

<sup>11</sup> Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes (2007). 12000. (Customer Code) URL: [http://finra.complinet.com/en/display/display\\_viewall.html?rbid=2403&element\\_id=4096&record\\_id=5174&filtered\\_tag=](http://finra.complinet.com/en/display/display_viewall.html?rbid=2403&element_id=4096&record_id=5174&filtered_tag=) (дата обращения: 01.10.17).

<sup>12</sup> Code of Arbitration Procedure for Industry Disputes (2007) – finra 13000. URL: [http://finra.complinet.com/en/display/display\\_main.html?rbid=2403&element\\_id=4193](http://finra.complinet.com/en/display/display_main.html?rbid=2403&element_id=4193) (дата обращения: 01.10.17).

<sup>13</sup> Code of Mediation Procedure – finra 14000. URL: [http://finra.complinet.com/en/display/display\\_main.html?rbid=2403&element\\_id=4293](http://finra.complinet.com/en/display/display_main.html?rbid=2403&element_id=4293) (дата обращения: 01.10.17).

чания арбитражного разбирательства в письменной форме и подписаны большинством арбитров. Как правило, решения исполняются членами FINRA добровольно, но могут быть переданы в компетентный суд США для принудительного исполнения. Решения арбитража FINRA являются окончательными и не подлежат пересмотру или обжалованию. Копия решения вручается каждой стороне спора, или их представителям.

Заявления по поводу арбитражного сбора FINRA или иные жалобы на деятельность FINRA рассматриваются Офисом Омбудсмана FINRA (Office of the Ombudsman)<sup>14</sup>. Офис Омбудсмана FINRA – это беспристрастный, конфиденциальный и независимый ресурс, который работает неофициально с целью урегулирования проблем, которые могут возникнуть с FINRA. В качестве нейтральной стороны омбудсмен рассматривает интересы всех сторон в ситуации с целью достижения справедливого результата. Омбудсмен FINRA независим, он подчиняется непосредственно Комитету по аудиту Совета управляющих и функционирует независимо от других отделов и управлений FINRA. Офис Омбудсмана не выступает в качестве защитника какого-либо лица или организации в споре с FINRA, он способствует поиску справедливого решения проблемы. Офис Омбудсмана действует строго конфиденциально.

**В заключение**, необходимо подчеркнуть, что структура FINRA, внутренние документы FINRA (арбитражные кодексы и кодекс медиации) послужили образцом для подобных органов по альтернативному урегулированию финансовых споров в различных государствах мира. К ним можно отнести: центр Сингапура по альтернативному разрешению финансовых споров между потребителями и поставщиками финансовых услуг – FIDReC (Financial Industry Disputes

---

<sup>14</sup> Office of the Ombudsman. URL: <https://www.finra.org/about/office-ombudsman> (дата обращения: 01.10.17).



Resolution Centre); Бюро финансовой медиации Малайзии (Financial Mediation Bureau); сразу четыре органа Новой Зеландии: а) Банковский омбудсмен (Banking Ombudsman – BOS), б) Омбудсмен по страхованию и финансовым услугам (Insurance and Financial Services Ombudsman – IFSO), в) Компания «Financial Complaints Ltd» (FSCL), г) центр «Альтернативное разрешение финансовых споров» (Financial Dispute Resolution – FDR), и др.

**НОВЫЙ ОРГАН ПО АЛЬТЕРНАТИВНОМУ  
РАЗРЕШЕНИЮ ФИНАНСОВЫХ СПОРОВ  
В ИНДОНЕЗИИ – ПОДРАЗДЕЛЕНИЕ БАНКА  
ИНДОНЕЗИИ («DIVISION OF CONSUMER  
PROTECTION PAYMENT SYSTEM»)<sup>1</sup>**

**Ивановская Наталия Владимировна**

Кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
тел.: 8-495-433-14-28; ivanovskaya67@mail.ru

В статье дана характеристика функций Подразделения, защищающее права потребителей в сфере платежных систем Банка Индонезии (Division of Consumer Protection Payment System); исследованы основные принципы деятельности указанного подразделения.

*Ключевые слова:* право Индонезии, медиация в Индонезии, альтернативные способы разрешения споров, финансовые споры, медиация в Банке Индонезии.

Характеризуя текущее состояние сектора банковских услуг в Индонезии г-н Эрвин Риджанто, заместитель директора Банка Индонезии, отметил, что «в Индонезии с населением почти 250 млн человек, 28 млн человек, живущих за чертой бедности, остаются вне пределов банковского сектора. Этому также способствует географическое положение страны, поскольку Индонезия состоит из почти 17 000 островов, и большинство бедных людей живут в очень отдаленных районах с разной национальной культурой. Существует несколько факторов, препятствующих развитию банковских услуг, например, ограниченная сеть связи и электрической

---

<sup>1</sup> *Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2017–2019 гг. № 17-03-00093 «а» «Порядок разрешения финансовых споров в странах АТР» (науч. рук. проекта – Е.Е. Фролова).*

инфраструктуры»<sup>2</sup>. На основании опроса, проведенного Банком Индонезии в 2015 г., жители островных районов, пользующиеся банковскими услугами, составили 39% населения этих районов. Интересен факт, что Индонезия является одним из самых быстрорастущих пользователей смартфонов в мире: около 60 млн граждан страны стали обладателями смартфонов в 2016 г. Ожидается, что в период между 2016 и 2020 гг., количество пользователей смартфонами достигнет 100 млн человек, и Индонезия станет четвертым по величине мировым рынком этой продукции.

Развитие платежных систем в Индонезии увеличивается год от года как по количеству совершенных сделок (транзакций), так и по их объему. Одной из тенденций развития финансового рынка страны является чрезвычайно быстрое совершенствование и внедрение новых информационных и коммуникационных технологий, создание целого ряда инноваций, которые позволяют людям выполнять электронные денежные транзакции в любом месте и в любое время. Эти нововведения включают в себя предоставление финансовых услуг через банкоматы и банковские карты, кредитные карты, электронные деньги, а также различные финансовые услуги с удаленных серверов, которые в настоящее время процветают в Индонезии. Эти услуги помогают людям получить легкий доступ к финансовым средствам. Разнообразные финансовые продукты, предлагаемые финансовыми учреждениями, выросли очень быстро и стали неотъемлемой частью повседневной жизни индонезийцев<sup>3</sup>. Возрастающая легкость, разнообразие и частота денежных переводов (транзакций) с помощью услуг платежных систем, безусловно,

---

<sup>2</sup> Rijanto Erwin, Deputy Governor of Bank Indonesia, Financial inclusion for SME in Indonesia / Kathmandu, 9 November 2016. URL: <http://www.bis.org/review/r161219g.pdf> (дата обращения: 23.09.2017).

<sup>3</sup> Payment System in Indonesia. URL: <http://www.bi.go.id/en/sistem-pembayaran/di-indonesia/perlindungan/Contents/Default.aspx> (дата обращения: 10.09.17).

имеют последствия не только для потребителей, но и для поставщиков финансовых услуг. Потребители требуют четкой и точной информации о преимуществах и рисках платежных систем, чтобы максимально снизить риски, которым они подвергаются. Чтобы удовлетворить эти потребности потребителей финансовых услуг, Банк Индонезии 1 августа 2013 г. сформировал **специальное Подразделение, защищающее права потребителей в сфере платежных систем (Division of Consumer Protection Payment System)**.

Остановимся кратко на характеристике Банка Индонезии. Указанный банк стал независимым государственным учреждением, а также центральным банком страны 17 мая 1999 г. согласно нормам Закона о Центральном банке (UU № 23/1999). В 2004 г. в указанный закон были внесены изменения, закрепившие статус Банка Индонезии как независимого государственного учреждения, свободного от вмешательства со стороны правительства или любых других третьих лиц. Будучи независимым государственным учреждением, Банк Индонезии полностью автономен в формулировании и осуществлении своих полномочий. Третьим лицам строго запрещено вмешиваться в выполнение Банком Индонезии своих задач, и Банк обязан пресекать или игнорировать любые попытки вмешательства в свою деятельность. Такой уникальный статус и положение Банка необходимы для того, чтобы Банк мог эффективно и эффективно выполнять свою роль и функционировать как регулятор денежно-кредитной политики. Будучи государственным юридическим лицом, Банк Индонезии вправе издавать регламенты и постановления, которые являются обязательными для широкой общественности<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>Bank Indonesia. URL: <http://www.bi.go.id/en/tentang-bi/fungsi-bi/status/Contents/Default.aspx> (дата обращения: 20.09.2017).

### **Правовое регулирование деятельности центров по альтернативному разрешению финансовых споров в Индонезии**

Продажа и продвижение финансовых продуктов и услуг регулируется в соответствии с Регламентом № 1/ПОЖК07/2013 (Regulation No. 1/ПОЖК 07/2013) и контролируется Управлением по финансовым услугам Индонезии (Financial Services Authority – ОЖК)<sup>5</sup>. В Регламенте 2013 г. излагаются параметры и ограничения, которые применяются к продаже и продвижению финансовых продуктов и услуг, а также к неконтрактным обязанностям финансовых учреждений перед их клиентами и ОЖК<sup>6</sup>. 16 января 2014 г. Управление по финансовым услугам Индонезии (ОЖК) опубликовало Регламент № 1/ПОЖК/2014, определяющий порядок создания центров альтернативного разрешения споров в финансовом секторе («Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa» или «LAPS»). Согласно положениям указанного Регламента «LAPS» может быть создано финансовым учреждением путем соглашения с Ассоциацией в соответствующем секторе финансовых услуг. **Платежная система «Защита потребителей» Банка Индонезии** (Payment System «Services Consumers Protection») – является одним из таких центров «LAPS».

Кроме того, в 2016 г. Верховный суд Индонезии издал «Постановление о медиации» («2016 Regulation») с целью улучшения порядка альтернативного урегулирования споров с помощью медиации.<sup>7</sup> Постановление 2016 г. включает в

---

<sup>5</sup> Regulation No. 1/ПОЖК 07/2013. URL: <http://www.ojk.go.id/en/kanal/edukasi-dan-perlindungan-konsumen> (дата обращения: 22.09.2017).

<sup>6</sup> Financial Services Authority. URL: <http://www.ojk.go.id/en/default.aspx> (дата обращения: 19.09.17).

<sup>7</sup> Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016. Tentang PROSEDUR MEDIASI DI PENGADILAN (на индонезийском языке). URL: <http://www.hukumonline.com/pusatdata/detail/lt56bc52908fc5d/node/534/peraturan-mahkamah-agung-nomor-1-tahun-2016> (дата обращения: 18.09.2017).

себя три основных положения, а именно: 1) сокращение сроков медиации с 40 до 30 рабочих дней, 2) обязанность сторон лично присутствовать на каждом этапе медиации (включая использование аудиовизуальных связей – audio-visual links), а также 3) закрепление обязательного принципа «добросовестности спорящих сторон» (good faith of any disputing parties). Постановление о медиации Верховного суда Индонезии («2016 Regulation») распространяется также на деятельность альтернативных институтов разрешения споров в финансовом секторе («LAPS»), но, по мнению индонезийских обозревателей, оно еще не получило широкого распространения в стране<sup>8</sup>.

**Подразделение Банка Индонезии, защищающее права потребителей в сфере платежных систем  
(Division of Consumer Protection Payment System)**

Как указано на сайте Центрального Банка Индонезии, защита прав потребителей финансовых услуг – это попытка обеспечить юридическую уверенность потребителей в обеспечении защиты их прав при использовании платежных систем. Подразделение Банка Индонезии, защищающее права потребителей в сфере платежных систем, было создано для выполнения трех основных функций:

1. Образование потребителей: обеспечение четкого понимание услуг платежных систем; данная функция активно осуществляется Банком Индонезии через средства массовой информации, а также через публичные лекции для самой широкой аудитории: ученых, студентов, учащихся школ и пр.

---

<sup>8</sup> Adiyasa Narendra. ADR in Asia Pacific: Spotlight on Indonesia // Herbert Smith Freehills. 23 February 2017 / Indonesia. URL: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/adr-in-asia-pacific-spotlight-on-indonesia> (дата обращения: 20.09.2017).

2. Консультации: консультации предоставляются потребителям, столкнувшимся с проблемами при использовании услуг платежных систем; консультации предоставляются по телефону, электронной почте, письменно или в личном порядке в офисах Банка Индонезии.

3. Фасилитация (услуги по упрощению переговоров между сторонами спора – Facilitation); услуги предоставляются для разрешения споров между потребителями и поставщиками услуг платежных систем. Упрощение осуществляется путем приглашения, созыва слушания и поощрения вовлеченных сторон для решения проблемы<sup>9</sup>.

Подразделение Банка Индонезии, защищающее права потребителей в сфере платежных систем, вправе регулировать следующие виды споров:

1) выдача и перевод денежных средств, а также изъятие денежных средств (Issuance of fund transfer instruments and/or withdrawal of funds);

2) перевод средств (Funds transfer);

3) платежи по банковским картам (банкомат/банковская дебетовая карта и кредитная карта) (Card Based Payment Instrument (ATM/Debit Card & Credit Card);

4) электронные деньги (Electronic money);

5) выдача и/или внесение банкнот (рупий) (Rupiah Providing and/or depositing Rupiah banknotes);

6) другие услуги платежной системы, определенные в правилах Банка Индонезии (Other payment system services determined in BI regulations).

Принципы защиты прав потребителей, используемые в деятельности Подразделения Банка Индонезии, защищающего права потребителей в сфере платежных систем:

1) справедливость и надежность (Fairness and reliability);

2) прозрачность (Transparency);

---

<sup>9</sup> Payment System in Indonesia. Op.cit.

3) защита данных потребителя и защита информации (Consumers' data and/or information protection);

4) эффективное рассмотрение и разрешение жалоб (Effective complaints handling and resolution).

Механизм предоставления услуги по проведению упрощенных переговоров между потребителем и поставщиком финансовой услуги заключается в следующих этапах. На первом этапе потребитель обращается в Подразделение Банка Индонезии лично, либо по телефону, либо письменно. Второй этап заключается в том, что представитель Подразделения Банка Индонезии разъясняет потребителю его права, дает необходимые консультации и присутствует при переговорах с поставщиком финансовой услуги, стараясь их упростить и облегчить. На третьем этапе стороны спора при участии фасилитатора вырабатывают соглашение о его урегулировании.

Принципы деятельности Подразделения Банка Индонезии, защищающего права потребителей в сфере платежных систем (Division of Consumer Protection Payment System) были разработаны с учетом следующих международных документов:

- Рекомендации ОЭСР (Организации экономического сотрудничества и развития) о передовой практике в области финансового кредитного образования, 2009 г. (OECD Recommendation on Good Practices on Financial Education and Awareness Relating to Credit, 2009);

- Принципы защиты прав потребителей финансовых услуг, одобренные министрами «Большой двадцатки», 2011 г. (High-level Principles on Financial Consumer Protection endorsed by the G20 Ministers, 2011);

- Всемирный банк, Передовая практика защиты прав потребителей, 2012 г. (World Bank, Good Practices for Financial Consumer Protection, 2012)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Benöhr Iris. Financial Consumer Protection in the Banking Sector. UNCTAD Research Partnership Platform, 6 th Meeting Geneva, 10 July 2015.



Можно заключить, что деятельность Подразделения Банка Индонезии, защищающего права потребителей в сфере платежных систем, отвечает современным мировым стандартам в этой сфере деятельности.

### **Регулирование Банком Индонезии новых финансовых технологий (fintech) в финансовой сфере**

Для обеспечения поддержания быстрого роста транзакций, осуществляемых с помощью новых финансовых технологий (fintech), а также с целью обеспечения безопасного и эффективного осуществления электронных платежей в сфере электронной торговли Индонезии, Банк Индонезии (BI) выпустил Регламент № 18/40/PBI/2016 (Regulation no. 18/40/PBI/2016), в котором изложены руководящие принципы для организации платежных систем с участием «fintech». В настоящее время Банк Индонезии признает девять типов операторов платежных услуг: принципалов (principals), эмитентов (issuers), эквайеров (приобретателей – acquirers), клиринговых операторов (clearing operators), операторов окончательного расчета (final settlement operators), свифтс операторов (switching operators), операторов электронной коммерции (payment gateway operators), операторов перевода денежных средств (fund transfer operators) и операторов электронного кошелька (e-wallet operators).

В ноябре 2016 г. Банк Индонезии запустил «Офис Fintech» (Bank Indonesia Fintech Office), чтобы помочь разработчикам финансовых технологий создавать и контролировать модели, продукты и услуги «Fintech», предлагаемые отрасли, для обеспечения инноваций и защиты прав потребителей. Этот консультативный центр для финтех-компаний имеет четыре основные цели: 1) содействие инновациям в сфере «Fintech» посредством обмена идеями и информацией; 2) подготовка Индонезии к внедрению «Fintech», особенно к

---

URL: [http://unctad.org/meetings/es/Presentation/CCPB\\_RPP2015\\_PRES\\_Benohr\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/es/Presentation/CCPB_RPP2015_PRES_Benohr_en.pdf) (дата обращения: 22.09.2017).

проникновению «Fintech» в экономику, посредством осуществления регулярных встреч между индонезийскими властями и международными учреждениями; 3) улучшение конкурентоспособности финансовой отрасли страны; 4) сбор информации, составление отчетов и разработка политики развития «Fintech», в том числе оценка рисков и бизнес-моделей, и внедрение стандартной «песочницы» (regulatory sandbox), а также предоставление услуг, помогающие игрокам-«Fintech» понять правила игры<sup>11</sup>.

**Выводы.** Можно с полной уверенностью констатировать, что Банк Индонезии создал современный альтернативный центр по разрешению финансовых споров – Подразделение, защищающее права потребителей в сфере платежных систем (Division of Consumer Protection Payment System). Деятельность указанного подразделения, построена на принципах справедливости, надежности, прозрачности, защиты данных потребителя и защиты информации, эффективного рассмотрения и разрешения жалоб, целиком и полностью соответствующих современным воззрениям международного сообщества на защиту прав потребителей в сфере финансовых услуг. Банк Индонезии отвечает на вызовы современного инновационного развития общества путем внедрения в свою деятельность новых финансовых технологий (fintech), создания «Офиса Fintech» (Bank Indonesia Fintech Office), играющего роль так называемой «песочницы» (sandbox) для создания и опробации моделей, продуктов и услуг «Fintech».

---

<sup>11</sup>Indonesia Law Year in Review 2016 and Year to Come 2017. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=eca89428-6ec1-497d-b9ac-f77d5d911370> (дата обращения: 12.09.2017).

## **ПРАВО НА СТРАЖЕ СЕМЬИ, ЗАЩИТЕ МАТЕРИ И РЕБЁНКА**

**Кузнецов Михаил Николаевич**

доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права  
и процесса и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов,  
почетный работник высшего профессионального образования  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Обращение к означенной проблеме как таковой не является чем-то новым. Само возникновение права на заре развития человеческой цивилизации было связано, прежде всего, с выработкой обычаев не столько в сфере торговли и ремёсел, сколько в сфере тех отношений, которые развились и заполнили собой прежде всего самые жизненно важные сферы человеческого бытия, а именно в сфере семейных отношений, создания семьи, её сохранения и защиты.

С тех пор право всегда стояло на страже семьи, защите матери и ребёнка, а в новейшее время в этих целях в подавляющем большинстве стран были разработаны и вплетены в правовую систему семейные кодексы.

В самом деле, цивилизации представлены народами, культурами и моно или многонациональными государствами. Эти последние имеют в своей основе семью как самую крепкую и надёжную опору своего бытия, на много превосходящую по своему значению существующий и склонный к изменчивости политический строй, набор меняющихся правящих политических партий или степень научно-технического или экономического развития.

Семья – это основа государства и главная ячейка общества. Так записано в Конституциях более сотни стран Европы, Азии, Африки, Северной и Южной Америки.

В истории цивилизаций случалось разное: они и гибли, и возрождались, и появлялись новые, но всегда в их основе оставался крепкий как скала институт семьи. Именно он спасал человечество от гибели и ухода в небытие и являлся тем «удерживающим», который по слову апостола Павла в его первом послании к фессалоникийцам: *покуда не будет взят от среды не позволит восторжествовать «царству беззакония»*.

Во всех мировых религиях семья рассматривается как малая церковь, как ковчег спасения в бурях и штормах материального мира. Она утверждается светским браком, благословляется Богом и освещается Церковью независимо от того, каких убеждений и верований придерживаются вступающие в него мужчина и женщина.

Христианство утверждает брак как дело Божие и потому священное и нерасторжимое: *«что Бог сочетал, того человек да не разлучает»* (Мф. 19, 6). Полезно вспомнить слова Святителя Григория Богослова, восхвалявшего брак следующим образом: *«Связанные узами супружества заменяют друг другу и ноги, и руки, и слух. Супружество и малосильного делает вдвое сильным, доставляет великую радость. Общие заботы облегчают скорби. Общие радости для них восхитительнее. Для единокордных супругов богатство приятнее, а скудость переносится легче. У них одно питание из домашнего источника, из которого не вкушают посторонние. Составляя одну плоть, они имеют и одну душу. Супружество не удаляет от Бога, но, наоборот, более привязывает к Нему»*.

Вот почему противоестественными, откровенно противоречащими христианству и богохульными выглядят взгляды на брачную жизнь как на грех, скверну или что-то не соответствующее человеческому достоинству.

Чтобы не допустить разрушения института семьи целые соборы, например, Гангрский собор (340 г.) предавали анафеме порочащих брак. Обратим внимание как замечательно

совершается бракосочетание не только в Православии, но и во всех других религиях, ничего не знающих о христианстве! Оно всегда и всюду было событие праздника и торжества!

Но, утверждая брак и освящая его, Церковь решительно противостоит насильно внедряемой в настоящее время на Западе идее рассматривать естественный от мира брак между мужчиной и женщиной *лишь как одну из его форм*. Церковь не может принять ни диких теорий, оправдывающих «свободные» связи, ни так называемые *однополое браки*, ибо и в том, и в другом случае *брак опошляется и упраздняется*. Но главный сакральный смысл так называемой «однополой любви» состоит в том, что наносится удар по Божию замыслу о творении человека, что неизбежно приведёт, в свою очередь, к пресечению самого бытия человеческого рода на Земле. Кроме того этими идеями, по существу, вновь и вновь делается попытка убедить человека в *его обезьяньем происхождении*, убедить, что он животное с компьютером в голове: *«Ты обезьяна, даже хуже – предок обезьяны! И потому все скотское – это твое, а все, что выше – это фантазии и идеализм»*.

Действительно, если нет Бога, нет вечности, нет души, что же остаётся от человека?! Что означает тогда брак, семья? Современные западные теории так называемых «новых» моделей семьи откровенно отвечают на этот вопрос: *нет брака и семьи, а есть или контракт на совместную жизнь или сожительство разно- или однополых существ, называемых «человеком»*.

С огромной настойчивостью и поразительной целеустремлённостью в масштабах всего так называемого цивилизованного мира проводится все та же установка – убедить человека, что он лишь сумма инстинктов и должен вести образ жизни, соответствующий этому.

Православная Церковь рассматривает любые внебрачные и неестественные связи как зло, как грех, как беду для человека и общества в целом. Такое же отношение к этому

гибельному явлению видим и в других религиях: у всех народов, сохранивших свою веру. Ещё до Рождества Христова в Библии находим повеление побивать камнями согрешивших женщин; в мусульманстве и у многих народов других вер эта страшная кара сохраняется до сих пор.

Но почему все народы так заботились *о нравственной стороне бытия*? Не все ли равно как жить? Дело в том, что они не только интуитивно чувствовали, но и хорошо видели, что иначе разрушается *самое ценное и в то же время наиболее уязвимое в природе человека – его целостность (целомудрие)*, красота души человеческой, *целостность семьи* и, таким образом, *подрываются устои всей общественной жизни*. Потому к женщине особенно применялись такие суровые меры, что она *по самой своей природе является хранительницей, а не разрушительницей нравственности, устойчивости общенародной морали*.

Чтобы разрушить это Богом данное установление сатанинские силы в особенности через телевидение и порноиздания всюду раздевают женщин, издеваясь над ними и над всем святым, что есть в человеке. В результате в обществе подавляется стыд, честь, добро и достоинство, целенаправленно разрушается идеал семьи, её ценности, уничтожается то естественное, что животворит человека, радуется, даёт ему счастье и любовь.

Наблюдаемая как на Западе, так и на Востоке ломка традиционных семейных ценностей, институтов и установок – этого безусловного Богом установленного общественного блага, сегодня вполне сравнима с самым настоящим преступлением против человечества, которое меняет смысл бытия и делает невозможным и бессмысленным диалог стран и народов.

При этом используется технология подмены значения сакральных, смысловых и юридических понятий, самой семьи, отца, матери, ребёнка, брака и т.д., так называемого «Окна овертона», позволяющая *подвергать обструкции и*

*разрушению нравственные устои общества через прохожде-  
ние пути: перевод «недопустимого» в разряд «допустимого  
всего лишь для обсуждения» – перевод «допустимого всего  
лишь для обсуждения» в разряд «широко обсуждаемого» –  
перевод «широко обсуждаемого» в разряд «предположи-  
тельно иногда допускаемого» – перевод «предположительно  
иногда допускаемого» в разряд «вполне допустимого и воз-  
можного» – перевод «вполне допустимого и возможного» в  
разряд защищаемой государством нормы права, т.е. правила  
поведения.*

В этот же ряд следует поставить с маниакальным упор-  
ством продавливаемый в ряде государств проект замены в  
официальных документах указаний «отец» и «мать» на  
«родитель 1» и «родитель 2», мотивируя это тем, что иначе  
несколько извращенцев «обидятся». Ничего, что в ином слу-  
чае будут грубо оскорблены и унижены миллиарды жен-  
щин – матерей и мужчин – отцов!

Например, в Швейцарии введен обязательный к упо-  
треблению в государственных учреждениях язык, согласно  
правилам которого применение понятий «отец» и «мать»  
попадает под категорию – дискриминация. Так как основной  
целью современной гендерной политики является исчезнове-  
ние полов, то персоны, ранее известные нам как «отец» и  
«мать», будут теперь называться вполне нейтрально: ро-  
дитель.

Эти правила являются обязательными для официаль-  
ных публикаций. Политически ответственные лица в Берне,  
кроме того, четко придерживаются заключения № 12 267  
Комитета по равноправию мужчин и женщин европейского  
Совета, призванного также официально бороться с запре-  
щёнными понятиями «мать» и «отец» на национальных  
уровнях.

Недавно стало известно, что Европейский Совет наме-  
ревается в будущем заняться «переквалификацией» предста-  
вителей СМИ в рамках Европы, чтобы в дальнейшем им не

пришла бы в голову мысль приписать роль матери только женщине, так как это является дискриминацией. Уже готовы общеевропейские директивы по рекламе в средствах массовой информации: ни в коем случае нельзя показывать женщин у плиты или у стиральной машины. И это при том, что уже давно – спасибо «гендерной политике» – домохозяйка просто не существует, так как это понятие было упразднено и заменено на более благозвучное: «ведущий домашнее хозяйство».

Но и это ещё не все. Одна из мелькающих на телеэкране гламурных фигур в немецкой политике *Габриэле Паули* предложила ввести закон, согласно которому *любой заключённый брак считался бы официальным не более семи лет*. А между тем количество ежегодно заключаемых браков в Евросоюзе продолжает снижаться. В период с 1980 по 2000 г. количество *рожденные вне брака детей* в Норвегии выросло с 14,4 до 50% от общего количества новорожденных. В Великобритании этот показатель за тот же период подскочил с 11,5 до 39,5%».

В Нидерландах проституция была легализована в 2000 г. и теперь с правовой точки зрения является такой же профессией, как и все другие. Уличные женщины платят налоги и могут быть членами профсоюза, защищающего их права.

Вслед за этим в апреле 2008 г. Совет Европы (ПАСЕ) подтвердил *«право женщины в полной мере распоряжаться своим телом»* и заявил о необходимости создания законодательных механизмов, санитарных, медицинских и психологических условий для эффективной реализации прав женщин на *«безопасный аборт»*. Документом предусмотрено *введение обязательного сексуального воспитания в школах и других учебных заведениях, «чтобы избежать нежелательных беременностей»*. Также предлагается увеличить бюджетные ассигнования на производство и рекламу противозачаточных



средств. Это ли не сигналы того, что институт брака и семьи в Европе стоит на пороге тотального кризиса.

Особую опасность для семейных ценностей представляет разнузданная, массовая и агрессивная пропаганда педерастии, буквальное включение её в основы построения государственности, общественной нравственности, института брака и семьи.

Опасно и то, что сегодня в ряде стран аргументы в поддержку идеологии гомосексуальности уже пытаются облечь в одежду юриспруденции. Так, например, в июне 2007 г. Верховный суд Израиля разрешил проведение гей-парадов в Иерусалиме.

Мною и ещё 5 докторами наук в 2008 г. было подготовлено юридическое заключение о противоправности и преступности проведения в России публичных педерастических шествий, именуемых на протолерандовленном новоязе «гей-парадами». Мы детально, с использованием исключительно правовых аргументов, опираясь и на позицию Европейского суда по правам человека, обосновали наш однозначный вывод о недопустимости такого рода публичных мероприятий в России, о губительных последствиях манифестации этой идеи не только для морали и нравственности, но и для всего богоданного института.

То же касается и вопроса о так называемых «однополых браках». В обоснование этого направления разрушения человечества приводится все, что угодно, только не убедительные юридические доводы, преимущественно – идеологические обороты, используются манипулятивные приемы<sup>1</sup>.

Между тем, в отрыве от обоснованного физиологией и духовным назначением человечества (2 пола для продолже-

---

<sup>1</sup> См., например, оголтелую пропаганду педерастии, однополых «союзов» и (что совсем уже ни в какие ворота не лезет!) попытку обелить педофила в статье: Дмитриев Ю.А. Секс и прав // Образование и право (недавно созданный журнал, – М.К.). 2010. № 7. С. 106–111.

ния рода и реализации других предначертанных Богом целей), а также в отрыве от традиционных культурных ценностей, лежащих в основе института семьи ( мужчина + женщины + их дети), нет более никаких сдержек для любого расширенного понимания «семьи».

Если можно под «*семьей*» понимать «*союз*» из 2 педерастов или из 2 лесбиянок, то почему нельзя (каковы принципиальные юридические или иные препятствия) понимать, признавать или регистрировать «*союз*» из 2 педерастов и 1 лесбиянки? Или «*союз*» из 2 лесбиянок и одной собаки? Что, скажите, мешает дальнейшему видоизменению понимания и толкования смысла и содержания семьи? Ни-че-го! Если мы не обращаем внимания на физиологическую основу семьи и игнорируем традиционное религиозное понимание содержания и целей института семьи, то нас ничего больше не может сдержать в нашем полёте мыслей относительно расширения толкования понятия семьи! Понятно, что я утрирую (что, впрочем, не факт, ибо нам не известно, что будет завтра, учитывая такие-то вот тенденции!), но очевидно, что сценарий разрушения Содома и Гоморры – это вовсе не абстракция для будущего человечества, если традиционный институт семьи будет разрушен.

Ярким примером целенаправленной разрушительной подмены правовых понятий явилось недавнее заявление МИД Великобритании в ООН с требованием отказаться от термина «*беременная женщина*» и заменить его на «*беременный человек*» ради, процитирую: «*соблюдения прав трансгендеров*». Как пишет газета The Times, изменения должны быть внесены в подписанный Великобританией в 1976 году *Международный пакт о гражданских и политиче-*

*ских правах*, разработанный и принятый в рамках ООН в 1967 г.<sup>2</sup>

Это означает, что в угоду нескольким извращенцам и нравственным девиантам были жесточайше оскорблены и унижены несколько миллиардов женщин планеты Земля!

Только в восприятии неадекватных людей права женщины – это правопритязания таскать наравне с мужчинами тяжелые грузы, работать в опасных условиях, выполнять не свойственные женскому организму функции, наконец, право быть уважаемой в обществе извращенкой.

В действительном правовом понимании и толковании *права женщины* – это, прежде всего, *право стать и быть матерью, право на медицинскую помощь* в целях извлечения бесплодия и факторов, ведущих к нему, *право на уважение государством* и обществом уникальной общественной и человеческой ценности и высокого статуса матери и соответствующее охранение этой великой ценности – материнства, *право девочки быть воспитанной и возвращенной как девочка* и, далее, *девушка*, подготовленной и взлелеянной *стать и быть матерью*.

К чему ведёт эта подмена понятий о смысле и назначении женщины, эти «окна овертона»? Ведёт не только к абстрактному, как кому-то могло бы показаться, размыванию фундаментальных общественных ценностей. Правовые последствия много больше и страшнее. Это ведёт к инструментализации и коммерциализации женщины и её детородной способности (отсюда т.н. «суррогатное материнство», именуемое во Франции «лизингом матки» и запрещенное там законодательно)<sup>3</sup>, инструментализации и коммерциализации

---

<sup>2</sup> Британия попросила ООН отказаться от термина «беременная женщина» ради соблюдения прав трансгендеров. URL: <http://www.rosbalt.ru/world/2017/10/23/1655074/html>. (дата обращения: 23.10.2017).

<sup>3</sup> См.: Понкин И.В., Понкина А.А. Достоинство и права ребёнка на пренатальной стадии развития: Конституционно-правовой, медико-правовой и

детей (отсюда бесчеловечные и противозаконные манипуляции с человеческой генетикой в целях производства так называемых «дизайнерских, генетически-выкроенных детей»<sup>4</sup>, отсюда требования «усыновления» детей гомосексуальными двойками, губо посягающие на права ребёнка<sup>5</sup>.

В книге известного идеолога либертариизма Мюррея Н. Ротбарда *«Для новой свободы: Либертарианский манифест»*, *нежеланные дети* (на пренатальной стадии развития) человеконенавистнически именуются *«непрошенным, нежелательным паразитом в теле другого человеческого существа»*, то есть матери, а также *«паразитом внутри и на теле человека»*.

Признание ребёнка, пребывающего в утробе матери, *«куском мяса»*, *«всею лишь частью организма женщины»*, или в совсем уже экстремистском варианте (подобно Ротбарту) – *«непрошенным, нежелательным паразитом в теле другого человеческого существа»* либо *«паразитом внутри и на теле человека»* принудительно литотизирует значение и ценность жизни такого ребёнка. Это оправдывает в самую первую очередь аморальный коммерческий интерес к останкам, так называемым фетальным тканям, органам и частям тела, погибших в результате абортов детей и бизнес на этом.

Это огромный и крайне агрессивный бизнес, именно он выступает сегодня главным лоббистом сохранения явно ненормальной ситуации с абортами в России, поскольку кормится с этого. Здесь и лишь недавно утратившие патентно-

---

биоэтический анализ / Институт государственно-конфессиональных отношений и права. М.: Буки Веди, 2017. С. 102–115.

<sup>4</sup> См.: Кузнецов М.Н., Понкин И.В., Михалева Н.А. Правовые основы защиты общества от агрессивного давления субверсионной идеологии аморализма / Институт государственно-конфессиональных отношений и права. М.: Буки Веди, 2016. 232 с.

<sup>5</sup> См.: Понкин И.В., Понкина А.А. Производство «дизайнерских эмбрионов»: правовой и биоэтический аспекты // Акушерство, гинекология и репродукция. 2017. Т. 11. № 3. С. 37–45.

правовую охрану безумные «изобретения лекарств» из *перемолотых частей тела ребёнка*.

Напомним, что академиком РАМН Г.Т. Сухих в полученном им патенте № 2160112 от 10.12.2000 г. на «*не имеющие аналогов способы приготовления клеточного трансплантата из фетальных тканей*» патентная формула изложена следующим образом: «*Для приготовления трансплантата необходимы абортивные плоды 17–21 недели внутриутробного развития весом 150–450г.. В работу принимаются плоды без генетических аномалий и без нарушений кожных покровов... Плод тщательно обрабатывают раствором детергента и отмывают дистиллированной водой... Затем забирают следующие органы: тимус, сердце, лёгкие, печень, селезёнку, брыжейку, спинной мозг, щитовидную железу, глаза. Кроме того, ...снимается кожа с живота и спины... Органы измельчаются...*»

С детьми такая подмена имеет место уже сотню лет, новый виток направлен на *выхолащивание понятия матери*, лишения её того высокого значения, которым она по праву обладает. Но направлено по большей части это вновь на *отрицание прав и достоинства ребёнка на пренатальной стадии развития*, который нуждается в МАТЕРИ (большими буквами).

Случай с патентом № 2160112 от 10.12.2000 г. обнажает правду, скрывающуюся за игнорированием правовой охраны детей на пренатальной стадии развития, их достоинства и права на жизнь. Фашистский палач и изувер, проводивший опыты над людьми так называемый «доктор» Менгеле при таком развитии событий просто «отдыхает».

В целях практической реализации вышеозначенных проблем и формирования нашей чёткой правовой и нравственной позиции по защите семейных ценностей уже на пренатальной стадии развития ребёнка следует предложить обществу для обсуждения и принятия к руководству в борьбе

с новым вызовом и угрозами разрушения семьи декларацию следующего содержания.

### **Декларация о борьбе с вызовами и угрозами разрушения семьи, защите матери и ребёнка**

В связи с нарастающей угрозой разрушения традиционных ценностей брака, семьи, морали и нравственности, сохранения жизни ребёнка на пренатальной стадии развития, воспитания детей и школьных подростков, наблюдаемых перегибах в понимании смысла и значения идеи защиты прав человека и основных свобод, исполненные решимости защитить традиционную семью и семейные ценности, выработанные и накопленные предшествующими поколениями, предлагаем всем общественным организациям и государственным органам, имеющим отношение к вопросам семьи и воспитания детей, руководствоваться в своей работе следующей декларацией:

1. Традиционная семья как добровольный союз мужчины и женщины, создаваемый для продолжения рода и совместного преодоления житейских трудностей, у всех народов, стран и цивилизаций является основой государства и главной ячейкой общества.

2. Семья всегда являлась главным *«удерживающим»* от падения человечества в бездну небытия при любых формах правления, политических режимах, природных, социальных, военных и техногенных катастрофах и катаклизмах.

3. Семья каждому обетована Богом, соединена любовью, освящена Церковью и светской властью. Супружество делает малосильного сильным, облегчает скорби, делает восхитительнее и приятнее как личные, так и общие радости. Супружество не удаляет от Бога, но, наоборот, более привязывает к Нему.

4. Любые попытки осквернить святость семейных уз являются преступлением против человечества и в этой связи должны пресекаться всей силой государственной власти.

5. Мы единодушно выступаем против насильственно внедряемой в ряде стран идее рассматривать естественный от начала мира брак между мужчиной и женщиной лишь как одну из его форм. Мы не принимаем ни дикие теории, оправдывающие «свободные связи», ни так называемые «однополые браки», ибо и в том и другом случае подлинный брак опошляется и упраздняется.

6. Мы утверждаем, что сакральный смысл так называемой «однополый любви» состоит в том, что наносится удар по Божиему замыслу о творении человека, что неизбежно приведёт, в свою очередь, к пресечению самого бытия человеческого рода на Земле.

7. Современные Западные теории так называемых «новых моделей семьи» аморальны и преступны. Они утверждают, что нет брака и семьи, а есть контракт на совместную жизнь или сожитительство разно- или однополых существ, называемых человеком. Они преследуют цель убедить человека в том, что он лишь сумма инстинктов и должен вести образ жизни, соответствующий этому.

8. Мы считаем недопустимым и противоестественным, а значит идущим вразрез с основными правами человека тенденцию к исключению из обихода понятий «мать» и «отец» и замене их на якобы нейтральное название «родитель 1» и «родитель 2». Такая государственная гендерная политика противоречит естественным правам человека и не может быть признана цивилизованной.

9. Особую опасность для семейных ценностей как общественного блага представляет собой дискриминация детей на пренатальной стадии развития. Опасно и то, что в ряде стран аргументы в поддержку идеологии гомосексуальности уже пытаются облечь в одежды юриспруденции и тем самым включить её в основу построения государственности, общественной нравственности, института брака и семьи.

10. Мы обращаемся с призывом ко всем людям доброй воли, правительствам, общественным объединениям и пар-

тиям, а также к ООН и другим международным организациям самым решительным образом встать на защиту семьи, оградить детей, включая тех, кто находится на пренатальной стадии развития, от омерзительных посягательств на их жизнь и человеческое достоинство, а также всей силой и мощью государственной власти не допустить разрушения традиционных семейных ценностей. Сегодня мы – большая общественная сила. Завтра наша борьба за семью и будущее наших детей станет существенно сложнее или вообще не возможной.



## РЕАЛИЗАЦИЯ И ЗАЩИТА ПРАВ РАБОТНИКОВ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА ПРИ БАНКРОТСТВЕ В РОССИИ И ТУРЦИИ.

**Одинцов С.В.**

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права  
и процесса и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
osvmoscow@ya.ru

**Якупоглу Д.**

Магистрант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
yakupoglu@bk.ru

Банкротством признается неспособность должника удовлетворить требования кредиторов<sup>1</sup>. Однако это не означает, что юридическое лицо, признанное банкротом, освобождается от всех обязательств. Институт несостоятельности (банкротства) в современном законодательстве практически всех государств является эффективным инструментом функционирования рыночной экономики. Порядок и сроки удовлетворения требований при банкротстве юридических лиц является неоднозначной проблемой, стоящей перед судом и арбитражным управляющим, в том числе в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Данная статья посвящена раскрытию особенностей удовлетворению прав и интересов работников в банкротных процедурах, применяемых в России и в Турции.

**Ключевые слова:** законодательство о несостоятельности (банкротстве), защита прав работников, правовая защита прав работников, удовлетворение требований кредиторов.

---

<sup>1</sup> Безбах В.В., Белова Д.А., Богачева Т.В. Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3. М.: Проспект, 2014. С. 385.

## **REALIZATION AND PROTECTION OF THE EMPLOYEES' RIGHTS OF A LEGAL ENTITY IN BANKRUPTCY IN RUSSIA AND TURKEY**

Bankruptcy is the debtor's inability to satisfy the demands of creditors. However, this does not mean that the entity recognized as a bankrupt is released from all obligations. The Institute of insolvency (bankruptcy) in current legislation of almost all States is an effective tool for the functioning of a market economy. The order and terms of satisfaction of claims in case of bankruptcy of legal entities is a controversial problem facing the court and the liquidator, including, depending on the specific circumstances of the case. This article describes the features to the satisfaction of the rights and interests of workers in bankruptcy procedures in Russia and in Turkey

*Keywords:* insolvency (bankruptcy) law; legal protection of the employees' rights, satisfaction of creditors' requirements.

На настоящий момент реализация и защита прав работников при банкротстве юридических лиц занимает важное место в законодательстве большинства развитых государств. Речь идёт, прежде всего, о задолженности несостоятельного работодателя по отношению к работнику за осуществление последним своих трудовых функций.

Проблема реализации и защиты прав работников при несостоятельности работодателя является серьёзной проблемой для многих современных государств. Важно отметить, что урегулированию данного вопроса посвящены как нормативно-правовые акты национального уровня, так и международно-правовые акты<sup>2</sup>. Причём в национальном законодательстве вопрос обеспечения прав работников рассматривается как в рамках трудового права, так в рамках законов о банкротстве.

С 2015 года в делах о банкротстве юридических лиц-должников расширены права, как действующих работников,

---

<sup>2</sup> Игнатенко А.С. Защита прав работников на оплату труда при несостоятельности работодателя // Актуальные вопросы российского права. Государство и право. Юридические науки. 2014. С. 1390.

так и бывших работников должника. Так согласно ст. 7 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 № 127-ФЗ с 2015 года правом на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом обладает работник, бывший работник должника, имеющие требования о выплате выходных пособий и (или) об оплате труда (с даты вступления в законную силу решения суда о взыскании с должника денежных средств).

Представитель работников должника вправе участвовать (без права голоса) в собрании кредиторов, а также выступать лицом в деле об оспаривании решения собрания кредиторов<sup>3</sup>.

В соответствии с п. 2 ст. 134 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» Российской Федерации требования об оплате труда лиц, работающих или работавших до момента принятия решения о банкротстве юридического лица по трудовому договору, требования о выплате выходных пособий являются требованиями второй очереди<sup>4</sup>.

Требованиями первой очереди являются требования, связанные с рассмотрением в суде дела о банкротстве и выплате денежных средств арбитражному управляющему, а также всех текущих платежей, связанных с деятельностью лиц, участвующих в деле о несостоятельности (банкротстве).

Требования третьей очереди включают в себя требования об оплате деятельности лиц, которые были привлечены арбитражными управляющими в целях обеспечения исполнения обязанностей последнего в данном деле.

В силу ст. 395 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ) устанавливается, что все денежные тре-

---

<sup>3</sup> Илстинова М.Х., Одинцов С.В. Особенности оспаривания решений собрания кредиторов // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2017. № 9 (192).

<sup>4</sup> ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 № 127-ФЗ. URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_39331/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39331/) (дата обращения: 10.10.2017).

бования работников в случае их обоснованности и признания компетентными органами должны быть выплачены в полном объеме<sup>5</sup>. Исполнение работником своих трудовых обязанностей в соответствии с должностной инструкцией и трудовым договором уже являются основанием обоснованности требований работников о выплате за осуществление ими трудовой деятельности.

Несколько иначе обстоит дело с регулированием и защитой прав работников при банкротстве работодателя в Турции. Правовое регулирование отношений, связанных с обеспечением прав работников в случае банкротства работодателя осуществляется как в рамках норм трудового законодательства, так и в нормах о банкротстве.

В соответствии со статьей 206 Кодекса о банкротстве и принудительных взысканиях Турецкой Республики № 2004 от 9 июня 1932 г.<sup>6</sup> требования, предъявляемые к должнику, следует разделить на 4 очереди:

- 1) Задолженность юридического лица, вытекающая из трудовых отношений с работниками;
- 2) Дебиторская задолженность юридического лица перед всеми кредиторами, сделки с которыми осуществлялись органами управления юридического лица;
- 3) Задолженность, имеющая статус привилегированной в соответствии с актами юридического лица или договорами, заключенными должником-юридическим лицом (как правило, отражаются в публичной бухгалтерской отчетности юридического лица);

---

<sup>5</sup> Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

<sup>6</sup> Кодекс о банкротстве и принудительных взысканиях Турецкой Республики № 2004 от 9 июня 1932 г. [The Enforcement and Bankruptcy Code No. 2004 from June 9, 1932.]. URL: <http://www.iflr.com/Article/3549961/2016-Insolvency-and-Corporate-Reorganisation-Report-Turkey.html> (дата обращения: 07.10.2017).

4) Все иные задолженности, не являющиеся в соответствии с актами юридического лица привилегированными.

Кроме того, статья 33 Акта о труде Турции № 4857 от 22 мая 2003 г.<sup>7</sup> указывает на тот факт, что в случае признания работодателя-юридического лица банкротом при условии невозможности уплаты последним денежных средств работнику, данные выплаты производятся из Фонда страхования по случаю безработицы.

Данный Фонд формируется за счёт средств, выплачиваемых работодателями в размере одного процента от всех сумм страховых отчислений, перечисляемых работодателями. Контроль над деятельностью Фонда осуществляет Министерство труда и социального обеспечения Турецкой Республики.

Таким образом, требования работников к работодателям-банкротам, которые не имеют возможности оплатить вознаграждение работникам за осуществление ими трудовых функций, удовлетворяются за счёт Фонда страхования на случай безработицы Турции за последние три месяца осуществляемой трудовой деятельности<sup>8</sup>.

Основываясь на вышесказанном, следует отметить, что подходы российских и турецких законодателей сходятся в комплексном регулировании прав работников нормами трудового, банкротного законодательства, а также принципами и нормами гражданского права. Имеются определенные особенности: в Федеральном законе «О несостоятельности (банкротстве)» Российской Федерации требования об оплате труда работников юридического лица, признанного банкро-

---

<sup>7</sup> Акт о Труде Турецкой Республики № 4857 от 22 мая 2003 г. [Labor act of Turkey No. 4857 from May 22, 2003.]. URL: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/64083/77276/%20F75317864/TUR64083%20English.pdf> (дата обращения: 08.10.2017).

<sup>8</sup> Kalkan M. and Bülent P. Turkey: Execution And Bankruptcy Proceedings In Turkey. URL: <http://www.mondaq.com/turkey/x/252110/Insolvency+Bankruptcy/Execution+And+Bankruptcy+Proceedings+In+Turkey> (дата обращения: 08.10.2017).

том, отнесены ко второй очереди требований, в то время как в рамках Кодекса «О банкротстве и принудительных взысканиях» Турецкой Республики, подобного рода задолженность относится к требованиям первой очереди.

Кроме того, турецкое законодательство не включает положения, связанные с нормативным урегулированием выплат по судебным расходам и расходам для лиц, осуществляющих управление юридическим лицом в период ведения банкротных процедур. Подобные особенности связаны с тем, что рассмотрение банкротных дел в Турции возможно не только в рамках рассмотрения дела судами по коммерческим спорам.

Как отмечается турецкими правоведами, в Турции имеет место три вида производств по делам о задолженности юридического лица: судебные производства с принятием соответствующего судебного акта; судебные производства без принятия судом каких-либо актов; процедура отчуждения заложенного имущества в пользу залогодержателя<sup>9</sup>. Более того, нормы турецкого законодательства регулируют одновременно как саму процедуру банкротства, так и положения о принудительном исполнении обязательств должника. В России данные виды производств не объединены в общий акт, что обусловлено иным системным подходом российских законодателей к юридической технике, структуре актов, а также логике построения норм права.

Реализация прав работников находит место в нормативно-правовом урегулировании прав и законных интересов работников, а также в их осуществлении в рамках банкротных процедур.

Защита прав работников предполагает наличие инструментов, обеспечивающих беспрепятственную реализацию прав лиц, работающих по трудовому договору на юридическое лицо, признанное банкротом. Основным способом за-

---

<sup>9</sup> Bürosy H. Execution and Bankruptcy Proceedings In Turkey // Turkish Law Bulletin. 2013. № 7. P. 4.

щиты прав работников является обращение в судебные органы, которое происходит как в рамках рассмотрения коммерческими (в России – арбитражными) судами, так и в рамках рассмотрения в гражданских судах (Турция).

Требования работников носят исключительно денежный характер и определяются суммой задолженности перед ними. В определённый законом срок лицо вправе обратиться в суд с требованием об оплате труда, которое будет рассмотрено судом в рамках банкротного дела.

При наличии доказательств деловой связи – трудовых отношений между юридическим лицом и работником, данная сумма должна быть выплачена в полном объеме, а при отсутствии должной имущественной массы должника – пропорционально иным предъявленным требованиям.

Нормы российского трудового законодательства предусматривают полную ответственность работодателя-должника по денежным обязательствам перед работниками, в то время как турецкое законодательство предусматривает случаи выплат работникам средств из Фонда страхования от безработицы за период работы в юридическом лице, признанном банкротом. Фонд Социального Страхования России (ФСС РФ) осуществляет выплаты при банкротстве юридического лица в случае получения работником выплат по временной нетрудоспособности, а также пособие по уходу за ребенком.

Как видно из приведённых выше норм, российские и турецкие законодатели имеют аналогичные принципы реализации и защиты прав работника при банкротстве работодателя-юридического лица, однако имеются определенные особенности, связанные с нормативно-правовым регулированием процедуры банкротства в рассматриваемых государствах.

Регулирование и защита прав работников при банкротстве юридического лица выражается в оплате труда работников, а также возможности осуществлять новое место работы. В Российской Федерации выплаты работникам являются

требованиями второй очереди, в то время как в Турции такого рода требования удовлетворяются первоочередно.

Удовлетворения требований работников рассматривается на уровне гражданского и трудового права, а также в рамках отдельных норм по банкротству. Эффективность указанных мер носит условный характер, хотя и обеспечивает защиту прав работников в случае банкротства работодателей.



## ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСОВОЙ СИСТЕМЫ СИНГАПУРА: НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ FINTECH В ФИНАНСОВОЙ СРЕДЕ<sup>1</sup>

**Протопопова Ольга Владимировна**

Кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
тел.: 8-495-433-14-28; oprotopopova@yandex.ru

В статье проведено исследование правовых механизмов регулирования финансовой системы Сингапура, включая деятельность основного финансового регулятора страны – Валютно-финансового управления Сингапура (Monetary Authority of Singapore – MAS), исполняющего также функции центрального банка страны. Излагаются руководящие принципы финансовой системы Сингапура. Обозначены основные нормативные акты, регулирующие финансовую деятельность: закон о банковской деятельности 2003 г. (Banking Act), Закон о ценных бумагах и фьючерсах 2001 г. (Securities and Futures Act), Закон о финансовых консультантах 2001 г. (Financial Advisers Act), Законом о валютном регулировании Сингапура 1999 г. (Monetary Authority of Singapore Act), Закона о страховании 2002 г. (Insurance Act). Показано, что Сингапур стремится стать лидером по внедрению «FinTech» в финансовую среду (применения информационных технологий для предоставления финансовых услуг, что осуществляют финансовые учреждения нового типа – компании «FinTech»). Сингапурская программа «FinTech» ставит цель – создание инфраструктуры, необходимой для инновационной экосистемы и внедрения новых технологий. Валютно-финансовое управление Сингапура поддержало несколько инициатив, в том числе создание «FinTech Office» и лаборатории «FinTech Innovation».

*Ключевые слова:* право Сингапура, финансовая система, банковский регулятор, закон о финансовых услугах, инновационные центры «Финтех».

---

<sup>1</sup> Исследование подготовлено при финансовой поддержки РФФИ в рамках научного проекта № 17-03-00093 «а» (науч. рук. – Е.Е. Фролова).

«Мы живем во времена беспрецедентных перемен и неопределенности, – было заявлено в итоговом коммюнике Всемирного экономического форума 2017, – геополитические встречные ветры сталкиваются с быстрыми технологическими изменениями, создавая мир, в котором мировым лидерам приходится долго думать о своей политической и экономической политике. Дальнейший экономический рост далеко не гарантирован»<sup>2</sup>. Однако, некоторые страны на протяжении последнего десятилетия неизменно находятся в группе лидеров. К таким странам относится Сингапур. В 2017 г. Сингапур занимает третье место (после США и Швейцарии) в списке стран по рейтингу Всемирного экономического форума, показав высокие результаты по всем экономическим параметрам. «Но рост государственного долга привел к сокращению макроэкономического показателя Сингапура. Тем не менее, транспортная инфраструктура Сингапура, продуктовый и трудовой рынки, финансовый сектор являются высокоэффективными». Отметим, что Сингапур занял первое место в рейтинге Всемирного Банка «Doing Business 2016». Рейтинг «Doing Business» представляет количественные индикаторы регулирования бизнеса и защиты права собственности в 189 экономиках мира. На сайте рейтинга указано: «город-государство Сингапур признается самым удобным для ведения бизнеса местом в мире уже десятый год подряд»<sup>3</sup>.

В чем же секрет успеха финансовой деятельности этой азиатской страны?

---

<sup>2</sup> These are the world's 10 most competitive economies // World Economic Forum Annual Meeting 2017. URL: <https://www.weforum.org/agenda/2017/09/global-competitiveness-2017-top-economies> (дата обращения: 23.09.2017).

<sup>3</sup> Сингапур – неизменный лидер рейтинга Doing Business // TaxToday. URL: <http://tax-today.com/singapur-neizmennyi-lider-reitinga-doing-business/> (дата обращения: 28.09.2017).

Сингапур является международным финансовым центром и ключевым финансовым центром в Азии. В стране осуществляют деятельность более 200 банков. Сингапур – это страна не только с бурно развивающейся финансовой, но и судебной системой: новейшие технологии в судопроизводстве, получившие в настоящее время наименование «электронное правосудие», активно внедряются в Сингапуре<sup>4</sup>. Немаловажно, что в последние годы Сингапур также позиционирует себя как ведущий арбитражный центр мира, что также представляет несомненный интерес»<sup>5</sup>.

#### **Внедрение новых технологий «FinTech» в финансовую сферу**

Сингапур является серьезным претендентом на первое место по внедрению «FinTech» в финансовую среду. «FinTech» это применение информационных технологий для предоставления финансовых услуг, которые осуществляют финансовые учреждения нового типа – компании «FinTech», чтобы успешно конкурировать с традиционными финансовыми организациями в лице банков и посредников на рынке финансовых услуг. Признавая трансформационную силу «FinTech» в секторе финансовых услуг, Валютно-финансовое управление Сингапура (Monetary Authority of Singapore («MAS»)) изложило свое видение новой финансовой площад-

---

<sup>4</sup> Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография // В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева и др. М.: РУДН, 2015.

<sup>5</sup> Ивановская Н.В. Альтернативные способы разрешения финансовых споров в Сингапуре // «Черные дыры» в Российском законодательстве». 2017. № 4. С. 35–38; Фролова Е.Е. Правовое регулирование альтернативного разрешения споров между поставщиками и потребителями финансовых услуг в Сингапуре // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Философия, социология, право. 2017. № 24 (273). Вып. 42. С. 157–162; Русакова Е.П. Финансовая система Сингапура: финансовые споры в коммерческом арбитраже // МИР (Модернизация. Инновации. Развитие). 2017. Т. 8. № 3 (31). С. 424–429.

ки «Смарт финансовый центр» («Smart Financial Center») – места, где технологии широко используются в финансовой сфере для повышения эффективности, создания новых возможностей, лучшего управления рисками и улучшения жизни. Другие инициативы включают в себя Регулируемую тестовую среду, Руководство по облачным вычислениям, Стратегические электронные платежи, «FinTech» офисы, Лабораторию инноваций MAS, Международную консультативную группу по технологиям и развитию талантов.

Основной задачей Сингапурской программы «FinTech» является содействие созданию инфраструктуры, необходимой для инновационной экосистемы и внедрения новых технологий. В соответствии с этой амбициозной программой MAS за последние несколько лет поддержало несколько инициатив, в том числе создание новых «FinTech Office» и лаборатории «FinTech Innovation».

Как отмечали сингапурские адвокаты Регина Лю и Ларри Лим, «Валютно-финансовое управление Сингапура поставило цель создания нормативной среды, способствующей инновациям, и ввело новую площадку – «FinTech Regulatory Sandbox» (sandbox – досл. пер. с англ. – песочница), чтобы позволить финансовым учреждениям и игрокам «FinTech» экспериментировать с инновационными финансовыми продуктами или услугами в производственной среде в условиях минимального регулирования, но в рамках четко определенной, контролируемой среды, а также с надлежащими гарантиями для поддержания общей безопасности и надежности финансовой системы».

Государство Сингапур является также предпочтительным и очень перспективным местом для начинающих компаний по типу «Блокчейн» (Blockchain), что отмечено на российском сайте «КриптовалютаТех». Правительство Сингапура, используя свои банковские учреждения, лоббирует много перспективных программ по продвижению финансово-технологической отрасли («FinTech»). «Подтверждением

чему является выделение Центральным Банком Сингапура \$160 миллионов на продвижение программ «FinTech». Помимо этого, Банк Сингапура выделил **токенизированный аналог местной валюты** под названием «**ProjectUbin**», с целью демонстрации поддержки криптоактивных активов. Токен доступен в «Blockchain», работающем на «Ethereum». Стартап призван создать успешную замену сети платежей на межбанке Сингапура, используя наработки «блокчейна» и токенов. Между тем, Центробанк Сингапура перешел на управление и «мягкий» контроль цифровых валют с целью обеспечения прозрачности работы ICO».

### **Руководящие принципы финансовой системы Сингапура**

Все правовые нововведения в регулировании финансовой системы Сингапура находятся в строгом соответствии с основными принципами ведения финансовых операций в стране. Руководящие принципы были разработаны правительством Сингапура для обязательного применения всеми финансовыми учреждениями с целью обеспечения целостности финансовой системы страны. К ним относятся:

1. Подтверждение приверженности Сингапура делу защиты финансовой системы страны от использования ее в качестве места для хранения незаконных денежных средств или в качестве канала для сокрытия потока таких средств.

2. Поддерживая принцип сохранения открытой финансовой системы, Валютно-финансовое управление Сингапура не должно допускать возможность использования финансовой системы страны для проведения преступной и незаконной деятельности.

3. Финансовые учреждения, играя ключевую роль в сохранении целостности финансовой системы страны, должны защищать свои финансовые операции от любой незаконной деятельности, должны постоянно оценивать юридические, нормативные и репутационные риски, связанные с их деятельностью. Они должны быть внимательны к международ-

ным договорам по налоговым вопросам, и осуществлять критический обзор любых трансфертов активов в Сингапур из таких стран. Финансовые учреждения должны тщательно оценивать риски и устанавливать добросовестность клиентов до принятия таких активов. Если у них есть основания подозревать, что активы являются незаконными, они обязаны сообщать о подозрительных сделках и, при необходимости, прекращать деловые отношения.

Таким образом, можно констатировать, что проведение финансовых операций в Сингапуре, несмотря на демонстрацию принципа «открытой финансовой системы», находится под строгим и неусыпным надзором и контролем государственных органов, и прежде всего, – Валютно-финансового управления Сингапура (MAS).

#### **Обзор финансовых регуляторов и ключевых правил**

Основной регулятор финансовой системы страны – это **Валютно-финансовое управление Сингапура (Monetary Authority of Singapore -MAS)**, которое в то же время является центральным банком, а также органом, осуществляющим надзор за финансовыми учреждениями. Будучи интегрированным супервизором финансового сектора Сингапура, MAS разрабатывает законы о банковской деятельности, страховании, ценных бумагах и другие, касающиеся финансовых предприятий. Представители MAS активно участвуют в региональных и международных законодательных инициативах, в том числе в Совете финансовой стабильности (Financial Stability Board), Базельском комитете по банковскому надзору (Basel Committee on Banking Supervision), Международной организации комиссий по ценным бумагам (International Organisation of Securities Commissions). Сингапур является членом Целевой группы по финансовым мероприятиям (Financial Action Task Force) и стремится привести свою нормативную и надзорную практику в соответствие с лучшими

международными стандартами с учетом конкретных внутренних потребностей<sup>6</sup>.

Банковская деятельность в основном контролируется Валютно-финансовым управлением Сингапура в соответствии с **Законом о банковской деятельности 2003 г.** в ред. 01.04.2006 (Banking Act), глава 19 Свода законов Сингапура (Cap. 19) и соответствующими подзаконными актами и другими документами, принятыми MAS. При работе на рынках капитала или при предоставлении финансовых консультационных услуг банки также будут подпадать под регулирование **Закона о ценных бумагах и фьючерсах 2001 г.** в ред. 30.09.2016 (Securities and Futures Act), глава 289 Свода законов Сингапура (Cap. 289) и **Закона о финансовых консультантах 2001 г.** в ред. 30.09.2016 (Financial Advisers Act), глава 110 Свода законов Сингапура (Cap. 110).

Банки, осуществляющие деятельность согласно положениям указанных выше законов, в целом освобождаются от лицензирования, но они, тем не менее, должны соблюдать определенные требования в отношении ведения бизнеса и соответствия их деятельности законодательству Сингапура. В стране действует Ассоциация банков Сингапура (Association of Banks in Singapore – «ABS»), которая объединяет 156 национальных и иностранных банков. ABS пред-

---

<sup>6</sup> Алексеева А.А., Бабенкова С.Ю., Ермаков С.Л., Фролова Е.Е. и др. Зарождение и эволюция банковской деятельности в государствах различных правовых систем: научная монография. М.: Изд. дом НАУКА, 2014, С. 416; Фролова Е.Е. Механизмы действия инструментов денежно-кредитной политики Китая в первом десятилетии XXI века // Перспективы развития юридической науки, практики и образования в азиатско-тихоокеанском регионе: материалы Международной научно-практической конференции. Владивосток: Изд-во Дальневосточный федеральный университет, 2015. С. 174–189; Dudin M.N, Sekerin V.D., Smirnova O.O., Frolova E.E., Sepiashvili E.N. State anti-crisis management of banking sector: looking for optimization ways and contemporary development trends // Journal of advanced research in law and economics. 2014. Т. 5. № 2. P. 74–81.

ставляет интересы коммерческого и инвестиционно-банковского сообщества в Сингапуре. «ABS осуществляет разработку различных стандартов и руководящих принципов для лучшей практики потребительского, частного и инвестиционного банкинга. В сфере торговли валютой Комитет по валютному рынку Сингапура (Singapore Foreign Exchange Market Committee) разработал Отраслевой кодекс поведения (Code of conduct), Руководство по ведению и практике казначейских операций для участников валютного рынка (Guide to Conduct & Market Practices for Treasury Activities for market participants)».

В соответствии с Законом о банковской деятельности каждый банк должен ежегодно назначать аудитора, предварительно одобренного MAS. Общие обязанности аудитора состоят в проведении аудита банковских счетов и представлении отчетности в MAS по различным предписанным законом вопросам. **Управление бухгалтерского учета и корпоративного регулирования** (Accounting and Corporate Regulatory Authority) контролирует деятельность банков, зарегистрированных в Сингапуре, в ином случае эти финансовые учреждения подпадают под действие Закона о компаниях.

Все перечисленные выше меры банковского регулирования обеспечивают высокий уровень управления и контроля за деятельностью банков.

### **Валютно-финансовое управление Сингапура (MAS)**

Валютно-финансовое управление Сингапура (MAS) является единственным банковским регулятором в стране. MAS – это также центральный банк Сингапура. Как центральный банк Сингапура, MAS выполняет ряд функций, включая денежно-кредитную и валютную политику, выдачу валюты и контроль над платежными системами. MAS также служит банкиром и финансовым агентом правительства и управляет официальными иностранными резервами Сингапура.



MAS является корпорацией, созданной в соответствии с **Законом о валютном регулировании Сингапура 1999 г.** в ред. 15.08.2017 (Monetary Authority of Singapore Act), глава 186 Свода законов Сингапура (Cap. 186).

Совет директоров MAS отвечает за политику и общее руководство MAS, а также информирует правительство о своей регуляторной, надзорной и денежно-кредитной политике. MAS возглавляет управляющий, который осуществляет ежедневное администрирование. Основными направлениями деятельности MAS в соответствии с законом являются:

- поддержание стабильности цен, способствующей устойчивому росту экономики;
- содействие созданию надежного и авторитетного финансового центра и обеспечение финансовой стабильности;
- обеспечение разумного и эффективного управления валютными резервами Сингапура;
- развитие Сингапура как международного конкурентоспособного финансового центра.

MAS осуществляет надежное регулирование банковской деятельностью в соответствии с международными стандартами и передовыми методами, четко управляя рисками и инновациями. MAS использует различные инструменты для достижения целей регулирования, в том числе: контроль за рынком капиталов и ликвидностью; ограничения на осуществление рискованных банковских операций; институциональные требования к корпоративному управлению высокого уровня. MAS стремится быть максимально дружелюбным к финансовому бизнесу, применяя консультативный подход при разработке нормативных актов, как правило, посредством консультаций с общественностью.

В 2012 г. MAS была введена система обязательных единых стандартов по управлению технологическими рисками для финансовых учреждений (Notice for Technology Risk Management). Стандартизированная система управления технологическими рисками должна была повысить уровень за-

щиты стратегически важных информационных систем. Банки обязаны использовать средства контроля информационных технологий, что должно усилить защиту конфиденциальных данных клиентов и защитить финансовую информацию от компрометации или утечки.

### **Иные нормативные акты, регулирующие финансовую систему Сингапура**

Валютное-финансовое управление Сингапура (MAS) осуществляет контроль за применением **Закона о страховании 2002 г.** в ред. 01.01.2017 (Insurance Act), глава 142 Свода Законов Сингапура (Cap 142). «Закон содержит положения, регулирующие страховой бизнес в Сингапуре, деятельность страховщиков (в том числе перестраховщиков), страховых посредников (агентов и брокеров) и связанных с ними учреждений».

Страховщики могут заниматься страховым бизнесом в стране в качестве лицензированных страховщиков или иностранных страховщиков. Лицензированные страховщики могут осуществлять прямое страхование, общее страхование, страхование жизни, и/или перестрахование, а также невосстребованное страхование. Иностранные страховщики должны осуществлять свою деятельность в Сингапуре по схеме иностранного страховщика, установленной в соответствии с частью II-A Закона о страховании. В настоящее время в Сингапуре действуют две схемы деятельности иностранных страховщиков: схема Ллойда (Lloyd's Scheme) и азиатская схема Ллойда (Lloyd's Asia Scheme). Уполномоченные перестраховщики и сертифицированные страховые компании могут не иметь физического присутствия в Сингапуре. Уполномоченные перестраховщики могут вести деятельность по предоставлению перестрахования обязательств по страховым полисам физическим и юридическим лицам в Сингапуре. Они могут действовать в качестве генеральных перестраховщиков и/или перестраховщиков жизни.

**Проект закона о внесении изменений  
в Закон о валютном регулировании Сингапура**

Валютно-финансовое управление Сингапура (MAS) представило ко второму чтению законопроект, вносящий изменения в Закон о валютном регулировании Сингапура, который должен обеспечить надежную и гибкую финансовую систему для города-государства. В 2015 и 2016 гг. MAS проводило расширенные консультации по законопроекту в промышленных и финансовых кругах, а также среди населения страны.

MAS вводит законодательные поправки для усиления полномочий MAS по упорядоченному регулированию проблемных финансовых учреждений, ссылаясь на «Ключевые атрибуты эффективного режима принятия решений – «Ключевые атрибуты» (Financial Stability Board’s Key Attributes of Effective Resolution Regimes – «Key Attributes»). Законопроект также содержит ряд новелл в «Режим резолютивного планирования» (Recovery and Resolution Planning – RRP). Кроме того, в законопроект внесены поправки для решения других вопросов оперативного управления проблемными финансовыми учреждениями.

В заключение, можно сделать некоторые выводы относительно направлений правового регулирования финансовой деятельности в Сингапуре. Первое, в Сингапуре на правительственном уровне были разработаны руководящие принципы финансовой деятельности, обязательные для применения всеми финансовыми учреждениями. Второе, Сингапур стал пионером по внедрению «FinTech» в финансовую среду. В стране созданы «FinTech» офисы, Лаборатория инноваций Валютно-финансового управления Сингапура (MAS), разработаны принципы новой финансовой площадки «Смарт финансовый центр» («Smart Financial Center»). Третье, Сингапур постоянно стремится привести свою нормативную и надзорную практику в финансовой сфере в соответствие с лучшими международными стандартами, для чего Предста-

вители Валютно-финансового управления Сингапура участвуют в региональных и международных законодательных инициативах, а также в органах по установлению международных стандартов, в том числе в Целевой группе по финансовым мероприятиям (Financial Action Task Force). Именно такая политика правительств Сингапура позволила ему на протяжении последних 10 лет постоянно быть одним из лидеров в мировых финансовых рейтингах.

## АЛЬТЕРНАТИВНОЕ УРЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСОВЫХ СПОРОВ В ЯПОНИИ<sup>1</sup>

**Русакова Екатерина Петровна**

Кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
тел.: 8-495-433-14-28; katerusakova@rambler.ru

В статье представлен обзор основных способов альтернативного урегулирования финансовых споров в Японии – международного коммерческого арбитража и медиации; дана характеристика новой «системы финансовой ADR» (New Financial ADR system); исследованы законы Японии: Арбитражный закон № 138 от 1 августа 2003 г. с изменениями от 1 декабря 2014 г.; Закон «О поощрении использования альтернативных процедур разрешения споров» № 151 от 1 декабря 2004 г. – Закон об ADR; Закон «О финансовых инструментах и биржах» 2006 г. в ред. 2009 г.

*Ключевые слова:* право Японии, финансовая медиация, финансовый арбитраж, финансовые споры, международный коммерческий арбитраж.

В последние пять лет японские банки заняли в Азии лидирующие позиции по объемам кредитования. Еще более активно инвестируют в регионе японские компании. Этому также способствует деятельность государственных финансовых учреждений, включая пенсионный фонд, а также частных финансовых организаций, которые отдают все большее предпочтение покупке долговых инструментов и акций за рубежом, вместо того чтобы вкладываться в японские государственные облигации. «Стремясь выйти за рамки традиционной экспортной стратегии, японские компании расширяют присутствие в других странах за счет приобретения кон-

---

<sup>1</sup> Исследование подготовлено при финансовой поддержки РФФИ в рамках научного проекта № 17-03-00093 «а» (науч. рук. – Е.Е. Фролова).

трольных пакетов акций иностранных компаний и сделок слияний и поглощений», – писал Томоо Кикучи – старший научный сотрудник Центра Азии и глобализации, Школы публичной политики им. Ли Куан Ю, Национального Университета Сингапура<sup>2</sup>. Выход японских компаний на международный рынок с неизбежностью приводит к увеличению количества как международных, так и внутренних финансовых споров. О развитии центров альтернативного разрешения споров и международного коммерческого арбитража в Японии автором настоящей публикации была написана целая серия статей.<sup>3</sup> В данной статье речь пойдет о правовом регулировании финансового арбитража и финансовой медиации в Японии.

Японские цивилисты Ш. Таго, Т. Уениши, Л. Гэддон и др. подчеркивали, что «исторически сложилось так, что представители японского бизнеса традиционно предпочитали разрешать споры в государственных судах, и лишь немногие

---

<sup>2</sup> Кикучи Томоо. Японский взгляд на экономические процессы. Новый порядок в АТР. 26 ноября 2015. URL: <http://www.globalaffairs.ru/number/Novyi-poryadok-v-ATR-17841> (дата обращения: 15.09.2017).

<sup>3</sup> См.: Русакова Е.П. Альтернативные способы разрешения споров в Арбитражном центре интеллектуальной собственности Японии // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сборник статей Межвузовской конференции. 2015. С. 97; Русакова Е.П. Гражданский процессуальный кодекс Японии // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского. М.: РУДН, 2014. С. 167; Русакова Е.П. Арбитражные правила Японской коммерческой арбитражной ассоциации // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах: сборник статей Всероссийской конференции. М.: РУДН, 2014. С. 175; Русакова Е.П. Процедура медиации в Японской коммерческой арбитражной ассоциации // Правовые традиции. Жидковские чтения: материалы Международной научной конференции. М., 2014. С. 411; Русакова Е.П. Новые Арбитражные правила Японской коммерческой арбитражной ассоциации // Адвокат. 2014. № 6. С. 48.

коммерческие споры передавались на рассмотрение арбитража. Арбитраж не является популярным методом разрешения внутренних споров между японскими компаниями. Количество дел, передаваемых на рассмотрение главного арбитражного учреждения Японии – Японской ассоциации коммерческого арбитража (JCAA), – является номинальным по сравнению с количеством судебных процессов, проводимых национальными судами или количеством дел, рассмотренных арбитражными центрами Сингапура или Гонконга».<sup>4</sup>

Но целый ряд скандалов, связанных с нарушением прав потребителей на рынке финансовых услуг, заставили коммерческие круги и правительство Японии пересмотреть свои взгляды на альтернативное разрешение финансовых споров. Наибольшую известность получили скандалы «Акафуку» и «Livedoor». Скандал «Акафуку» («The Akafuku scandal») был связан с тем, что один известный японский производитель продуктов питания пытался обмануть потребителей посредством использования фальсифицированных товарных этикеток. Скандал вызвал большой шум и привел к укреплению позиций «Японского движения за права потребителей» (Japanese consumer rights movement). В ходе скандала «Livedoor» («The Livedoor scandal») выяснилось, что крупная японская интернет-компания обманула инвесторов за счет использования мошеннических финансовых данных. Этот скандал способствовал усилению «Движения за права японских инве-

---

<sup>4</sup> Tago Shinya, Uenishi Takuya, Guesdon Landry. Japan // *Litigation & Dispute* 2017. URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution/global-legal-insights-litigation-and-dispute-resolution-6th-ed/japan> (дата обращения: 10.08.17); см. также: Ali S. (2013). *Financial dispute resolution in Japan. In Consumer Financial Dispute Resolution in a Comparative Context: Principles, Systems and Practice* (pp. 92-108). Cambridge: Cambridge University Press; Hironaka Akihiro. Japan. *Litigation 2017 // Global Arbitration Review – Arbitration News, Features and Reviews*. URL: <http://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000216/japan> (дата обращения: 08.08.2017).

сторов» («Japanese investor's rights movement»). «Благодаря всем этим скандалам у широкой японской общественности сложилось впечатление, что финансовые учреждения постоянно понижают защиту инвесторов. Эти движения, связанные с защитой прав потребителей и инвесторов, способствовали разработке новой «Системы финансовой ADR» (New Financial ADR system) в Японии», – писали японские авторы Масако Миятаке и Тони Андриотис<sup>5</sup>. Планировалось, что новая «Система финансовой ADR» в Японии будет смоделирована по образцу «Службы финансового омбудсмена» (Financial Ombudsman Service – FOS) в Великобритании.

#### **Финансовый международный и внутренний арбитраж в Японии**

Арбитраж, японское наименование – «chusai», является наиболее часто используемым механизмом альтернативного разрешения крупных коммерческих споров. На современном этапе японское правительство предпринимает меры для популяризации и поощрения использования арбитража японскими компаниями. Постепенно арбитраж становится одним из основных вариантов разрешения коммерческих споров в Японии, особенно при урегулировании международных финансовых конфликтов.

Деятельность международных и внутренних арбитражей в Японии урегулирована Арбитражным законом № 138 от 1 августа 2003 г. с изменениями от 1 декабря 2014 г. (Arbitration Act No. 138 of August 1, 2003, as last amended by Act No. 147 of December 1, 2004 – JAL), положения которого в значительной степени соответствуют Типовому закону

---

<sup>5</sup> Miyatake Masako and Andriotis Tony. Japan's New Financial ADR System. URL: <https://www.hugheshubbard.com/index.php?p=actions/> (дата обращения: 21.08.17).



ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже<sup>6</sup>. Не проводится никакого различия между внутренним и международным арбитражем. Кроме того, действуют Правила Верховного суда Японии № 27 от 26 ноября 2003 г. «О процедурах рассмотрения дел, связанных с арбитражем (the Supreme Court Rules on Procedures of Arbitration Related Cases No. 27 of 26 November 2003).

Основными арбитражными центрами Японии являются: 1) Японская ассоциация коммерческого арбитража (Japan Commercial Arbitration Association – JCAA), 2) Японский арбитражный центр интеллектуальной собственности (Japan Intellectual Property Arbitration Centre) и Токийская морская арбитражная комиссия Японской транспортной биржи (Tokyo Maritime Arbitration Commission – ТОМАС).

Японская ассоциация коммерческого арбитража предлагает два основных варианта урегулирования споров – арбитраж и медиацию. В ассоциации действует «Регламент коммерческого арбитража» (Rules of commercial arbitration) в редакции от 10 декабря 2015 г. и «Регламент международной коммерческой медиации» от 1 января 2009 г. (The Japan Commercial Arbitration Association International Commercial Mediation Rules Effective as of January 1, 2009).

### **Финансовая медиация в Японии**

Медиативная деятельность по разрешению споров предусмотрена Законом Японии «О поощрении использования альтернативных процедур разрешения споров» № 151 от 1 декабря 2004 г. – Законом об ADR (Law Concerning the Promotion of the Use of Alternative Dispute Resolution

---

<sup>6</sup> Arbitration Act No. 138 of August 1, 2003, as last amended by Act No. 147 of December 1, 2004 – JAL. URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7003> (дата обращения: 20.08.2017).

Procedures No. 151 of 1 December 2004 – ADR Law)<sup>7</sup>. В Законе об ADR 2004 г. была установлена система аккредитации частных служб разрешения споров.

На современном этапе в Японии существуют следующие типы альтернативного урегулирования споров:

(1) судебное ADR (judicial-type ADR) – ADR в отношении юридических лиц, например, примирение (conciliation), проводимое государственными судами Японии по гражданским делам;

(2) ADR административного типа (administrative-type ADR), проводимые административными учреждениями, такими как Национальный центр по делам потребителей Японии (National Consumer Affairs Center of Japan);

(3) ADR частного сектора (private sector-type ADR), которое осуществляется частными некоммерческими организациями, коммерческими интересами.

ADR, используемое в финансовой сфере, является ADR частного типа, которое организовано в каждой отраслевой группе, такой как ценные бумаги, банковское дело и страхование (включая саморегулируемые группы, такие как Японская ассоциация дилеров ценных бумаг (Japan Securities Dealers Association).

В июне 2006 г. в Японии был принят Закон «О финансовых инструментах и биржах» (Financial Instruments and Exchange Act – FIEA), который регулирует не только услуги по купле-продаже ценных бумаг, но и широкий спектр финансовых инструментов, таких как деривативы и фонды. Медиация в финансовой сфере была введена в Японии в 2009 г. на основании изменений, внесенных в закон «О финансовых инструментах и фондовых биржах» 2006 г., которые закре-

---

<sup>7</sup> Law Concerning the Promotion of the Use of Alternative Dispute Resolution Procedures No. 151 of 1 December 2004 – ADR Law. URL: <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/AOP.pdf> (дата обращения: 21.08.2017).

пили создание **системы альтернативного разрешения финансовых споров – финансовой ADR (financial ADR system)**. Финансовая ADR начала свою работу в 2010 г. Процедуры медиации просты и экономичны (затраты фиксированы), а разбирательство спора является конфиденциальным.

Закон «О финансовых инструментах и биржах» провозглашает защиту инвесторов как одну из своих основных целей. Положения указанного закона в первую очередь направлены на урегулирование споров в сфере финансовых инструментов, в законе закреплён самый передовой способ предотвращения споров между инвесторами и различными финансовыми учреждениями.

Регулятивными и контрольными органами предоставления услуг по разрешению финансовых споров в Японии стали: **Агентство по финансовым услугам (The Financial Services Agency – FSA)** и **Комиссия по надзору за ценными бумагами и биржами (Securities and Exchange Surveillance Commission – SESC)**. В настоящее время в их ведение входит лицензирование деятельности центров по альтернативному разрешению финансовых споров, а также контроль за соблюдением положений закона «О финансовых инструментах и фондовых биржах».

Таким образом, медиативное учреждение, которое предполагает оказывать услуги по разрешению финансовых споров в Японии, должно пройти двойную аккредитацию: во-первых, согласно положениям Закона об ADR 2004 г., и, во-вторых, в Агентстве по финансовым услугам Японии (FSA).

Согласно п. 1 ст. 156 (38) закона «О финансовых инструментах и фондовых биржах», споры между поставщиками и потребителями финансовых услуг, перечисленные в ст. 28.1 и 35.1 закона, вправе разрешать только «Назначенные организации по альтернативному разрешению финансовых споров» («Designated Dispute Resolution Organization»), так называемые «финансовые DDRO» (Financial DDROs).

Основным медиативным учреждением в сфере финансов в Японии является «Центр помощи медиации в сфере финансовых инструментов» (Financial Instruments Mediation Assistance Centre FINMAC) при Банковской ассоциации Японии. Кроме того, в Японии действуют еще семь организаций по альтернативному разрешению финансовых споров, утвержденных премьер-министром страны: 1) Японская ассоциация по страхованию жизни (Life Insurance Association of Japan – LIAJ); 2) Ассоциация банков Японии (Japan Bankers Association – JBA); 3) Ассоциация трастовых банков Японии (Trust Banks in Japan – TBJ); 4) Японская ассоциация по генеральному страхованию (The General Insurance Association of Japan – GIAJ); 5) Страховой омбудсмен (Hoken Ombudsman (Insurance Ombudsman) – HO); 6) Японская ассоциация краткосрочного страхования на небольшие суммы (Small Amount & Short Term Insurance Association of Japan – SSIAJ); 7) Японская ассоциация финансовых услуг (Japan Financial Services Association – JFSA).<sup>8</sup>

После создания «назначенной организации по разрешению споров», финансовое учреждение, при котором она создана, должно разработать и утвердить «Генеральное соглашение об организации проведения разбирательства по урегулированию споров» (Master agreement). В генеральное соглашение должны быть включены следующие пункты:

(1) финансовое учреждение проводит разбирательство, когда потребитель финансовых услуг подает заявку на использование процедуры ADR в организации разрешения споров, при условии, что нет каких-либо обоснованных оснований для отказа в проведении разбирательства;

(2) если финансовое учреждение отказывается от проведения процедуры урегулирования спора, то оно обязано

---

<sup>8</sup> Tomoki Yanagisawa. Japan//The Dispute Resolution Review – Edition 9. 2017. URL: <http://thelawreviews.co.uk/edition/the-dispute-resolution-review-edition-9/1140965/japan> (дата обращения: 20.09.2017).

изложить обстоятельства, лежащие в основе отказа, и предоставить соответствующую документацию.

Назначенные организации по разрешению споров, а также органы, которые управляют процессами ADR (ADR proceedings), обязаны соблюдать конфиденциальность в отношении материалов, представленных в ходе процедуры ADR, а материалы, используемые в ходе разбирательства, не могут быть использованы в будущих судебных разбирательствах (future litigation).

Отметим, что в 2016 г. в системе финансовой ADR Японии было разрешено 1148 споров<sup>9</sup>.

### **Выводы**

Создание новой системы альтернативного урегулирования финансовых споров отвечает статусу Японии как одного из ведущих международных финансовых центров, поддерживает лидирующие позиции японских банков в Азии. Следует помнить, что медиативное учреждение, которое предполагает оказывать услуги по разрешению финансовых споров в Японии, должно пройти двойную аккредитацию: во-первых, согласно Закону об ADR 2004 г., и, во-вторых, в Агентстве по финансовым услугам Японии (FSA).

---

<sup>9</sup> Tomoki Yanagisawa. Op. cit.

## СРОКИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ БРАЗИЛИИ<sup>1</sup>

**Русакова Екатерина Петровна**

Кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
тел.: 8-495-433-14-28; ruskova\_ep@pfur.ru

В статье анализируются процессуальные сроки в гражданском процессе Федеративной Республики Бразилии, связанные с совершением отдельных процессуальных действий при рассмотрении частноправовых споров, а также порядок вынесения отдельных судебных актов. Положения о процессуальных сроках исследованы в новом гражданском процессуальном кодексе Бразилии, который вступил в действие в 2016 году.

*Ключевые слова:* процессуальные сроки, гражданский процессуальный кодекс, эстоппель, повестки, судебные акты.

Третий раздел нового гражданского кодекса Бразилии, который вступил в действие 18 марта 2016 года, содержит нормы касающиеся процессуальных сроков. Закреплен порядок и сроки вынесения судебных актов, ответственность за их нарушение, правильность оформления, а также принцип эстоппель.

По общему правилу процессуальные действия осуществляются в сроки, установленные законом. В случае, если в законе не содержится конкретный срок, то судья определяет его с учетом сложности процессуального действия.

Что касается повесток, то в случае, если ни законом, ни судьей не определен срок, лицо, вызванное по повестке обязано будет явиться через 48 (сорок восемь) часов после ее вручения, а в отношении исполнения процессуальных дей-

---

<sup>1</sup> Исследование подготовлено при финансовой поддержки РФФИ в рамках научного проекта № 16-33-01005 «а2» «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС» (науч. рук. – Е.П. Русакова).

ствий сторона должна исполнить процессуальное действие в течение 5 (пяти) дней. При чем действие, совершенное до начала течения срока исполнения, считается своевременным.

При исчислении установленного законом или судьей срока, определяемого периодом времени, учитываются только рабочие дни и это правило распространяется только на процессуальные сроки. Течение процессуального срока приостанавливается в промежуток с 20 декабря по 20 января включительно, это связано с празднованием национальных праздников.

Однако, несмотря на государственные праздники судьи, сотрудники прокуратуры, общественной защиты и вспомогательные органы правосудия выполняют свои обязанности в течение всех календарных дней. Во время приостановления срока не проводятся слушания или судебные заседания.

Несмотря на приостановление сроков судьей, он должен заранее указать продолжительность судебного разбирательства. В судебном округе, где существуют проблемы с транспортными перевозками, судья может продлить сроки до двух (2) месяцев. Однако, судье запрещено сокращать императивно установленные сроки без согласия сторон. В случае стихийных бедствий, а это, к сожалению, часто случается, установленный срок может быть продлен более чем на 2 месяца.

По истечении срока право на исполнение или изменение процессуального действия, независимо от судебного решения, аннулируется, но при точном убеждении суда, что сторона не совершила это не по уважительной причине.

Уважительную причину кодекс определяет как событие, произошедшее вне контроля стороны и которое не позволило ему совершить действие самостоятельно или его представителем.

Как и в российском гражданском процессуальном кодексе закреплены штрафы и предельные сроки процессуальных действий. В обязанности судьи входит контроль за со-

блюдением сроков государственными служащими. При наличии таких обстоятельств судья инициирует административный процесс в установленном законом порядке. Любая из сторон, государственный обвинитель или государственный защитник может свидетельствовать против служащего, который необоснованно затягивает сроки. Однако нередки случаи, когда процесс затягивает адвокат, например в случае его обязанности предоставить документы.

Установив вину, судья должен сообщить об этом факте в местный отдел бразильской ассоциации адвокатов для начала дисциплинарного производства и наложения штрафа, соответствующий половине размера минимальной заработной платы. Аналогичное правило применяется ко всем, в том числе к члену общественного обвинения, общественной защиты или общественной адвокатуры. Установив вину, судья извещает об этом компетентный орган для возбуждения дисциплинарного производства в отношении виновного лица.

Любая сторона, государственный обвинитель или государственный защитник может представить в суд или в Национальный совет юстиции заявление в отношении судьи или докладчика о том, что он необоснованно нарушает сроки, предусмотренные законом, подзаконными актами или Уставом. В течение 48 часов такое заявление будет рассмотрено и в течение 10 (десяти) дней будет вынесен акт.

Совершение процессуальных действий вне территориальных границ суда, районного, участкового или подразделения судебных органов выполняются только по решению суда. Суд может направить письмо с решением в другой суд по месту его исполнения. Это правило, касается также поручений судов или арбитражей<sup>2</sup>, в соответствии с законами об

---

<sup>2</sup> Русакова Е.П., Пономарева О.С. История арбитражного разрешения частноправовых споров в Федеративной Республике Бразилия // «Черные дыры» в Российском законодательстве. 2017. № 1. С. 34–36.



иностранный деятельности и международно-правовому сотрудничеству.

Признается практика проведения процессуальных действий с помощью видеоконференции или других технических средств для передачи звуков и изображений в режиме реального времени.

Если поручение суда вынесено по делу, которое рассматривается федеральным судом, а его исполнение должно быть вне территории этого суда, то оно может быть направлено в суд штата соответствующего округа.

Поручение должно содержать:

- указание на судью и судебный акт;
- содержание ходатайства, постановление суда и мандат, предоставленный адвокату;
- список процессуальных действий;
- приложения с подписью судьи.

Судья обязан перенести в поручение все детали, а также соотнести с картой чертеж или график, где эти документы должны быть рассмотрены, сторонами, экспертами или свидетелями. Когда объектом письма является исследование самого документа, то он должен быть отправлен в оригинале. В поручении могут быть указаны особые требования, согласованные сторонами в арбитражном соглашении, это касается доказательств назначения арбитров и его признания.

Во всех поручениях судья устанавливает срок выполнения. Стороны должны быть скрыты судьей, который отправил поручение. Стороны будут контролировать соблюдение поручений судом получателя, через лицо, которое несет ответственность за отправку судебных актов. О пересылке письма в другое судебное учреждение будет немедленно сообщено в отдел грузоотправителя.

В настоящее время наиболее распространена отправка поручений в электронной форме, в этом случае подпись судьи должна быть также электронной, в соответствии с за-

конодательством. Более быстрый и эффективный метод отправки поручений и других актов суда.

Поручения принимаются по электронной почте, телефону или почте, однако они должны содержать существенные требования, касающиеся оценки подлинности.

Секретарь суда или начальник отдела отправки корреспонденции, в тот же день или на следующий рабочий день, звонят или отправляют электронное письмо секретарю суда, клерку или руководителю Секретариата суда с просьбой подтвердить получение. За отправку поручений взимается плата.

Судья отказывается от выполнения поручения, и возвращает его, когда:

- письмо, не соответствует правовым требованиям;
- сомнение в компетентности судьи и т.д.;
- сомнения в его подлинности.

В этих случаях поручение, будет возвращено в суд, который его отправил, в течение десяти (10) дней, независимо от перевода и уплаченных сборов.

Статья 269 ГПК ФРБ определяет повестку в суд как акт, посредством которого вызывается лицо, в котором указывается процессуальный срок. Направляется адвокатам для передачи другой стороне по почте, чтобы та присоединилась к делу, а копия уведомления о получении повестки передается обратно в суд.

Повестки для союзов, штатов, федеральных округов, муниципалитетов и их соответствующих местных органов власти будут рассмотрены перед советом общественной защиты, ответственным за юридическое представительство.

Повестки могут направляться лицам, участвующим в деле, в соответствии с законом, по электронной почте. По общему правилу их выносит судья рассматривающий дело. Повестка считается также вынесенной, когда она публикуется в акте суда. В повестке должны быть указаны: название общества, к которому относятся адвокаты, должны образом

зарегистрированные в содружестве адвокатов Бразилии; имена сторон и их адвокатов, с указанием номера записи в порядке, установленном адвокатами Бразилии, или, если это необходимо, юридической фирмы. Несоблюдение этого требования наказывается лишением свободы. Наименования сторон не должны содержать сокращений, аналогичное требование предъявляется к написанию ФИО адвокатов, которые должны соответствовать ФИО, указанным в доверенности.

Если невозможна отправка повестки в суд посредством электронной связи, то возможно вручение повестки лично, если место жительства лица находится по месту нахождения судебного органа; или по почте письмом, с подтверждением получения, в случае, когда местожительства находится в ином месте.

Повестки будут направлены сторонам, их законным представителям, адвокатам и другим участникам процесса по почте непосредственно секретарем или начальником секретариата.

Считается, надлежаще отправленной повестка, направленная по адресу, содержащемуся в протоколе суда, и даже, если она не будет получена заинтересованным лицом, если информация об изменении адреса не были надлежащим образом доведены до сведения суда.

О недействительности судебного акта должно быть заявлено при первой возможности в ходе разбирательства, в противном случае будет применяться принцип эстоппель.

Недействительным будет судебное разбирательство, когда представитель государственного обвинения не был вызван в процесс, когда его участие являлось обязательным, аналогичное требование касается вызова других представителей государственных органов.

Повестки будут признаны недействительными, если они будут сделаны без соблюдения требований законодательства.

Ошибка формы процесса влечет за собой только признание недействительными акты.

Изменения в гражданском процессе Бразилии направлены на ускорение процедуры судебного разбирательства<sup>3</sup>. Закреплена ответственность всех лиц, участвующих в деле, которые своими действиями затягивают процесс. Определена обязанность сторон незамедлительно сообщать о нарушениях или недействительности судебных актов, в противном случае сторона будет лишена такого права и будет применяться принцип эстоппель. Все изменения произошедшие в процессуальном законодательстве направлены на защиту прав и интересов гражданского общества<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров в разнесистемных правовых порядках. М.: Изд-во Инфотропик, 2017. С. 5.

<sup>4</sup> Dudin M.N., Frolova E.E., Protopopova O.V., Artemieva Ju.A., Abashidze A.H. Latin America and Russia on the course of mutual contingency under condition of global economic crisis. *International Journal of Applied Business and Economic Research*. 2016. Т. 14. № 15. С. 11161–11170.

## АЛЬТЕРНАТИВНОЕ УРЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСОВЫХ СПОРОВ В ИНДОНЕЗИИ<sup>1</sup>

**Ситкарева Елена Витальевна**

Кандидат юридических наук, доцент,  
доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Макляя, д. 6,  
тел.: 8-495-433-14-28; sitkareva\_e@mail.ru

В статье дана характеристика деятельности и основных функций Управления по финансовым услугам Индонезии (Financial Services Authority – OJK); исследованы способы создания альтернативных институтов разрешения споров в финансовом секторе («Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa» или «LAPS»).

*Ключевые слова:* право Индонезии, финансовые споры, финансовый арбитраж, Управление по финансовым услугам.

Мировой финансовый кризис 2007–2008 гг. практически не затронул финансовую систему Индонезии, тем не менее, правительством страны был осуществлен ряд законодательных реформ для обеспечения постоянной экономической стабильности и повышения уровня управления рисками в банковской отрасли. Был также создан новый набор нормативных правил для оказания помощи потребителям в поиске средств защиты своих финансов от потерь (например, были введены новые положения в закон о защите потребителей и в закон о банкротстве). Как отмечали индонезийские адвокаты Тджахьяди Бунджамин, Нарендра Адияса, Мишель Вирджи-

---

<sup>1</sup> *Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2017–2019 гг. № 17-03-00093 «а» «Порядок разрешения финансовых споров в странах АТР» (науч. рук. – Е.Е. Фролова).*

ани, Аластер Хендерсон и Эммануэль Чуа, – «сочетание этих факторов привело к увеличению числа финансовых споров»<sup>2</sup>.

Как правило, требования, предъявляемые к финансовым учреждениям, выдвигаются как «иски о незаконных действиях» (as ‘unlawful act’ claims) в соответствии со ст. 1365 Гражданского кодекса Индонезии (1365 of the Indonesian Civil Code – ICC). В контексте индустрии финансовых услуг иски в отношении незаконных действий чаще всего связаны с ложной рекламой и неправильной продажей финансовых продуктов. Иски о незаконном действии могут возникать как из регулируемой, так и нерегулируемой финансовой деятельности. Если инвестор или клиент заключили договор с поставщиком финансовых услуг, в зависимости от вида договора, они могут также предъявить иск по ст. 1243 или ст. 1267 ГК Индонезии за нарушение договора.

В Индонезии, как и во всем мире, обязательства финансовых учреждений перед клиентами обычно фиксируются в договоре между финансовым учреждением и клиентом. Указанные обязательства отличаются от обязательств финансовых учреждений перед Управлением по финансовым услугам Индонезии (Financial Services Authority – ОЖК). Продажа и продвижение финансовых продуктов и услуг регулируется в соответствии с Регламентом № 1/ПОЖК07/2013 (Regulation No. 1/ПОЖК 07/2013) и контролируется Управлением по финансовым услугам Индонезии (ОЖК). В Регламенте 2013 г. излагаются параметры и ограничения, которые применяются к продаже и продвижению финансовых продуктов и услуг, а

---

<sup>2</sup> Bunjamin Tjahjadi, Adiyasa Narendra, Virgiany Michelle, Henderson Alastair and Chua Emmanuel. Financial Services Litigation. Indonesia. Published: August 2017. URL: <https://gettingthedealthrough.com/area/89/jurisdiction/42/financial-services-litigation-2017-indonesia/> (дата обращения: 12.09.17).

также к неконтрактным обязанностям финансовых учреждений перед их клиентами и ОJK<sup>3</sup>.

В соответствии с Законом Индонезии № 8 от 1995 г. «О рынках капитала» (Law No. 8 of 1995 on Capital Markets) инвесторы (физические и юридические лица) могут возбуждать гражданские иски против финансового учреждения за нарушение положений закона. Кроме того, Регламентом № 1/ПОJK07/2013 также предусматривает, что финансовые учреждения несут ответственность за любые убытки, понесенные их клиентами, если такая потеря была вызвана их ошибкой или небрежностью.

#### **Управление по финансовым услугам Индонезии (ОJK)**

Управление по финансовым услугам Индонезии (ОJK) обеспечивает специальную процедуру разрешения финансовых споров (процесс, подобный медиации). Вопросы, которые могут быть урегулированы в этом процессе, должны соответствовать следующим критериям: 1) ответчиком выступает банк, пенсионный фонд, компания по страхованию жизни, лизинговая компания, ломбард или гарантийное учреждение; 2) сумма денежных потерь не должна превышать 500 млн рупий или, если ответчик является страховой компанией, 750 млн рупий; 3) соответствующее финансовое учреждение пыталось разрешить спор, но не сделало этого, как определено в Регламенте № 1/ПОJK07/2013 (Регламент требует, чтобы финансовые учреждения периодически сообщали о любых жалобах клиентов и о ходе рассмотрения каждой такой жалобы); 4) спор не передавался на разрешение другого форума по разрешению споров; 5) спор не является уголовным преступлением. Регламент № 1/ПОJK07/2013 прямо предусматривает, что только потребитель финансовых услуг может инициировать эту процедуру. Заявление потре-

---

<sup>3</sup> Financial Services Authority.URL: <http://www.ojk.go.id/en/default.aspx> (дата обращения: 10.09.17).

бителя должно быть подано в Управление ОЖК в срок, не превышающий 60 дней получения потребителем ответа от финансового учреждения. Управление ОЖК должно назначить одного или нескольких посредников (facilitators). Переговоры должны привести либо к письменному соглашению сторон об урегулировании спора (т.е. к мировому соглашению – settlement agreement), либо, если это невозможно, к протоколу о проведении переговоров (minutes of the facilitation).

Кроме того, существует несколько учреждений по альтернативному разрешению споров, зарегистрированных в Управлении по финансовым услугам Индонезии (ОЖК), которые рассматривают споры о предоставлении финансовых услуг. Каждое учреждение может предлагать различные механизмы разрешения споров – медиацию, квази-суд (adjudication) или арбитраж. Стороны могут согласиться передать свои споры в соответствующее учреждение до или после возникновения спора.

16 января 2014 г. Управление по финансовым услугам (ОЖК) опубликовало Регламент № 1 / POJK / 2014, определяющий порядок создания альтернативных институтов разрешения споров в финансовом секторе («Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa» или «LAPS»). Согласно положениям указанного Регламента «LAPS» может быть создано финансовым учреждением путем соглашения с Ассоциацией в соответствующем секторе финансовых услуг. В категорию финансовых учреждений входят банковские, фондовые рынки, страховые, пенсионные фонды и финансовые учреждения, а также другие финансовые учреждения, такие ломбарды, гарантийные учреждения, индонезийский институт финансирования экспорта и учреждения, которые осуществляют обязательное управление государственными фондами.

Урегулирование споров с помощью LAPS. Все жалобы клиентов сначала должны быть обработаны соответствующим финансовым учреждением с целью их разрешения, в



противном случае потребитель финансовой услуги должен обратиться в суд или в арбитраж. «LAPS» предоставляет потребителю услуги по внесудебному урегулированию спора. Каждый «LAPS» должен быть в обязательном порядке зарегистрирован в Управлении по финансовым услугам Индонезии и входить в «Перечень LAPS». Урегулирование споров через LAPS является конфиденциальным по своему характеру. Решение LAPS относительно спора не публикуется. Соответствующее учреждение финансового обслуживания должно добровольно исполнять решение LAPS.<sup>4</sup> На сегодняшний день в Индонезии создано четыре LAPS, а именно:

- Совет по арбитражу на рынке капитала Индонезии (Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia),
- Индонезийский совет по медиации в страховании (Badan Mediasi Asuransi Indonesia)
- Совет по медиации Пенсионного фонда ((Badan Mediasi Dana Pensiun)
- Платежная система «Защита потребителей» Банка Индонезии (Payment System «Services Consumers Protection»)<sup>5</sup>.

### **Арбитражные центры Индонезии по разрешению финансовых споров**

В настоящее время деятельность арбитражных учреждений урегулирована нормами Закона Индонезии «Об арбитраже и альтернативном разрешении споров» № 30 от 1999 г. (Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Hutagalung Novario Asca. OJK regulation on alternative dispute resolution in the financial sector. URL: [http://www.abnrlaw.com/news\\_detail.php?send\\_news\\_id=228&year=2014](http://www.abnrlaw.com/news_detail.php?send_news_id=228&year=2014) (дата обращения: 11.09.2017).

<sup>5</sup> Payment System in Indonesia. URL: [http://www.bi.go.id/en/sistem-\\_pembayaran/di-indonesia/perlindungan/Contents/Default.aspx](http://www.bi.go.id/en/sistem-_pembayaran/di-indonesia/perlindungan/Contents/Default.aspx) (дата обращения: 10.09.17).

<sup>6</sup> Текст Закона Индонезии об арбитраже и альтернативных способах разрешения споров № 30 от 1999 г. на англ.яз. Arbitration in Indonesia. Law No. 30 of 1999 Arbitration and Alternative Dispute Resolutions URL:

Как писала Ермакова Е.П., – «закон был подготовлен без учета Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. В законе 1999 г. закреплены 2 вида арбитража – международный арбитраж и внутренний арбитраж. Соответственно различаются нормы, регулирующие порядок исполнения внутренних и иностранных арбитражных решений на территории Индонезии. Согласно ст. 59 Закона 1999 г. внутренние арбитражные решения могут быть принудительно исполнены путем обращения в районный суд общей юрисдикции (Pengadilan Negeri), по истечении 30 дней с момента вынесения решения. Внутренние арбитражные решения не подлежат обжалованию»<sup>7</sup>. Как отмечали индонезийские адвокаты Тимур Сукирно и Ферри Аритонанг, – «для исполнения иностранного арбитражного решения в соответствии со ст. 65 Закона 1999 г. заявителю необходимо обратиться в Центральный Районный суд Джакарты. Решение районного суда не подлежит обжалованию ни в порядке апелляции, ни в порядке кассации. Можно обжаловать в кассационном порядке отказ председателя Центрального районного суда Джакарты о принятии документов к рассмотрению (ст. 68 Закона 1999 г.). В этом случае кассация направляется в Верховный суд Индонезии (Mahkamah Agung)»<sup>8</sup>.

---

[http://www.hhp.co.id/files/Uploads/Documents/Type%202/HHP/br\\_hhp\\_arbitrationindonesia.pdf](http://www.hhp.co.id/files/Uploads/Documents/Type%202/HHP/br_hhp_arbitrationindonesia.pdf) (дата обращения: 11.09.2017); на индонезийском языке URL: [http://id.wikisource.org/wiki/Undang-Undang\\_Republik\\_Indonesia\\_Nomor\\_30\\_Tahun\\_1999](http://id.wikisource.org/wiki/Undang-Undang_Republik_Indonesia_Nomor_30_Tahun_1999) (дата обращения: 11.09.2017).

<sup>7</sup> Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах: монография. М.: Юрлитинформ, 2015. С. 90.

<sup>8</sup> Sukirno Timur and Aritonang Ferry. Litigation and enforcement in Indonesia: overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-520-7446?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-520-7446?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

### **Индонезийский национальный арбитражный совет (BANI)**

Ведущим арбитражным центром Индонезии является Индонезийский национальный арбитражный совет (Badan Arbitrase Nasional Indonesian – (BANI)<sup>9</sup>. BANI был создан в 1977г. при поддержке Торгово-промышленной палаты Индонезии, указывала индонезийский автор Александра Герунган<sup>10</sup>. Центральный офис BANI находится в столице страны Джакарте. BANI также имеет офисы в городах Сурабая (остров Ява), Денпасар (остров Бали), Медан (остров Суматра), Понтианак (остров Калимантан), Палембанг (остров Суматра), Батам (остров Риау). Офисы Арбитражного центра есть также в Лондоне и Эдинбурге. BANI предоставляет услуги в области арбитража и медиации. В BANI был разработан Арбитражный регламент, в настоящее время действует Регламент от 29 августа 2017 г.<sup>11</sup> В список арбитров BANI в настоящее время включены 100 человек, 30 из которых – иностранные граждане.

### **Индонезийский центр исламского арбитража**

Центр исламского арбитража (Badan Arbitrase Syariah Indonesia) предоставляет услуги по разрешению коммерческих и финансовых споров между мусульманами<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Сайт Индонезийского национального арбитражного совета – Badan Arbitrase Nasional Indonesian. URL: <http://www.bani-arb.org/> (дата обращения: 15.09.17).

<sup>10</sup>Gerungan Alexandra F. M. Indonesia. International Arbitration. URL: [http://makarim.com/uploads/938734\\_GLI-InternationalArbitration2\\_Indonesia\\_2016.pdf](http://makarim.com/uploads/938734_GLI-InternationalArbitration2_Indonesia_2016.pdf) (дата обращения: 22.09.17).

<sup>11</sup> Rules of Arbitral Procedure Of The Indonesia National Board Of Arbitration 2017. URL: <https://docgo.org/rules-of-arbitral-procedure-of-the-indonesia-national-board-of-arbitration> (дата обращения: 10.09.17).

<sup>12</sup> Gerungan Alexandra F. M. Op.cit.

### **Арбитражный совет индонезийского рынка капиталов**

В 2002 г. в Индонезии при поддержке Индонезийского агентства по надзору за рынком капитала (Варерам) был создан «Арбитражный совет индонезийского рынка капиталов» (Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia – ВАРМІ). Джакартская фондовая биржа (JSX), Сурабайская фондовая биржа (SSX), Индонезийская клиринговая и гарантийная корпорация (КРЕІ), Индийский центральный депозитарий ценных бумаг (КСЕІ) и еще 17 ассоциаций в секторе индонезийского рынка капитала подписали «Меморандум о взаимопонимании», о создании Арбитражного учреждения, которое позднее было названо «Арбитражным советом индонезийского рынка капиталов» или «ВАРМІ».

ВАРМІ предоставляет услуги по урегулированию споров по запросу сторон спора через механизмы внесудебного урегулирования споров. Однако не все споры могут быть урегулированы через ВАРМІ. Споры, которые могут быть урегулированы ВАРМІ, должны отвечать следующим требованиям: 1) только гражданские споры, возникающие между спорящими сторонами в области или в связи с Рынком капитала; 2) заключено соглашение между спорящими сторонами о том, что спор будет урегулирован через ВАРМІ; 3) письменный запрос – регистрация дела (written request – case registration) спорящими сторонами делается в ВАРМІ; 4) спор не входит в сферу уголовного или административного права.

ВАРМІ предоставляет четыре вида внесудебных услуг по урегулированию споров, которые должны быть избраны сторонами спора: 1) заключительное мнение (Binding Opinion), 2) медиацию (Mediation), 3) квази-судебное разбирательство (Adjudication), 4) арбитраж (Arbitration).

ВАРМІ быстро и уверенно завоевал позиции на рынке арбитражных услуг. В ВАРМІ принят целый ряд внутренних документов: 1) Арбитражные правила 2002 г., 2) Изменение в Арбитражные правила от 2009 г., 3) Правила об арбитраж-

ных сборах и расходах 2005 г., 4) Правила о назначении арбитров 2002 г., 5) Правила этики арбитров 2004 г. и др.

**Выводы.** Исходя из изложенного выше, можно заключить, что в Индонезии создана развернутая сеть органов по альтернативному разрешению споров между поставщиками и потребителями финансовых продуктов. Альтернативных институты разрешения споров в финансовом секторе («Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa» или «LAPS») создаются финансовыми учреждениями Индонезии (банками, биржами, страховыми компаниями и пр.) и должны быть зарегистрированы в Управлении по финансовым услугам Индонезии (Financial Services Authority – OJK).

## МЕЖДУНАРОДНЫЕ И ВНУТРЕННИЕ ФИНАНСОВЫЕ СПОРЫ: В ЧЕМ ОТЛИЧИЕ?<sup>1</sup>

**Фролова Евгения Евгеньевна**

доктор юридических наук, профессор,  
заведующая кафедрой гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
тел.: 8-495-433-14-28; frolevgevg@mail.ru

В статье представлен обзор международных споров в сфере финансового сектора и внутренних финансовых споров; отмечено создание первого в мире международного финансового арбитража, дана характеристика «Арбитражного руководства 2013 г.» Международной ассоциации свопов и деривативов.

*Ключевые слова:* международные финансовые споры, внутренние финансовые споры, финансовые продукты, финансовые услуги, FINRA, Международная ассоциация свопов и деривативов.

Экспансия и глобализация международных инвестиций и торговли привели к увеличению числа сложнейших коммерческих взаимоотношений между компаниями, инвесторами и государствами. Некоторые из этих взаимоотношений неизбежно рушатся, и сторонам приходится предусматривать (желательно в самом начале своих отношений) наиболее эффективные методы разрешения возможных конфликтов<sup>2</sup>. Арбитраж, как средство разрешения споров, стал привлекательным вариантом во многих секторах современной экономики. Международные финансовые рынки и финансовые учрежде-

---

<sup>1</sup> Исследование подготовлено при финансовой поддержки РФФИ в рамках научного проекта № 17-03-00093 «а» (науч. рук. – Е.Е. Фролова).

<sup>2</sup> Практика «Лэйтам энд Уоткинс» в области международного коммерческого арбитража. URL: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/2014-guide-to-international-arbitration-russian-edition> (дата обращения: 21.09.2017).

ния все чаще рассматривают арбитраж как подходящий и эффективный форум для урегулирования споров.

### **Международные финансовые споры**

Однако, в случае возникновения международных финансовых споров финансовые учреждения традиционно предпочитают судебное разбирательство, а не арбитраж или медиацию. Американские цивилисты, например, Тед Б. Хоуз, Марк Ханче, Винсент Ло перечисляют причины этой предвзятости:

«1) судебное разбирательство обеспечивает надежное право на рассмотрение финансового спора;

2) суд всегда руководствуется принципом «верховенства закона» («Rule of law»);

3) судьи государственных судов в «ключевых юрисдикциях» (key jurisdictions), таких как Нью-Йорк и Лондон, более опытны в финансовых вопросах (sophisticated adjudicators);

4) преимущества арбитража часто менее актуальны для споров между финансовыми учреждениями».<sup>3</sup>

Но в последние 5 лет многие международные организации обратили самое пристальное внимание к проблеме альтернативного разрешения финансовых споров.

В январе 2012 г. в Гааге был создан **первый в мире международный финансовый арбитраж** – «Центр по разрешению международных финансовых споров» – «P.R.I.M.E Finance»<sup>4</sup>. Центр имеет свой собственный Арбитражный регламент (The P.R.I.M.E. Finance Arbitration Rules), созданный по образцу Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 г.

---

<sup>3</sup> Abu-Manneh Raid, Howes B.Ted, Hanchet Mark, Law Vincent. Hot Topics Affecting the Financial Services Industry. URL: <https://www.mayerbrown.com/files/> (дата обращения: 20.09.2017).

<sup>4</sup> Центр по разрешению международных финансовых споров – P.R.I.M.E Finance. URL: <https://primefinancedisputes.org/> (дата обращения: 27.09.2017).

Арбитражный регламент Центра был подготовлен после длительных консультаций с большой группой финансовых экспертов, и специально адаптирован к спорам, возникающим на финансовых рынках. Например, в Регламент были включены положения об ускоренном арбитражном производстве, включающие процедуры ускоренного арбитража и экстренного арбитража. В центре P.R.I.M.E. была сформирована группа экспертов и арбитров, в которую вошли представители американских, европейских и азиатских финансовых рынков. «Группа состоит из более чем 130 юридических и финансовых экспертов с коллективным финансовым опытом более 4000 лет. Среди членов группы – пенсионеры и судьи в отставке, работники центральных банков и финансовых регуляторов, представители частной практики и участники деривативного рынка (как дилеры, так и покупатели)».<sup>5</sup>

В 2013 г. Международная ассоциация свопов и деривативов опубликовала «**Арбитражное руководство**» (**The 2013 ISDA Arbitration Guide**) по использованию арбитража в типовых контрактах. В Руководстве были перечислены следующие рекомендованные арбитражные центры: Лондон (LCIA), Нью-Йорк (AAA-ICDR), Париж (ICC), Гонконг (HKIAC), Сингапур (SIAC), Гаага (P.R.I.M.E. Finance)<sup>6</sup>. Руководство содержит ряд типовых арбитражных оговорок, разработанных для использования в стандартных договорах ISDA 1992, 2002 и 2013 гг.

В том же 2013 г. известная аудиторская фирма «**PriceWaterhouseCoopers**» представила статистический отчет, в котором указывалось, «что 23% респондентов сектора

---

<sup>5</sup> History // P.R.I.M.E. Finance. URL: <https://primefinancedisputes.org/page/history> (дата обращения: 02.10.17).

<sup>6</sup>The 2013 ISDA Arbitration Guide. URL: [http://www.isda.org/publications/pdf/ISDA\\_Arbitration\\_Guide\\_Final\\_09.09.13.pdf](http://www.isda.org/publications/pdf/ISDA_Arbitration_Guide_Final_09.09.13.pdf) (дата обращения: 22.09.2017).



финансовых услуг стали предпочитать урегулирование финансовых споров посредством арбитража»<sup>7</sup>.

В 2016 г. Комиссия по арбитражу и альтернативным способам разрешения споров **Международной торговой палаты (ИСС)** создала Целевую группу по исследованию проблемы использования арбитража в разрешении международных финансовых споров. Исследование охватывало многие типы финансовых учреждений, в том числе многосторонние и двусторонние финансовые институты развития, экспортные кредитные агентства, предоставляющие кредиты или инструменты для смягчения рисков, поскольку эти учреждения время от времени использовали арбитраж. При этом, Целевая группа проанализировала решения как международного коммерческого, так и инвестиционного арбитража. Целевая группа представила Доклад, в котором отмечалось, что финансовые учреждения во всем мире не используют потенциальные выгоды международного коммерческого и инвестиционного арбитража в максимально возможной степени<sup>8</sup>.

В докладе Целевой группы, в частности, указывалось, что 70% респондентов не знали, участвовали ли их финансовые учреждения в любых международных арбитражах за последние пять лет или нет. И лишь 24% респондентов ответили положительно, в результате чего международный арбитраж составлял менее 5% всех споров финансовых учреждений. Однако, подчеркивали английские адвокаты Д. Спеллер и Ф. Хорнелл-Стрикленд, «за этими статистическими данными стоит сюжет более сложный и тонкий: международный арбитраж распространен в одних областях финансового сек-

---

<sup>7</sup> Speller Duncan and Hornyold-Strickland Francis. International arbitration in the finance sector: Room to grow? URL: <https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/> (дата обращения: 01.10.17).

<sup>8</sup> Report by a Task Force of the Commission on Arbitration and ADR of the International Chamber of Commerce (ICC). URL: <https://iccwbo.org/publication/financial-institutions-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report/> (дата обращения: 13.09.2017).

тора более, чем в других. В целом, в финансовой сфере наблюдается растущий интерес к арбитражу, особенно в тех случаях, когда сторона или объект спора находятся в юрисдикции страны, где суды воспринимаются как ненадежные, и, где не могут быть достигнуты договоренности по выбору суда»<sup>9</sup>. Возросла осведомленность финансовых учреждений относительно споров по производным инструментам: банки проявляют готовность принять арбитражные оговорки в своих контрактах. Тем не менее, несмотря на этот рост, арбитраж остается недостаточно представленным в некоторых областях финансового сектора. В докладе Целевой группы было также отмечено, что международный арбитраж относительно не задействован как средство разрешения споров в сфере исламского финансирования; что арбитраж используется минимально в спорах, касающихся соглашений об управлении активами.

Центры международного арбитража некоторых стран недавно разработали новые арбитражные регламенты, которые направлены на удовлетворение потребностей пользователей в секторе финансовых услуг. Например, для решения проблемы более быстрого разрешения финансовых споров Китайская международная комиссия по экономическим и торговым арбитражам (СІЕТАС) в 2014 г. опубликовала специализированный Регламент по разрешению финансовых споров (China International Economic and Trade Arbitration Commission Financial Disputes Arbitration Rules). В положениях регламента определено понятие финансовых операций, перечислены виды финансовых операций. Термин «финансовые операции» относится к сделкам, возникающим между финансовыми учреждениями и другими физическими или юридическими лицами на рынках валюты, капиталов, золота или страхования, которые связаны с обменом валюты как внутри страны, так и за рубежом, а также с иными финансо-

---

<sup>9</sup> Speller Duncan and Hornyold-Strickland Francis. Op. cit.

выми инструментами и документами, деноминированными как в национальной, так и в иностранной валюте.

В Международном арбитражном центре Гонконга в последние годы был принят Регламент арбитража по ценным бумагам (HKIAC Securities Arbitration Rules), а также Регламент арбитража по сделкам в электронной форме (HKIAC Electronic Transaction Arbitration Rules)<sup>10</sup>.

Как правило, сторонами международных финансовых споров выступают финансовые учреждения (Financial Institution), т.е. организации, для которых основной деятельностью является осуществление финансовых операций, таких как инвестиции, кредиты и депозиты. Традиционно, финансовыми учреждениями являются банки, трастовые компании, страховые компании и инвестиционные дилеры.

### **Внутренние финансовые споры**

В последнее десятилетие (2007–2017 гг.) многие государства начали создавать специальные учреждения – центры по альтернативному урегулированию (арбитраж, медиация, омбудсмен) финансовых споров между финансовыми учреждениями и их клиентами – физическими лицами, инвесторами и другими потребителями финансовых услуг. Понятия «финансовые услуги» или «финансовые продукты» (*financial services or financial products*) прочно вошли в законодательство многих государств, например, в Малайзии этот термин закреплен Законом о финансовых услугах 2013 г. (*Financial Services Act 2013 – FSA*)<sup>11</sup> и Законом об исламских финансовых услугах 2013 г. (*Islamic Financial Services Act 2013 –*

---

<sup>10</sup> Hong Kong International Arbitration Centre. URL: [https://www.gov.hk/en/about/abouthk/factsheets/docs/financial\\_services.pdf](https://www.gov.hk/en/about/abouthk/factsheets/docs/financial_services.pdf) (дата обращения: 25.09.2017).

<sup>11</sup> Financial Services Act 2013. URL: [http://www.federalgazette.agc.gov.my/outputaktap/20130322\\_758\\_BI\\_АСТ%20758.pdf](http://www.federalgazette.agc.gov.my/outputaktap/20130322_758_BI_АСТ%20758.pdf) (дата обращения: 10.09.2017).

*IFSA*).<sup>12</sup> Согласно законам Малайзии 2013 г. разрешение финансовых споров в первую очередь входит в компетенцию Омбудсмана по финансовым услугам (*Ombudsman for Financial Services – OFS*).

Но «застрельщиком» в деле альтернативного урегулирования споров между финансовыми учреждениями и потребителями финансовых услуг выступают США. В 2007 г. в стране был создан **негосударственный регулирующий орган в сфере финансовой индустрии** (надзора за деятельностью профессиональных участников рынка ценных бумаг США) – **FINRA (Financial Industry Regulatory Authority)**, одним из полномочий которого было урегулирование споров между финансовыми брокерами и их клиентами в порядке арбитража или медиации.<sup>13</sup> В настоящее время многие специалисты ставят FINRA на первое место в мире среди органов, осуществляющих урегулирование споров между поставщиками и потребителями финансовых услуг<sup>14</sup>.

Членами FINRA являются финансовые компании США, работающие с ценными бумагами и не контролируемые другими регуляторами, например, финансовые брокеры.

В 2007 г. были приняты внутренние нормативные акты FINRA: Арбитражный кодекс по разрешению споров с потребителями (*Code of Arbitration Procedure for Customer Dis-*

---

<sup>12</sup> Financial Services Act 2013 and Islamic Financial Services Act 2013 Come Into Force. URL: <http://www.mahwengkwai.com/financial-services-act-2013-and-islamic-financial-services-act-2013-come-into-force/> (дата обращения 16.09.2017).

<sup>13</sup> Financial Industry Regulatory Authority. URL: <https://www.finra.org/> (дата обращения: 12.09.2017).

<sup>14</sup> Yoon Byung-Chol. Use of Arbitration for Disputes Arising from Financial Transactions and Derivative Contracts. 13.10.2016. URL: [http://uncitralcap.org/wp-content/uploads/2016/11/SY\\_WORK-\\_3307841-v2-Use\\_of\\_Arbitration\\_for\\_Disputes\\_Arising\\_from\\_Financial\\_Transactions\\_and\\_Derivative\\_Contracts.pdf](http://uncitralcap.org/wp-content/uploads/2016/11/SY_WORK-_3307841-v2-Use_of_Arbitration_for_Disputes_Arising_from_Financial_Transactions_and_Derivative_Contracts.pdf) (дата обращения: 30.09.2017).

putes – Customer Code)<sup>15</sup>, Арбитражный кодекс по разрешению споров в сфере финансовой индустрии (Code of Arbitration Procedure for Industry Disputes (2007)<sup>16</sup>, Кодекс медиации (Code of Mediation Procedure)<sup>17</sup>. Эти документы стали образцом для создания подобных органов в странах англосаксонской правовой традиции.

Так, в Сингапуре был создан **негосударственный орган – «Центр по разрешению споров в сфере финансовой индустрии»** (The Financial Industry Disputes Resolution Centre Ltd – FIDReC), миссией которого было «обеспечить доступную альтернативную схему разрешения споров, которая является независимой и беспристрастной, с тем чтобы поощрять разрешение споров между потребителями и финансовыми учреждениями дружественным и справедливым образом»<sup>18</sup>. На сегодняшний день Центр FIDReC – это главное учреждение Сингапура, специализирующееся на разрешении финансовых споров между потребителями финансовых услуг и финансовыми учреждениями<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Code of Arbitration Procedure for Customer Disputes (2007). 12000. (Customer Code) URL: [http://finra.complinet.com/en/display/display\\_viewall.html?rbid=2403&element\\_id=4096&record\\_id=5174&filtered\\_tag=](http://finra.complinet.com/en/display/display_viewall.html?rbid=2403&element_id=4096&record_id=5174&filtered_tag=) (дата обращения: 01.10.17).

<sup>16</sup> Code of Arbitration Procedure for Industry Disputes (2007) – finra 13000. URL: [http://finra.complinet.com/en/display/display\\_main.html?rbid=2403&element\\_id=4193](http://finra.complinet.com/en/display/display_main.html?rbid=2403&element_id=4193) (дата обращения: 01.10.17).

<sup>17</sup> Code of Mediation Procedure – finra 14000. URL: [http://finra.complinet.com/en/display/display\\_main.html?rbid=2403&element\\_id=4293](http://finra.complinet.com/en/display/display_main.html?rbid=2403&element_id=4293) (дата обращения: 01.10.17).

<sup>18</sup> The Financial Industry Disputes Resolution Centre Ltd. URL: <http://www.fidrec.com.sg/website/index.html> (дата обращения: 25.09.2017).

<sup>19</sup> Ивановская Н.В. Альтернативные способы разрешения финансовых споров в Сингапуре // «Черные дыры» в Российском законодательстве». 2017. № 4. С. 35; Фролова Е.Е. Правовое регулирование альтернативного разрешения споров между поставщиками и потребителями финансовых услуг в Сингапуре // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Философия, социология, право. 2017. № 24 (273). Вып. 42. С. 157–162; Русакова Е.П. Финансовая система Сингапура: фи-

Согласно законодательству Малайзии, **сторонами во внутренних финансовых спорах** могут выступать: поставщик финансовой услуги (*financial service provider*), с одной стороны, и потребитель финансовой услуги (*financial consumer*), с другой стороны (Приложение 1 к Закону о финансовых услугах 2013 г.). Поставщиками финансовых услуг могут быть банки и иные финансовые учреждения, получившие лицензию на оказание финансовых услуг Центрального Банка Малайзии. К ним относятся: коммерческие банки, исламские банки, страховые компании, компании по исламскому страхованию, эмитенты платежных инструментов (в том числе небанковские эмитенты электронных денег), эмитенты исламских платежных инструментов (в том числе небанковские эмитенты исламских электронных денег), страховые брокеры и брокеры исламского страхования, лицензированные финансовые консультанты и исламские финансовые консультанты.<sup>20</sup> Потребителями финансовых услуг могут выступать лица, получившие финансовые услуги для личных, бытовых или домашних целей; или для ведения малого бизнеса. Согласно положениям указанных выше законов Малайзии 2013 г. **под внутренним финансовым спором следует понимать спор, сторонами которого являются потребитель финансовых услуг (*financial consumer*) и поставщик финансовых услуг (*financial service provider*)**. К финансовым спорам относятся споры в области страхования и исламского страхования, а также споры по поводу банковских карт, банковских счетов, банкоматов, интернет-банкинга, мобильного банкинга, и другие.

В Новой Зеландии взаимоотношения между поставщиками финансовых услуг (банками, страховыми компаниями,

---

нансовые споры в коммерческом арбитраже // МИР (Модернизация. Инновации. Развитие). 2017. Т. 8. № 3 (31). С. 424–429.

<sup>20</sup> Mission. The Ombudsman for Financial Services (OFS). URL: <http://www.ofs.org.my/en/mission> (дата обращения: 16.08.2017).

фондами и др.) и потребителями урегулированы «Законом о поставщиках финансовых услуг (регистрация и разрешение споров)» 2008 г. (*FSPA*), который действует в редакции 2011 г. (далее – Закон *FSPA* 2008 г.)<sup>21</sup>. Согласно положениям указанного закона, физические лица или фирмы, предоставляющие финансовые услуги в Новой Зеландии, должны зарегистрироваться в специальном реестре поставщиков финансовых услуг (*FSPR*)<sup>22</sup>. Ст. 5 закона определяет **понятие финансового спора – это спор между поставщиками и потребителями финансовых услуг по поводу предоставления услуг**. Следует констатировать, что «система альтернативного разрешения финансовых споров, закрепленная Законом *FSPA* 2008 г., отвечает принципам международной практики разрешения споров, включающим в себя: а) доступность (*Accessibility*), б) независимость (*Independence*), в) справедливость (*Fairness*), г) подотчетность (*Accountability*), д) оперативность и действенность (*Efficiency and effectiveness*)»<sup>23</sup>.

**Выводы.** К финансовым спорам международного характера следует отнести международные споры финансовых учреждений (*Financial Institution*) в финансовой сфере, т.е. споры между банками, трастовыми компаниями, страховыми компаниями, инвестиционными дилерами, а также многосторонними и двусторонними финансовыми институтами развития, экспортными кредитными агентствами, предоставляющими кредиты или инструменты для смягчения рисков.

---

<sup>21</sup> *Financial Service Providers (Registration and Dispute Resolution) Act 2008 (Amendment Act 2014)*. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2008/0097/latest/DLM1109427.html> (дата обращения: 09.07.2017).

<sup>22</sup> *What is the FSPR? The Financial Service Providers Register (FSPR)*. URL: <https://www.companiesoffice.govt.nz/fsp/about-the-fspr/what-is-the-fspr> (дата обращения: 12.09.2017).

<sup>23</sup> Фролова Е.Е. – Понятие финансового спора в соответствии с положениями Закона Новой Зеландии о поставщиках финансовых услуг 2008 г. (с изменениями 2014г.) // «Черные дыры» в Российском законодательстве». 2017. № 4. С. 54.

К финансовым спорам внутреннего характера следует отнести споры между финансовыми учреждениями (поставщиками финансовых услуг) и гражданами (потребителями финансовых услуг) по поводу предоставления услуг. Причем потребителями финансовых услуг могут выступать лица, получившие финансовые услуги для личных, бытовых или домашних целей; или для ведения малого бизнеса. И в том, и в другом случае существуют исключения. Например, в США в категорию внутренних споров включаются также споры между финансовыми учреждениями. Так, регулирующий финансовый орган США – FINRA – разработал два арбитражных кодекса – «Потребительский кодекс» и «Промышленный кодекс».



**МЕЖДУНАРОДНЫЕ МЕЖПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ  
ОРГАНИЗАЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ  
СУДОПРОИЗВОДСТВЕ:  
ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ВСТРЕЧНОГО ИСКА**

**Щукин Андрей Игоревич**

Кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник  
отдела международного частного права Института законодательства  
и сравнительного правоведения при Правительстве РФ  
pil@izak.ru

Международные межправительственные организации, являясь в первую очередь субъектами международных отношений, зачастую вступают и в частноправовые отношения в рамках юрисдикции конкретного государства и порой становятся стороной судебных споров, вытекающих из этих отношений. При этом международные организации в силу норм международного права обладают комплексом иммунитетов от национальной юрисдикции. И здесь возникает ряд непростых вопросов, которые требуют своего решения. В статье затрагивается вопрос о том, обладает ли международная организация судебным иммунитетом в отношении предъявленного к ней встречного иска.

*Ключевые слова:* международная (межправительственная) организация, судебный иммунитет, встречный иск, международный гражданский процесс.

Одним из эффективных средств защиты прав ответчика в гражданском (арбитражном) процессе служит встречный иск, который представляет собой самостоятельное требование о защите субъективного права (интереса) ответчика, заявляемое последним в уже начавшемся разбирательстве для совместного его рассмотрения с первоначальным иском. Согласно ст. 137 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ) ответчик вправе до принятия судом решения предъявить к истцу встречный иск для совместного рассмотрения с первоначальным иском. Сходная норма содержится в ст. 132 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ).

До настоящего времени открытым остается вопрос о том, может ли ответчик воспользоваться названным средством защиты своих прав и интересов в случае участия на стороне истца международной межправительственной организации.

Часть первая ст. 401 ГПК РФ предусматривает, что международные организации подлежат юрисдикции судов в Российской Федерации по гражданским делам в пределах, определенных международными договорами Российской Федерации, федеральными законами. Об этом идет речь также в ст. 251 АПК РФ.

Так, в одном из таких международных договоров Российской Федерации – Конвенции о привилегиях и иммунитетах Шанхайской организации сотрудничества (ШОС) от 17.06.2004<sup>1</sup> предусмотрено, что данная организация, ее имущество и активы пользуются иммунитетом от любой формы административного или судебного вмешательства, за исключением случаев, когда она сама отказывается от иммунитета. При этом Совет глав государств-членов ШОС может отказаться в определенно выраженной форме от привилегий и иммунитетов, предоставленных организации (ст. 3). То есть отказ от иммунитета должен быть ясным, четким и прямо следовать из действий самой международной организации.

В то же время анализ норм некоторых международных соглашений, в том числе с участием России, дает основание характеризовать ряд предпринятых международной организацией процессуальных действий по существу дела как молчаливый отказ от судебного иммунитета и согласие с юрисдикцией суда. К примеру, Межправительственная организация по международным железнодорожным перевозкам (ОТИФ) в рамках своей официальной деятельности пользуется иммунитетом от любой формы судебного вмешательства и судебных решений, за исключением тех случаев, когда

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 11.08.2008. № 32. Ст. 3764.

предъявляется встречный иск, непосредственно связанный с процедурой, начатой по существу самой организацией<sup>2</sup>.

Согласно подп. «f» п. 2 ст. 4 Соглашения о штаб-квартире Секретариата договора об Антарктике в Буэнос-Айресе (Аргентинская Республика) от 10.05.2010<sup>3</sup> в рамках своей официальной деятельности Секретариат как орган Консультативного совещания по Договору об Антарктике пользуется иммунитетом в судебном и административном судопроизводстве, за исключением встречных исков, непосредственно связанных с производством, начатым по инициативе Секретариата.

Стоит отметить, что сходное регулирование имеет место в отношении иных субъектов судебного разбирательства, обладающих по общему правилу иммунитетом. К примеру, в ч. 1 ст. 9 Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности от 02.12.2004<sup>4</sup> предусмотрено: государство, возбуждающее разбирательство в суде другого государства, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции этого суда в отношении любого встречного иска, основывающегося на том же правовом отношении или фактах, что и основной иск.

Таким образом, международная организация должна быть признана отказавшейся от судебного иммунитета в отношении встречного иска, если данная организация предъявила иск в суд того или иного государства. В этом случае отказ от права на судебный иммунитет характеризуется конклюдентными процессуальными действиями междуна-

---

<sup>2</sup> См.: ст. 1 § 1 подп. «в» Протокола о привилегиях и иммунитетах в качестве приложения к Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ) от 09.05.1980 // СЗ РФ. 29.08.2011. № 35. Ст. 5060.

<sup>3</sup> URL: [http://www.ats.aq/documents/keydocs/vol\\_1/vol1\\_15\\_Secretariat\\_Headquarters\\_Agreement\\_r.pdf](http://www.ats.aq/documents/keydocs/vol_1/vol1_15_Secretariat_Headquarters_Agreement_r.pdf) (дата обращения: 08.10.2017).

<sup>4</sup> Российская Федерация подписала Конвенцию во исполнение распоряжения Правительства РФ от 27.10.2006 № 1487-р. В настоящее время Конвенция в силу не вступила.

родной организации и выражается в осуществлении выбора определенной линии поведения, исключающей во избежание злоупотребления правом другой механизм правовой защиты.

Данная позиция находит отражение в судебной практике. Например, Объединенный институт ядерных исследований (далее – Институт)<sup>5</sup> обратился в Арбитражный суд Московской области с заявлением о признании недействительными решения и требования Фонда социального страхования РФ (далее – Фонд) об уплате недоимки по взносам на обязательное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, а также пени за несвоевременную их уплату. Институт также просил суд признать недействительным выставленное Фондом инкассовое поручение о взыскании указанных сумм. До принятия судом решения по существу Фонд предъявил встречное требование к Институту о взыскании доначисленной недоимки по страховым взносам и пени за несвоевременную их уплату, которое было принято судом к рассмотрению. По итогам судебного разбирательства суд удовлетворил частично иски Института, а также Фонда, взыскав в его пользу с Института недоимку по страховым взносам<sup>6</sup>.

По другому делу арбитражный суд апелляционной инстанции, отменяя решение суда первой инстанции, отказал в удовлетворении иска Института о признании права собственности на объект недвижимости и удовлетворил встречное требование Федерального агентства по управлению фе-

---

<sup>5</sup> Согласно ст. 1 Устава от 23.09.1956, Институт является международной межправительственной научно-исследовательской организацией, созданной в соответствии с Соглашением от 26.03.1956 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>6</sup> См.: решение Арбитражного суда Московской области от 06.04.2005 по делу № А41-К2-4092/03 // СПС «Консультант Плюс».

деральным имуществом о признании права собственности на спорное имущество за Российской Федерацией<sup>7</sup>.

Необходимо отметить, что международная организация также должна считаться отказавшейся от судебного иммунитета в отношении первоначального иска, если данная организация предъявила встречный иск в российский суд. Например, по одному из дел решением Арбитражного суда города Москвы были удовлетворены исковые требования российской компании к Институту о взыскании задолженности и неустойки по договору о подготовке проектной документации для строительства. Предъявленный Институту встречный иск о взыскании неустойки за нарушение срока выполнения работ по договору оставлен без удовлетворения<sup>8</sup>.

Из буквального содержания упомянутых ранее международных актов следует, что условием для совместного рассмотрения первоначального требования международной организации и встречного к ней иска служит их непосредственная взаимосвязь. Очевидно, что в ином случае деятельность суда будет направлена на рассмотрение в одном процессе совершенно изолированных друг от друга исковых требований, что не отвечает ни интересам сторон, ни интересам правосудия. К тому же принятие к производству суда самостоятельного встречного требования ответчика к международной организации-истцу в уже возникшем процессе, не связанного с первоначальным иском, поставило бы под сомнение действие принципа иммунитета организации в отсутствие для этого разумной цели.

В теории гражданского процессуального права принято считать, что взаимосвязь между первоначальным и встреч-

---

<sup>7</sup> См.: постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 14.07.2008 по делу № А41-К1-12052/05 // СПС «Консультант плюс».

<sup>8</sup> См.: постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.04.2017 по делу № А40-37876/16 // СПС «Консультант Плюс».

ным исками бывает различного характера и может относиться как к предмету, так и к основанию обоих исков<sup>9</sup>. Например, взаимная связь между обоими исками наличествует как в случае, когда встречное требование направлено к зачету первоначального, так и в случае, когда удовлетворение одного исключает удовлетворение второго.

Существующие в теории права подходы к определению взаимосвязи первоначального и встречного исков нашли свое отражение в действующем российском законодательстве. Так, в ст. 138 ГПК РФ установлено, что судья принимает встречный иск в случае, если: во-первых, встречное требование направлено к зачету первоначального требования; во-вторых, удовлетворение встречного иска исключает полностью или в части удовлетворение первоначального иска; в-третьих, между встречным и первоначальным исками имеется взаимная связь и совместное их рассмотрение приведет к более быстрому и правильному рассмотрению споров. Сходная норма предусмотрена ч. 3 ст. 132 АПК РФ.

Представляется, что общий принцип при применении названных специальных условий, устанавливающих, по сути, предпосылки права на предъявление встречного иска, должен заключаться в предоставлении возможности защиты ответчика против первоначального иска.

В случае разрешения конфликта с участием международной организации реализовать право на судебную защиту контрагенту этой организации в рамках самостоятельного процесса не так-то просто, нужно приложить немало усилий, чтобы обосновать отсутствие у ответчика права на иммунитет от юрисдикции суда. В случае с подачей встречного иска к международной организации-истцу указанная проблема решается сама собой и главное здесь – обосновать непосредственную связь первоначального и встречного исков. Поэто-

---

<sup>9</sup> См.: Арапов Н.Т. Встречный иск в советском гражданском процессуальном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1965. С. 11.

му цель предъявления встречного иска в большей мере может заключаться в том, чтобы преодолеть с наименьшими усилиями судебный иммунитет международной организации.

Думается, что рассмотрение судом встречного иска к международной организации-истцу в рамках уже начавшегося процесса в большей степени обеспечивает удобную и своевременную защиту прав ответчика как равноправной стороны, нежели рассмотрение его требования к организации в рамках другого самостоятельного дела. В данном случае встречный иск выступает своего рода средством защиты от судебного иммунитета международной организации. Достаточным основанием для принятия встречного иска, заявленного к международной организации, должна являться непосредственная связь встречного требования с первоначальным. Характер этой связи может заключаться не только в возможности прекращения требования международной организации путем зачета требований ответчика, но и в иных случаях, когда эта связь позволяет обеспечить защиту обеих сторон возникшего конфликта, разрешить весь комплекс существующих спорных взаимоотношений и исключить вынесение двух противоречащих друг другу судебных решений. При наличии взаимной связи встречный иск к международной организации должен быть рассмотрен совместно с первоначальным требованием без всяких иных дополнительных условий, вне зависимости от соображений процессуальной экономии.

## ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СОВМЕСТНЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ В СТРАНАХ БРИКС

**М.А. Ахмадова**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Макляя, д. 6,  
4ernijkvadrat95@gmail.com

В статье рассматриваются особенности правового регулирования совместных предприятий в качестве одной из основных правовых форм осуществления инвестирования в странах БРИКС.

*Ключевые слова:* прямые иностранные инвестиции, БРИКС, совместные предприятия.

Правовые формы осуществления прямых иностранных инвестиций (ПИИ) представляют для нас интерес в качестве той оболочки, в которой воплощается конкретный экономический механизм инвестирования. Так, Н.Г. Доронина, отмечает, что все правовые формы инвестиций в самом общем виде делятся на корпоративные и договорные<sup>1</sup>, при этом, понимая под корпоративными формами инвестиций отношения, которые складываются в рамках участия инвесторов в юридических лицах, а под договорными формами – отношения, которые опосредуются заключением гражданско-правовых договоров. Хотя, по-нашему мнению, все формы осуществления инвестиций имеют договорный характер

Как известно, основной правовой формой осуществления ПИИ являются приобретение акций (долей) в уставном (складочном) капитале компании или учреждение коммерческой организации, в том числе совместных предприятий или предприятий, в уставном капитале которых присутствуют

---

<sup>1</sup> Доронина Н. Г. Инвестиционное законодательство и модернизация экономики // Журнал российского права. 2011. № 1. С. 49.



исключительно иностранные инвестиции (предприятия со 100 процентными инвестициями) и пр. Вместе с тем предметом авторского внимания в данном параграфе станут только совместные предприятия.

Совместные предприятия представляет собой форму хозяйственно-правового сотрудничества с иностранным партнером, при которой создается совместная производственная база<sup>2</sup>. Учреждение совместных предприятий выгодно как для принимающей стороны, так и для стороны, осуществляющей инвестиции, так как они обеспечивают для обеих стран долгосрочные экономические отношения, способствующие укреплению позиций на рынках государства, где это предприятие функционирует<sup>3</sup>.

Практика показывает, что совместные предприятия в **Бразилии** иностранными компаниями создаются на основе договора, – так называемого «соглашения о взаимопонимании» (*memorandum of understanding*)<sup>4</sup>, в котором отражаются основные аспекты функционирования создаваемого предприятия и его структура. Он имеет обязательный характер для заключивших его сторон. После подписания поименованного соглашения происходит регистрация компании в форме акционерного общества (*sociedade anónima*) или общества с ограниченной ответственностью (*sociedade limitada*).

Бразильское законодательство подробно регламентирует также другие вопросы, связанные с пребыванием на территории страны совместных предприятий с иностранным ка-

---

<sup>2</sup> См.: Гарин А., Денисов А. Совместное предпринимательство – преимущества и возможности // Экономист. 1993. № 2. С. 65–66.

<sup>3</sup> Подробнее см.: Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник: в 2 т. Т. 1 / К.М. Беликова, В.Ю. Ифраимов, М.А. Ахмадова, Ц.А. Буджаева (Бегджиева) и др.; под ред. д.ю.н., проф. К.М. Беликовой. М.: РУДН, 2015. С. 230–280.

<sup>4</sup> Foreign Investment in Brazil. P. 18. URL: [http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo\\_14-11-2006\\_15-25-26.pdf](http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo_14-11-2006_15-25-26.pdf) (дата обращения: 01.08.2017).

питалом<sup>5</sup>. В частности, устанавливаются ограничения в приобретении недвижимости для бразильских предприятий с участием иностранных инвесторов, осуществляющих добычу полезных ископаемых. Специальные ограничения введены на приобретение земельных участков в так называемых пограничных зонах, признаваемых исключительно важным для национальной безопасности<sup>6</sup>. Заметим в этой связи, что аналогичного содержания нормы содержатся в законодательстве большинства современных государств<sup>7</sup>, поскольку данные сферы затрагивают вопросы национальной безопасности.

На сегодняшний день действующее законодательство **России** не оперирует дефиницией «совместное предприятие», получившее широкое распространение в 1989–1990 годы. В связи с отсутствием легального определения, в юридической доктрине используются различные термины, обозначающие исследуемое понятие.<sup>8</sup> При этом Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», не раскрывая содержания, оперирует понятием «коммерческая организация с иностранными инвестициями».

---

<sup>5</sup> О совместных предприятиях см.: Беликова К.М. 161. Правовая природа картелей, консорциумов, пулов на примере стран Латинской Америки // Российское конкурентное право и экономика. 2011. № 2. С. 60–64. URL: [http://fas.gov.ru/eljournal/eljournal\\_30898.html](http://fas.gov.ru/eljournal/eljournal_30898.html) (дата обращения: 06.12.2011).

<sup>6</sup> См.: Богатырев А. Г. Инвестиционное право. М.: Российское право. 1992. С. 123; Belikova K.M., Badaeva N.V., Frolova E.E., Dudin M.N. Concept and different types of restrictive business practices in the legal orders of BRICS countries (the case of China, India, Russia and South Africa) // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2017. Т. 8. № 2. С. 404–410.

<sup>7</sup> См.: ст. 15 Земельного кодекса РФ от 25.10.2001. № 136-ФЗ; ст. 5 Положения КНР о применении Закона о предприятиях с иностранным капиталом от 28.10.1990 и др.

<sup>8</sup> Вознесенская Н.Н. Смешанные предприятия как форма международного экономического сотрудничества. М.: Наука, 1986. С. 33; Платонова Н.Л. СЭВ: специализация и кооперирование производства: (Правовые вопросы) / под ред. М.М. Богуславского. М.: Наука, 1989. С. 72.

В этой связи с позиции действующего законодательства данный термин нуждается в определённом уточнении. Во-первых, нужно отметить, что понятие «предприятие» в гражданском праве обозначает имущественный комплекс, т.е. объект права, в то время как, например, в праве Европейского Союза под предприятием понимается любая организация, которая осуществляет хозяйственную деятельность<sup>9</sup>. Во-вторых, в соответствии со ст. 20 Закона об иностранных инвестициях «коммерческие организации с иностранными инвестициями» могут быть созданы на условиях и в порядке предусмотренном ГК РФ и иными законодательными актами, за исключением некоторых изъятий стимулирующего и ограничительного характера<sup>10</sup>. В этой связи следует поддержать мнение А.В. Кирина, который справедливо отмечает, что предприятие с иностранными инвестициями есть собирательное понятие, объединяющее все возможные легальные организационно-правовые формы коммерческих организаций с участием иностранного капитала<sup>11</sup>.

Законодательство **Индии** также не содержит легального определения понятия совместное предприятие. Однако в «Положении консолидированной политики в области прямых иностранных инвестиций» было предложено определение данной категории<sup>12</sup>. В соответствии с пп. 2.1.22 п. 2 Главы 2 поименованного положения «совместная компания» – это юридическое лицо, учреждённое в Индии в соответствии

---

<sup>9</sup> См.: Доронина Н.Г. Проблемы правового регулирования иностранных инвестиций // Законодательство и экономика. 1996. № 5/6. С. 11.

<sup>10</sup> См.: Беликова К.М. Ограничение свободы договора в сфере антимонопольного регулирования // Российский юридический журнал. 2008. № 6 (63). С. 82–90.

<sup>11</sup> Киринов А.В. Правовой режим иностранных инвестиций (законодательное регулирование и практика отношений государства и инвесторов в Российской Федерации). М., 1996. С. 60.

<sup>12</sup> Consolidated FDI policy (effective from April 10, 2012). URL: <https://www.iaccindia.com/userfiles/files/Consolidated%20FDI%20Policy%20March%202012.pdf> (дата обращения: 05.08.2017).

с положениями законов и подзаконных актов, в которое инвестирует иностранное юридическое лицо.

Согласно сложившейся деловой практике, совместную компанию образуют 2 и более субъекта предпринимательской деятельности, посредством заключения между партнерами, один из которых является нерезидентом страны, соглашения об учреждении совместной компании (*agreement on joint venture*), гарантирующим что ни один из участников не имеет возможности установить единоличный контроль над деятельностью компании. Соглашение определяет решения в областях, играющих важную роль в достижении целей компании, которые требуют согласия всех участников, и те решения, принятие которых возможно определенным большинством участников (*напр.*, вопросы организационного характера). После подписания указанного соглашения совместная компания в установленном порядке регистрируется в одной из организационно-правовых форм.

Нашего внимания заслуживает новелла законодательства, закрепленная в Законе о компаниях 2013 г. (*Companies Act, 2013*<sup>13</sup>), которая состоит в том, что стало допустимым осуществление индийскими инвесторами вложений в зарубежные компании путем учреждения совместных компаний, расположенных за пределами Индии. По этому вопросу бизнес-сообщество отметило, что снятие запрета в отношении индийских инвесторов играет важную роль для динамичного развития трансграничного предпринимательства и основной заслугой законодателя<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> В условиях совершенствования действующего корпоративного законодательства (Закон о компаниях, 1956) в августе 2012 года в Индии был принят новый Закон о компаниях (*Companies Act, 2013*). URL: <http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/CompaniesAct2013.pdf> (дата обращения: 20.09.2017).

<sup>14</sup> Amrutha Gayathri. India's New Companies Bill Expected to Boost Mergers with Foreign Firms, Mandates Social Welfare Spending. August 13, 2013. URL: <http://www.ibtimes.com/indias-new-companies-bill-expected->

В Китае вопросы создания и функционирования совместных предприятий регламентируются как общими правовыми нормами, содержащимися в Законах КНР «О компаниях» и «О регулировании регистрации компаний», так и специальными: «О [паевых] совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом» 1979 г., «О кооперативных совместных предприятиях с использованием китайского и иностранного капитала» 1988 г. и Положениями об их применении<sup>15</sup>.

Поименованные законы устанавливают, что совместное предприятие образовывается на основе договора учредителей, которыми также разрабатывается соглашение о совместном предприятии и его устав. Требования к содержанию учредительных документов достаточно подробно регламентируются Положением о применении Закона о совместных предприятиях (п. 10-13). Однако разработке этих документов предшествует стадия проработки технико-экономических вопросов создания предприятия и получение согласия со стороны ведомства, которому подчинено китайское предприятие – будущий партнер по совместному предприятию (п. 7 Положения). В этом проявляется особый разрешительный порядок создания совместных предприятий, сочетающийся с принципом индивидуального подхода в каждом случае<sup>16</sup>.

На территории Китая совместные предприятия могут создаваться в двух видах, рассмотрим каждый из них в отдельности.

Так, в соответствии с Законом о совместных предприятиях КНР 1979 г. *совместные предприятия с китайским и*

---

boostmergers- foreign-firms-mandates-social-welfare-spending (дата обращения: 01.08.2017).

<sup>15</sup> Законодательство Китая. URL: [http://chinalawinfo.ru/economic\\_law](http://chinalawinfo.ru/economic_law) (дата обращения: 01.08.2017).

<sup>16</sup> Чхорн Пролынг. Правовое регулирование иностранных инвестиций в странах-участницах АТЭС: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РУДН, 2006. С. 168.

*иностранным капиталом* участвует в хозяйственной деятельности в качестве самостоятельного юридического лица, которое пользуется «национальным режимом» и создается в форме компании с ограниченной ответственностью. При этом доля капиталовложений иностранного инвестора в таком совместном предприятии не может быть ниже 25% (ст. 4). По этому поводу М.М. Богуславский отмечает, что в установлении нижнего, а не верхнего предела состоит одна из особенностей законодательства КНР, поскольку в других странах, в том числе в России ограничивается максимум иностранного участия (не может превышать 49 %) <sup>17</sup>.

Участники такого совместного предприятия получают прибыль, несут риск и убытки согласно доле в уставном капитале предприятия. Для отчуждения доли в уставном капитале участнику необходимо получить согласие всех партнеров по совместному предприятию, которые законом наделены преимущественным правом на его приобретение (ст. 4).

Вторым видом совместных предприятий, создаваемых на территории КНР, являются так называемые *кооперативные предприятия с китайским и иностранным участием*, представляющие собой более простую и гибкую форму инвестиционно-производственного сотрудничества. Юридическому закреплению статуса таких субъектов осуществления хозяйственной деятельности предшествовало широкое распространение в Китае за годы реформы таких международных форм коопераций, как соглашения о поручительской переработке сырья, о производстве готовых изделий из полуфабрикатов и пр. <sup>18</sup> Такие формы сотрудничества с иностранными предпринимателями привели к появлению кооперативных предприятий, основные моменты создания и дея-

---

<sup>17</sup> Богуславский М.М. Международное частное право. М.: Юристь, 1998. С. 177.

<sup>18</sup> Чхорн Пролынг. Правовое регулирование иностранных инвестиций в странах-участницах АТЭС: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РУДН, 2006. С. 171.

тельности которых регламентируются Законом КНР о кооперативных совместных предприятиях 1988 г.

В соответствии с его положениями данные предприятия возникают на основании договора учредителей, которыми также разрабатывается устав, формируется уставный капитал за счет капиталовложений в различной форме (*напр.*, наличные средства) и создается орган совместного управления предприятием. Все совместные предприятия должны быть зарегистрированы, однако это не всегда означает, что предприятие образуется как субъект права. Кооперативное предприятие может быть создано как в форме компании с ограниченной ответственностью<sup>19</sup>, так и в форме хозяйствующего субъекта без образования юридического лица, в которой распределение доходов происходит в соответствии с договоренностью участников.

В ЮАР у иностранного инвестора есть возможность создать 2 вида совместных предприятий: инкорпорированные и неинкорпорированные (договорные) совместные предприятия. В первом случае учредительный договор, заключаемый между партнёрами, регламентируется нормами законодательства, в том числе Законом о компаниях 2008 г. (*Companies Act, 2008*)<sup>20</sup>, а во втором – все условия сотрудничества определяются только договором учредителей. Иными словами, в первом случае совместное предприятие является юридическим лицом, т.е. партнерами создается новая обособленная хозяйственная единица, а во втором — нет.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Подробнее см.: Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография / В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева [и др.]. М.: РУДН, 2015. С. 59–132.

<sup>20</sup> Companies Act No. 71 of 2008. // Government gazette, 9 April of 2009. URL: <http://www.pmg.org.za/files/bills/090408a71-08.pdf> (дата обращения: 21.08.2017). Он заменил закон «О компаниях» 1973 г.

<sup>21</sup> Doing business in South Africa 2015. URL: <https://www.ambrosetti.eu/wp-content/uploads/11-BONELLI-EREDE-Doing-Business-in-Sudafrica-ENG.pdf> (дата обращения: 25.08.2017).

Инкорпорированные совместные предприятия создаются в одной из организационно-правовых форм, предусмотренных законодательством. Участники такого совместного предприятия получают прибыль, несут риск и убытки согласно доле в уставном капитале предприятия. В свою очередь участники неинкорпорированного совместного предприятия несут солидарную ответственность по его обязательствам.

Следует также отметить, что законодатель по общему правилу не устанавливает изъятий ограничительного характера для осуществления хозяйственной деятельности подобных предприятий, за исключением некоторых отраслей экономики, имеющих стратегическое значение для государства (*напр.*, горнодобывающая, страховая и пр.). Отсутствуют в законодательстве также императивные требования к численному составу учредителей в части соотношения долей партнеров.

На основании вышеизложенного можно сделать общий вывод о том, что законодательство Индии и Бразилии устанавливает, что совместные предприятия в императивном порядке регистрируются в качестве юридического лица. Данный подход не получил закрепления в правовом регулировании этого института в праве КНР, России и ЮАР, где совместное предприятие может обладать статусом юридического лица, если отвечает требованиям, установленным законодательством. В случае если предприятие не обладает этими условиями, то оно рассматривается как сотрудничество компаний, без образования юридического лица в соответствии с договоренностью участников.



## **ПОНЯТИЕ, ИСТОРИЯ И ПРАВОВЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ ТЕРМИНОВ НАСЛЕДОВАНИЕ И НАСЛЕДОВАНИЯ ПО ЗАКОНУ В РЕСПУБЛИКЕ МОЛДОВА**

**Боделан Ирина Александровна**

Аспирант 3-го курса кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
irinabodekan@mail.ru

В статье дана краткая характеристика определений «наследование» и «наследование по закону», с исторической и правовой точек зрения, с учётом политических и нормотворческих изменений. Рассмотрены острые вопросы употребления на законодательном уровне единой терминологии и недопущения использования синонимичных категорий относительно института наследования. Дабы не создавать коллизии, необходимо применять специальный и узконаправленный термин.

*Ключевые слова:* Республика Молдова, наследование, наследование по закону, moștenire, succesiune, гражданское законодательство.

Актуальность темы наследования по закону обусловлена изменениями во всех сферах общественной и экономической жизни, переходом от догмы социалистических концепций, к которым привела жизнь граждан Молдовы в период, включающий более полувека. За это время кардинально изменились многие аспекты жизни и деятельности общества и государства, что не могло не сказаться на республике в целом. Наследство, вытекающее из объективной необходимости, напрямую зависит от формы собственности, производственных отношений, экономической системы государства, и, учитывая интересы населения, остается одним из важных звеньев общественной жизни<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Dudin M.N., Frolova E.E., Kovalev S.I., Ermakova E.P., Kirsanov A.N. Migration processes in the context of political collisions: Factors and social and

До принятия нового Гражданского кодекса Республики Молдова 2002 года в молдавском законодательстве не было дано конкретного определения термину «наследство», и спустя годы это можно расценивать как пробел в праве. В составе СССР Молдавская ССР получила единое советское законодательство, разработанную научную доктрину. Советская правовая наука подарила несколько ценных определений института наследственного право<sup>2</sup>, но наиболее удачное на наш взгляд остается разработанное доцентом юридических наук, автором работ по наследственному праву, а также соавтором комментария к Гражданскому кодексу Молдавской ССР Никитюком Петром Семёновичем: «наследственное право как правовой институт представляет собой совокупность норм, регулирующих порядок и пределы перехода прав и обязанностей умершего к его наследникам и другие, связанные с этим отношения...»<sup>3</sup>.

Известно, что обветшание норм права ведёт к образованию коллизий в правоприменительной практике, к невозможности их реализации в полном объеме и невозможности соответствовать интересам граждан<sup>4</sup>. В связи с выходом на новый уровень администрирования, возникла необходимость в создании и принятии нового Гражданского кодекса Республики Молдова, в частности книги четвертой, «Наследственное право», поскольку, действовавший в течение дли-

---

economic consequences // Journal of Applied Economic Sciences. Vol. XII. Is. I (47). P. 85–95.

<sup>2</sup> Антимонов Б., Граве К. Советское наследственное право. М.: Юридическая литература, 1995. С. 46; Барщевский М. Если открылось наследство. М.: Юридическая литература, 1989. С. 19; Гордон М. Наследование по закону и по завещанию. М.: Юридическая литература, 1967. С. 4.

<sup>3</sup> Наследственное право и наследственный процесс: Проблемы теории и практики / П.С. Никитюк; под ред. О.В. Овчинниковой; Академия наук Молдавской ССР. Кишинев: Штиинца, 1973. С. 6.

<sup>4</sup> Кузнецов М. Н. Международное частное право. Общая часть: лекции, прочитанные в Российском университете дружбы народов в 2004–2014 гг.: учебное пособие. М., 2015. С. 115.

тельного периода ГК Молдавской ССР 1964 года, перестал соответствовать требованиям современности. ГК МССР действовал и оставался в силе вплоть до 2002 года – до принятия нового гражданского кодекса современной республики.

В отличие от ныне действующего Гражданского кодекса РМ, Гражданский кодекс 12.06.1964 не давал чёткого определения термину «наследование», лишь ст. 595 упоминала о том, *«что после смерти вкладчика его вклад переходит к наследникам на общих основаниях, если он не успел сделать распоряжение своим вкладом на случай смерти»*<sup>5</sup>.

Таким образом, получив признание и независимость республикой, молдавский законодатель стал перед необходимостью совершенствования гражданского законодательства. Это совершенствование касалось многих институтов права. В том числе и нормы права, регулирующие наследственные отношения, нуждались в законодательной чёткости, максимальной ясности и точности определений. Это напрямую связано со спецификой института наследования, который в той или иной степени касается каждого. Если смотреть иначе, наследственное право настолько консервативно и архаично, что применить к нему кардинальные изменения не представляется возможным, поскольку это может привести к необратимым последствиям. Несмотря на это, жизнь становится другой, она меняется и прогрессирует, время вносит свои поправки. В ситуации стремительно модифицирующегося мира и институт наследования не может оставаться прежним, не поддаваясь внешним изменениям, происходящим в обществе. Он, как и все право в целом, должен отвечать требованиям нового времени, нового госу-

---

<sup>5</sup> Гражданский кодекс Молдавской ССР: Закон Молдавской Советской Социалистической Республики об утверждении гражданского кодекса Молдавской ССР: принят на четвертой сессии Верховного Совета Молдавской ССР шестого созыва 26 декабря 1964 г. // Ведомости Верховного Совета Молдавской ССР. 1964 г. № 36. Ст. 81.

дарства, новой политики, быть предназначен для выполнения новых целей.

Сегодня Гражданский кодекс РМ 2002 года является центральным источником гражданского права. Основным нормативным актом, регулирующим наследственные правоотношения, в частности наследование по закону, выступает Книга IV – Наследственное право, разделы I, III, V ГК РМ.

В ст. 1432 ГК РМ дается следующее определение наследованию: переход имущества умершего физического лица (наследодателя) к его наследникам, на условиях универсального правопреемства, как единое и неделимое целое в случае смерти наследодателя. А статья 1499 Гражданского кодекса 06.06.2002 года уже более детально раскрывает эту правовую категорию: *«Наследование по закону – передача имущества наследодателя лицам, указанным в законе, – применяется в случае, когда:*

- a) наследодатель не оставил завещания;*
- b) завещание признано недействительным;*
- c) наследник по завещанию умер одновременно с завещателем;*
- d) наследник по завещанию является недостойным»<sup>6</sup>.*

Сборник разъясняющих постановлений Пленума Высшей Судебной Палаты Республики Молдова (октябрь 2003 – декабрь 2005) дает следующее толкование понятия «наследование в гражданском праве» – *передача имущества или его части, определенных активов или ценностей, которые принадлежали умершему лицу, одному или нескольким лицам или государству<sup>7</sup>*. Это обозначает, что наследование включает в

---

<sup>6</sup> Гражданский кодекс Республики Молдова: Закон РМ: принят Парламентом тринадцатого созыва от 6 июня 2002 г. // Monitorul Oficial al RM. 22 июня 2002. № 82–86.

<sup>7</sup> Curtea Supremă de Justiție: Culegere de hotărâri explicative (octombrie 2003 – decembrie 2005)/Высшая Судебная Палата: Сборник разъясняющих постановлений Пленума (октябрь 2003 – декабрь 2005). Chișinău, 2006. С. 168.

себя все права и обязательства, не погашенные со смертью наследодателя, которые могут быть переданы в соответствии с действующим законодательством о наследственном праве<sup>8</sup>.

В соответствии с постановлением Пленума Высшей судебной палаты Республики Молдова № 13 от 30.10.2005 года «О практике применения судебными инстанциями при рассмотрении дел о наследовании» и п. (2) ст. 320 ГК РМ, наследование является одним из способов приобретения права собственности, включающее в себя передачу активов наследодателем одному или нескольким физическим или юридическим лицам, или государству.

Казалось бы, что поведя правотворческие модификации, устранены все имеющиеся пробелы в наследственном праве. Теперь напрашивается вопрос, если законодательно всё оформлено в соответствии с нормами, удовлетворяющими потребности населения и государства, не противоречащим международным стандартам и, с первого взгляда, выглядит очень даже «привлекательно», что не так, в чём состоит сложность?

А сложность состоит в следующем, при более детальном исследовании произведенных законодательных изменений, которые коснулись так же и языковой модификации (языком нормотворчества принят государственный молдавский язык на основе латинской графики), мы сталкиваемся с ещё одной проблемой – необходимостью проведения терминологических разъяснений. Во избежание случаев неправильного использования данной терминологии, мы прибегли к помощи словарей, поскольку в молдавском языке термин «наследование» используется законодателем двумя различными категориями: «moștenire» и «succesiune» (от латинского «successio» преемство).

---

<sup>8</sup> Юридическая энциклопедия / Л.В. Тихомиров, М.Ю. Тихомиров. М.: Юридическая литература, 2009. С. 256.

Толковый словарь юридических определений, термины «moştenire» и «succesiune» – «наследование», трактует как: приобретение имущества, оставшегося от умершего лица, и в данном случае могут считаться абсолютными синонимами. Яркое тому подтверждение – употребление этой терминологии цивилистами в правовой литературе.

Однако, в молдавском законодательстве термин «succesiune», имеющий двойное значение – «преемство» и «наследование», используется как синоним термина «moştenire» «преемственность наследия» (дословный перевод на русский язык).

В гражданском праве, в узком смысле, синоним «succesiune» имеет и другое значение, шире, чем «moştenire», а именно: переход прав и обязанностей от одного субъекта правоотношений к другому при жизни. Однако, с точки зрения законодательной техники, может быть оправдано использование только одного термина, «moştenire» (наследование) или «succesiune» (наследование). Эти вопросы заострили внимание нескольких ученых-правоведов, исследующих данную область наследственного права.

Например, по мнению авторов и Е.Н. Бондарева и Э.Б. Эйдиновой «moştenire» (наследование) или «succesiune» (наследование) это передача имущества умершего лица другим лицам.

В качестве более яркой иллюстрации, приведём несколько примеров из гражданского кодекса РМ на двух языках:

Книга 4 «Наследственное право» в молдавском варианте обозначена как «Dreptul **successoral**». Статья 1432 ГК РМ «Наследование» в молдавской версии «**Moştenirea**», тогда как ст. 1433 ГК РМ «Наследники» – «**Succesori**», а «Наследники по закону» – «**Moştenitori legali**», и в этой же статье мы сталкиваемся с применением синонима «**Succesiuni legali**», что в официальной русской версии Гражданского кодекса зафиксировано, как «наследование по закону».

Судебные инстанции очень часто используют в качестве синонимов оба термина «moștenire» (наследование) и «succesiune» (наследование)<sup>9</sup>.

Право наследования гарантируется ст. 46 Конституции Молдовы. В данном случае высший закон – Конституция, использует термин «succesiune» «наследование», что также нашло отражение и в новом Гражданском кодексе Республики Молдова.

С одной стороны, использование большего числа синонимичных терминов, имеющих одинаковое содержание, не служит огромным препятствием для их применения.

Такого же мнения придерживаются авторы Д. Александреску или С. Кэрпенару, которые считают, что термины «moștenire» (наследование) и «succesiune» (наследование) являются абсолютными синонимами: *«Благодаря «moștenire» (наследование) или «succesiune» (наследование) осуществляется переход имущества от умершего собственника к одному или нескольким живым лицам»*<sup>10</sup>. Или *«наследование – передача имущественных прав и обязанностей умершего лица к одному или нескольким лицам, находящимся в живых, именуемых наследниками или преемниками»*<sup>11</sup>.

Эти определения справедливы постольку, поскольку термины «moștenire» (наследование) и «succesiune» (наследование) означают либо *«передачу наследства умершего физического лица одному или нескольким лицам находящимся в живых»*<sup>12</sup>, либо имущество или активы, переходящие от умершего к его наследникам. В этом смысле термин

---

<sup>9</sup> Manualul judecătorului la examinarea pricinilor civile. Coordonator Mihai Poalelungi. Chișinău: Cartier, 2006. С. 280.

<sup>10</sup> Alexandresco D. Principiile dreptului civil roman. v.2. București: Atelierele grafice SOCE & Co, 1926. С. 17.

<sup>11</sup> Cărpenaru S. Drept civil. Contracte speciale. Dreptul de autor. Dreptul de moștenire. Universitatea din București, 1986. С. 379.

<sup>12</sup> Zinveliu L. Dreptul de moștenire în Republica Socialistă România, Cluj-Napoca. Dacia, 1975. С. 11.

«succesiune» «наследование» имеет двойное значение: передача имущества после смерти и объект передачи<sup>13</sup>.

Таким образом, следует еще раз подчеркнуть, что в широком смысле, наследование «succesiune» означает не только передачу имущества на случай смерти, но и передачу имущества лицам, находящимся в живых. И только в узком смысле передача наследования на случай смерти эквивалентна понятию наследование «moștenire».

Необходимо истолковать термин «succesiune». В гражданском праве Молдовы это понятие используется в широком смысле и обозначает любую передачу прав и обязанностей как от наследодателя (после смерти) к его наследникам, путем универсального правопреемства, так и в других гражданских правоотношениях, например, в договоре купли-продажи, где покупатель является правопреемником конкретного продавца, а продавец покупателя, или в договоре дарения – одаряемый преемник дарителя и т.д. В этом смысле термин «succesiune» (наследование) шире значения термина «moștenire» (наследование). Под «moștenire» *«понимается объект наследования, поскольку имущество, права и обязанности переходят в порядке универсального правопреемства от умершего к его преемникам»*<sup>14</sup>.

И поэтому, для правильного понимания института наследования по закону в молдавской версии правильнее было бы использовать специальный и узконаправленный термин «moștenire» наследование, который является разновидностью и синонимом термина «succesiune», поскольку последний применяется и в иных случаях кроме института наследования.

Таким образом, мы считаем, что в нормотворческой политике, относящейся к институту наследование, недопу-

---

<sup>13</sup> Eliescu M. Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR. București: Editura Academiei. № 6. С. 10.

<sup>14</sup> Alexandresco D. Principiile dreptului civil roman. V. 2. București: Atelierele grafice SOCE & Co, 1926. С. 34.



стимо использовать два и более синонимичных термина, а применять только один, по аналогии с русским языком. Беспрепятственно эти синонимы могут использоваться в юридической доктрине, в общении, но не на законодательном уровне или в судебной практике.

## **УЧАСТИЕ СПЕЦИАЛИСТА В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ**

**Борискина Н.И.**

Аспирант кафедры гражданского процесса юридического факультета  
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова  
boriskina-73@mail.ru

В статье рассматриваются актуальные проблемы, касающиеся участия в арбитражном и гражданском процессах специалиста как носителя специальных профессиональных знаний. Особое внимание уделяется такому средству доказывания, как заключение специалиста. Автор приходит к выводу об отсутствии единообразия в правовом регулировании деятельности специалиста и о различном доказательственном значении получаемой от него информации в арбитражном и гражданском процессах.

*Ключевые слова:* специалист; специальные знания; формы специальных исследований; консультация специалиста; заключение специалиста.

Согласно ст.54 АПК РФ в арбитражном процессе наряду с лицами, участвующими в деле, могут участвовать их представители и содействующие осуществлению правосудия лица – эксперты, специалисты, свидетели, переводчики, помощник судьи и секретарь судебного заседания. Специалистом является лицо, обладающее необходимыми знаниями по соответствующей специальности, осуществляющее консультации по касающимся рассматриваемого дела вопросам (ч. 1 ст. 55 АПК РФ). Следует отметить, что ГПК РФ не содержит аналогичных норм.

Ученые-процессуалисты приводят многочисленные дефиниции понятия «специалист», которые коренным образом не отличаются друг от друга и содержат указание на наличие у данного участника судопроизводства необходимых профессиональных знаний.

Так, по мнению Л.Н. Ракитиной, специалистом является физическое лицо, обладающее специальными знаниями, незаинтересованное в исходе дела, привлекаемое в процесс

по инициативе суда, а также лиц, участвующих в деле, их представителей, взыскателя и должника для оказания научно-технической или справочно-консультационной помощи в любой форме, кроме экспертной<sup>1</sup>.

А.А. Мохов полагает, что специалистом следует считать лицо, которое привлекается к участию в процессуальных действиях в порядке, предусмотренном законом, для дачи консультаций, пояснений, постановки и разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, выполнения процессуальных действий, требующих специальных знаний и навыков<sup>2</sup>.

В АПК РФ и ГПК РФ указано, что консультация специалиста не требует проведения специальных исследований, и в этом состоит ее основное отличие от заключения эксперта. Согласно ч. 2 ст. 64 АПК РФ консультация специалиста признается в качестве доказательства по делу, а в соответствии с ч. 1 ст. 55 ГПК РФ она таковой не является, хотя ч. 1 ст. 157 ГПК РФ относит консультации и пояснения специалистов к числу судебных доказательств. Таким образом, положения ГПК РФ, касающиеся консультаций и пояснений специалиста, сформулированы противоречиво и взаимоисключающе, что осложняет ситуацию на практике.

ГПК РФ предусматривает следующие формы участия в процессе специалиста: дача пояснений, консультаций и оказание непосредственной технической помощи при фотографировании, составлении планов и схем, отбора образцов для экспертизы, оценки имущества (ч. 1 ст. 188 ГПК РФ).

---

<sup>1</sup> Ракитина Л.Н. Участие специалистов в гражданском судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1985. С. 181.

<sup>2</sup> Мохов А.А. Использование специальных знаний в гражданском судопроизводстве России: теория и практика: дис. ... д-р юрид. наук. СПб., 2005. С. 323.

Согласно ч. 1 ст. 87<sup>3</sup> АПК РФ суд может привлекать специалиста в целях получения разъяснений, консультаций и выяснения профессионального мнения лиц, обладающих теоретическими и практическими познаниями по существу рассматриваемого спора. Анализ вышеуказанных положений АПК РФ и ГПК РФ позволяет сделать вывод о том, что в арбитражном процессе специалист не оказывает непосредственной технической помощи суду.

По поводу формы, в которой дается консультация специалиста, АПК РФ и ГПК РФ, на первый взгляд, содержат разные подходы. Так, в гражданском процессе предусмотрена устная или письменная консультации специалиста (ч. 3 ст. 188 ГПК РФ), а в арбитражном – только устная (ч. 2 ст. 87<sup>4</sup> АПК РФ). Но в ч. 1 ст. 162 АПК РФ указывается, что арбитражный суд должен непосредственно исследовать доказательства по делу: ознакомиться с письменными доказательствами, осмотреть вещественные доказательства, заслушать объяснения лиц, участвующих в деле, показания свидетелей, заключения экспертов, консультации специалистов, а также огласить такие объяснения, показания, заключения, консультации, представленные в письменной форме. Таким образом, в арбитражный суд может быть представлена и письменная консультация специалиста.

Из всего вышесказанного следует, что в АПК РФ и ГПК РФ отсутствует единообразие по поводу правового регулирования деятельности специалиста. Но основное различие заключается в том, что информация, получаемая от специалиста, в арбитражном процессе относится к доказательствам, а в гражданском процессе – нет. Подобные расхождения требуют унификации, поэтому вполне оправданной является позиция, согласно которой в ч. 1 ст. 55 ГПК РФ в качестве

---

<sup>3</sup> Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: монография. М., 2015. С. 470.

<sup>4</sup> Там же.

средства доказывания следует включить консультацию специалиста<sup>5</sup>.

Хотя следует еще раз отметить, что ч. 1 ст. 157 ГПК РФ относит консультации и пояснения специалистов к числу судебных доказательств.

Итак, консультация специалиста обладает доказательственным значением и является одной из форм использования специальных знаний в гражданском судопроизводстве.

Ученые-процессуалисты придают разное значение понятию «специальные знания» («специальные познания»). Основной дискуссионный вопрос состоит в том, являются ли правовые знания специальными.

М.К. Треушников считает, что «под специальными познаниями в гражданском и арбитражном процессах понимаются такие знания, которые находятся за пределами правовых знаний, общеизвестных обобщений, вытекающих из опыта людей»<sup>6</sup>.

Р.С. Белкин под специальными знаниями понимает систему профессиональных знаний и умений в области конкретной науки, техники, искусства или ремесла, необходимые для решения вопросов, возникающих при расследовании и рассмотрении в суде конкретных дел. Ученый не относит общеизвестные и юридические знания к специальным<sup>7</sup>.

По мнению Е.Р. Россинской, правовые знания можно отнести к специальным знаниям, поскольку в определенных случаях суду может быть оказана помощь в установлении содержания нормативного правового акта<sup>8</sup>.

А.А. Мохов считает, что к источникам специальных знаний в гражданском судопроизводстве относятся результа-

---

<sup>5</sup> Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: монография. М., 2015. С. 470.

<sup>6</sup> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 193.

<sup>7</sup> Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. М., 2000. С. 145.

<sup>8</sup> Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М., 2009. С. 12–23.

ты судебной экспертизы (заключение эксперта) и участия специалиста (заключение, пояснение, консультация).

Иные источники, например, результаты ведомственных, частных экспертиз таковыми не являются<sup>9</sup>.

Действительно, анализ соответствующих положений процессуального законодательства (ст. 86, 87<sup>10</sup> АПК РФ; ст. 86, 188 ГПК РФ) позволяет сделать вывод о том, что внесудебное исследование нельзя отнести ни к заключению эксперта, ни к консультации специалиста. Тем не менее, подобные исследования могут обладать доказательственным значением, поэтому суды приобщают их результаты к материалам дела для последующей оценки. Хотя стоит признать, что единообразного подхода не выработано. ГПК РФ не содержит такого доказательства в принципе, а с точки зрения арбитражного процесса результаты внесудебных исследований можно причислить к «иным документам и материалам» (ч. 2 ст. 64, ст. 89 АПК РФ). Данное утверждение подтверждается позицией, выраженной в п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе». Согласно этому пункту заключение эксперта, полученное по результатам проведения внесудебной экспертизы, признается судом иным документом, допускаемым в качестве доказательства в соответствии со ст. 89 АПК РФ.

Итак, специальные знания в гражданском судопроизводстве могут использоваться в двух формах: непроцессуальной и процессуальной. Основным видом процессуального использования специальных знаний является судебная экспертиза. Другой вид связан с привлечением в процесс специалиста. Что касается непроцессуальной формы использова-

---

<sup>9</sup> Мохов А.А. Использование специальных знаний в гражданском судопроизводстве России: теория и практика: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2005. С. 10–11.

<sup>10</sup> Там же.

ния специальных знаний, то, например, согласно пп. 4 п. 3 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокат вправе привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи.

Особого внимания заслуживает более детальная классификация применения специальных знаний, разработанная в науке уголовного процессуального права Е.А. Зайцевой. Так, в процессуальной форме она выделяет следующие виды: назначение и производство судебных экспертиз; участие специалиста в следственных и иных процессуальных действиях; участие в уголовном судопроизводстве свидетелей, обладающих специальными знаниями; участие переводчика в производстве по делу. Непроцессуальная форма использования специальных знаний включает в себя предварительное (доэкспертное) исследование; судебно-медицинское освидетельствование; проведение документальных налоговых проверок; проведение ревизий и аудиторских проверок; проведение инвентаризаций; проведение несудебных, в том числе независимых экспертиз; проведение ведомственных расследований<sup>11</sup>.

В настоящее время в гражданском судопроизводстве стороны все активнее обращаются к специалистам из самых разных областей знания для исследования вопросов, требующих разрешения в суде, поэтому непроцессуальная форма использования специальных знаний получает достаточное распространение. Помимо заключений экспертов, являющихся традиционными средствами доказывания, в ходе рассмотрения гражданских дел используются и заключения специалистов.

---

<sup>11</sup> Зайцева Е.А. Концепция развития института судебной экспертизы в условиях состязательности уголовного процесса: монография. М., 2010. С. 156–157.

Ни АПК РФ, ни ГПК РФ не рассматривают заключение специалиста в качестве доказательства, хотя информация, содержащаяся в нем, может обладать важным доказательственным значением для разрешения дела. С другой стороны, возникает вопрос, можно ли рассматривать нынешнюю формулировку ч. 2 ст. 64, ст. 89 АПК РФ как возможность привлечения в процесс заключений специалистов в качестве «иных документов и материалов»? При буквальном толковании ст. 89 АПК РФ приходим к выводу о том, что такая возможность существует, хотя могут возникнуть определенные сложности.

Так, М.К. Треушников справедливо считает, что по существу в законе содержится открытый перечень источников информации, которые могут быть использованы в процессе доказывания в арбитражных судах. «Провозгласив свободу выбора источников доказательств, закон не устанавливает процессуального порядка и правил получения доказательственной информации, механизма, использование которого в процессе работы с доказательствами позволит гарантировать их достоверность, что ранее являлось аксиомой доказывания»<sup>12</sup>.

По мнению В.В. Молчанова, в понятие «иные документы и материалы» законодатель не вложил никакого содержания, так как АПК РФ не содержит порядка их привлечения и исследования, что вполне объяснимо, так как невозможно урегулировать то, чего нет<sup>13</sup>.

А.Т. Боннер указывает на то, что АПК РФ «сделал только полшага на пути к открытому перечню процессуальных источников информации», поскольку в качестве средств доказывания в арбитражном процессе могут использоваться

---

<sup>12</sup> Арбитражный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / под ред. проф. М.К. Треушникова. М., 2007. С. 132.

<sup>13</sup> Молчанов В.В. Доказательства в АПК РФ, или тень графа Блудова // ЭЖ-Юрист. 2003. № 47 // СПС «Гарант».



только те носители информации, которые получены, истребованы, представлены в порядке, установленном АПК РФ. Таким образом, по существу ГПК РФ и АПК РФ оперируют закрытыми перечнями средств доказывания<sup>14</sup>.

Заключение специалиста не следует отождествлять с заключением эксперта. Во-первых, экспертиза назначается судом (ч. 1 ст. 82 АПК РФ, ч. 1 ст. 79 ГПК РФ), а для получения заключения специалиста участники процесса еще до вынесения определения о назначении экспертизы сами обращаются в судебно-экспертные учреждения (государственные или негосударственные) и заключают соответствующий гражданско-правовой договор. По своей сути заключение специалиста – это один из возможных вариантов названия документа, полученного в результате проведения несудебной (досудебной) экспертизы.

Во-вторых, согласно ч. 2 ст. 64 АПК РФ и ч. 1 ст. 55 ГПК РФ заключение эксперта является доказательством по делу. По поводу заключений специалистов у судов не выработано единой позиции, поскольку законодательство не дает четкого и однозначного ответа на вопрос, являются ли результаты проведения специальных несудебных исследований доказательствами по делу. Безусловно, заключение специалиста нельзя признать традиционным средством доказывания.

В-третьих, к оформлению заключения эксперта предъявляются определенные требования, закрепленные в законодательстве (ст. 25 Федерального закона от 31.05.2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»; ст. 86 АПК РФ, ст. 86 ГПК РФ). Заключение специалиста может иметь произвольную форму, хотя при его составлении целесообразно учитывать положения законов, предъявляемые к оформлению заключения эксперта.

---

<sup>14</sup> Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: монография. М., 2015. С. 4–5.

В-четвертых, судебная экспертиза проводится экспертом, права и обязанности которого закреплены в соответствующих нормах законодательства (ст. 55 АПК РФ, ст. 85 ГПК РФ). Эксперт предупреждается судом об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, с него берется соответствующая подписка (ч. 5 ст. 55 АПК РФ, ст. 171 ГПК РФ).

Фактически заключение специалиста, представляемое участниками процесса в суд, является документом, полученным в результате проведения специального исследования в непроцессуальной форме, иными словами, – несудебной (до-судебной) экспертизы. Такой документ может именоваться по-разному, например, акт независимой экспертизы, заключение независимой экспертизы, техническое заключение, справка эксперта и др., но данное обстоятельство никак не меняет его сущность. Понятие «заключение специалиста» является более привычным и устоявшимся, возможно, по причине его закрепления в уголовно – процессуальном законодательстве.

В литературе можно встретить различные позиции по поводу правового статуса несудебных экспертиз.

По мнению А.Т. Боннера, в АПК РФ и ГПК РФ в качестве самостоятельного доказательства следует закрепить заключение специалиста. Ученый также является сторонником включения консультаций и пояснений специалиста в число средств доказывания, предусмотренных ч. 1 ст. 55 ГПК РФ<sup>15</sup>.

Е.Р. Россинская считает, что предварительные исследования с использованием судебно-экспертных методик не имеют доказательственного значения, так как закон не предоставляет права сторонам назначить экспертизу, они могут только выступить с соответствующим ходатайством.

По ее мнению, в дальнейшем сторона, инициировавшая исследование, может обратиться в суд с ходатайством о при-

---

<sup>15</sup> Боннер А.Т. Указ. соч. С. 470.

влечении в качестве судебного эксперта того специалиста, который проводил досудебную экспертизу.

О.Г. Дьяконова также полагает, что в процессе доказательственным значением обладает только заключение эксперта, назначенное по определению суда. Иные заключения, полученные в непроцессуальной форме, по мысли законодателя, не обладают статусом экспертного, хотя фактически являются таковыми. Они могут быть представлены в качестве письменных доказательств или иных документов.

Таким образом, в современной науке гражданского процессуального права существует два основных подхода к результатам специальных исследований, проведенных в непроцессуальной форме.

Приверженцы первой точки зрения считают, что подобные результаты не являются доказательствами по делу.

Сторонники другой позиции признают за ними статус доказательств и выступают за внесение соответствующих изменений в процессуальное законодательство. Данная точка зрения представляется заслуживающей внимания, поскольку подобный шаг позволил бы избежать проблем, возникающих в судебной практике.

**Заключение.** Анализ процессуального законодательства позволяет говорить о следующих формах участия специалиста в гражданском судопроизводстве: оказание технической помощи суду (гражданский процесс); дача пояснений; дача консультаций.

При этом только в арбитражном процессе консультация специалиста признается средством доказывания.

Кроме того, в науке и судебной практике отсутствует единая позиция по поводу правовой природы документов, являющихся результатом проведения специальных исследований в непроцессуальной форме, в частности заключений специалистов. Данный факт обусловлен наличием пробелов в соответствующих положениях АПК РФ и ГПК РФ.

Таким образом, отсутствие единообразия в правовом регулировании деятельности специалиста и придание различного доказательственного значения получаемой от него информации в арбитражном и гражданском процессах требуют своего законодательного разрешения.

## **НОВЫЕ ПРАВИЛА ПРИВЛЕЧЕНИЯ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ**

**Галустян А.А.**

Аспирант Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
Galustyan\_alexey@mail.ru

В статье рассматриваются изменения, внесенные в Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», касающиеся привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц.

*Ключевые слова:* контролирующие должника лица, субсидиарная ответственность, недействительность сделки, презумпция, причинно-следственная связь.

Федеральным законом от 29.07.2017 № 266-ФЗ были внесены существенные изменения в Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – «Закон о банкротстве»), в соответствии с которыми утратила силу действовавшая статья 10 Закона о банкротстве, определявшая порядок и основания привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц. Вместо статьи 10 в Закон о банкротстве была введена новая глава III.2 – «Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве».

Введение в Закон о банкротстве новой главы III.2 вызвало большой резонанс среди теоретиков и практиков, т.к. новая глава существенно изменила правила привлечения контролирующих лиц к ответственности, а также вызвала немало вопросов, имеющих как теоретическое, так и практическое значение<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Одинцов С.В. Концепция приоритета прав кредиторов: анализ законодательства о несостоятельности ФРГ в сравнении с российским конкурс-

Значимость внесенных в Закон о банкротстве изменений также подтверждается тем, что 16.08.2017 Федеральная налоговая служба Российской Федерации подготовила письмо № СА-4-18/16148@, в котором дала указание своим территориальным органам, как применять новые положения о контролирующих должника лицах и правилах их привлечения к субсидиарной ответственности.

Кроме того, многие ведущие российские юристы отмечают, что Верховный Суд Российской Федерации уже начал работу над подготовкой Постановления Пленума, содержащего разъяснения относительно порядка применения положений главы III.2 Закона о банкротстве.

Подготовка данных разъяснений в настоящий момент особенно актуальна, т.к. новая глава содержит ряд положений, вызывающих серьезные вопросы практики их применения<sup>2</sup>.

Во-первых, в новой главе появилась отдельная ст. 61.10, дающая определение контролирующего должника лица.

Как и ранее, под контролирующим должника лицом понимается лицо, которое вправе давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять действия должника, в том числе по заключению сделок и определению их условий.

Новела заключается в том, что в ранее действовавшей редакции Закона о банкротстве контролирующим лицом признавалось лицо, имевшее указанные возможности в течение двух лет, предшествовавших дате принятия судом заявления о признании должника банкротом.

---

ным правом. «Имущественные отношения в Российской Федерации», № 6 (189). РФ, гор. М.: НОУ ВПО Международная академия оценки и консалтинга. С. 53–63.

<sup>2</sup> Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М., 2009. С. 31; Дьяконова О.Г. Судебная экспертиза в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 5.

В новой редакции Закона о банкротстве контролирующим лицом признается лицо, имевшее возможность определять действия должника в течение трех лет, предшествовавших возбуждению дела о банкротстве.

Очевидно, что новая редакция Закона о банкротстве «ухудшает» положение лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности, т.е. ужесточает ответственность. При этом глава III.2 Закона о банкротстве вступила в силу 30.07.2017.

В то же время в ст. 54 Конституции Российской Федерации закреплено, что закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет.

Таким образом, на первый взгляд, ст. 61.10 Закона о банкротстве противоречит ст. 54 Конституции Российской Федерации.

Ответ на то, каким образом должна применяться дефиниция контролирующих должника лиц в контексте срока определения действий должника, должен быть выработан в судебной практике или определен в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ или в разъяснениях Конституционного Суда Российской Федерации (в случае оспаривания данной нормы).

В п. 2 ст. 61.10 Закона о банкротстве закреплено, каким образом контролирующие лица имеют возможность определять действия должника. Указанная возможность может достигаться:

- в силу нахождения с должником (руководителем или членами органов управления должника) в отношениях родства или свойства, должностного положения;
- в силу наличия полномочий совершать сделки от имени должника, основанных на доверенности, нормативном правовом акте либо ином специальном полномочии;
- в силу должностного положения;
- иным образом.

Таким образом, ст. 61.10 определяет критерии, по которым определенные лица могут быть отнесены к контролирующим должника лицам.

Ранее судебная практика исходила из того, что сотрудники должника не могут быть контролирующими лицами. В настоящее время в подп. 3 п. 2 прямо указано, что контролирующими лицами могут быть главный бухгалтер или финансовый директор.

Кроме того, представляется возможным, исходя из действующей нормы, что к контролирующим лицам могут быть отнесены также и иные работники должника, например, юристы, которые завизировали договор, впоследствии признанный судом недействительным и послужившим одной из причин банкротства должника.

При этом в данном случае существует риск того, что суды будут формально использовать ст. 61.10 и признавать контролирующими лицами всех сотрудников, завизировавших недействительную сделку.

Однако представляется обоснованным, что суды должны будут в каждом конкретном случае оценивать обстоятельства индивидуально и устанавливать, мог ли, например, юрист, завизировавший договор повлиять на его условия. Если сделка недействительна в связи с тем, что содержит пороки в своем экономическом основании, то вряд ли можно признать контролирующим лицом юриста, который завизировал только правильность юридической техники.

В том же случае, если сделка имела явные юридические риски, а юрист завизировал данную сделку, то его привлечение к субсидиарной ответственности представляется обоснованным.

Во-вторых, в главе III.2 так же, как и ранее в ст.10, закрепен ряд презумпций, доказывающих наличие причинно-следственной связи между банкротством должника и действиями контролирующих лиц.



Количество презумпций в новой редакции Закона о банкротстве увеличилось, а в действовавшие были внесены важные изменения.

Так, например, в презумпцию о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующего лица в случае причинения вреда совершением или одобрением недействительной сделки добавлено положение о том, что вред, причиненный указанной сделкой, должен быть существенным.

При этом в Законе о банкротстве не дается понятие существенного вреда, т.е. Закон о банкротстве дает право суду определять существенность вреда в каждом конкретном случае по собственному усмотрению.

Введение в презумпцию требования «существенности» вреда, причиненного недействительной сделкой, представляется вполне обоснованным. Считаем недопустимым привлечение к субсидиарной ответственности контролирующих лиц в случае признания судом сделки недействительной по банкротным основаниям (ст. 61.2 и 61.3), которые формально и причинили конкурсным кредиторам должника имущественный вред, но не послужили причиной банкротства должника<sup>3</sup>.

Кроме того, в ст. 61.11 указано, что данная презумпция работает и в том случае, если заявление о признании сделки недействительной не подавалось или заявление подано, но еще не рассмотрено, а также в том случае, если в удовлетворении заявления отказано по нереабилитирующим основаниям (например, пропущен срок исковой давности).

С одной стороны, данные нововведения можно только поприветствовать – например, конкурсный управляющий теперь может не подавать предварительно заявления об оспаривании сделок, а сразу подать заявление о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности и в рамках данного спора сначала доказать недействительность

---

<sup>3</sup> Гражданское и торговое право капиталистических стран / под ред. В.П. Мозолина, М.И. Кулагина. М., 1980.

сделки. Это позволит ускорить процесс рассмотрения дела о банкротстве и сэкономить денежные средства на ведение дела конкурсным управляющим (чья деятельность финансируется за счет конкурсной массы).

С другой стороны, такая формулировка Закона создает вероятность параллельности судебных актов. То есть суд в рамках дела о банкротстве при рассмотрении заявления о привлечении к субсидиарной ответственности может прийти к выводу о недействительности сделки, а другой суд в рамках дела об оспаривании данной же сделки – признать ее действительной.

Закон о банкротстве не отвечает на вопрос о том, какой из данных судебных актов должен иметь превалирующее значение.

Представляется, что в данном случае, как и с судебными актами по требованиям кредиторов в наблюдении (согласно Постановлению Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 № 35), предпочтение должно отдаваться судебным актам, принимаемым в деле о банкротстве (т.к. в деле о банкротстве принимает участие большее количество лиц, и суд изучает доводы всех участников).

В подп. 2 п. 2 ст. 61.11 сохранилась презумпция привлечения контролирующих лиц к субсидиарной ответственности в случае непередачи бывшим руководителем должника бухгалтерской документации арбитражному управляющему.

Данная презумпция включена в Закон о банкротстве, так как непередача документов арбитражному управляющему существенно затрудняет проведение процедур, применяемых в деле о банкротстве, а также удовлетворение требований кредиторов (или делает удовлетворение вообще невозможным).

В таком случае предполагается, что имущество у должника было, но оно было выведено по недействительным сделкам. А руководитель должника недобросовестно утаивает бухгалтерские документы, чтобы скрыть данные сделки и

не позволить вернуть имущество должника в конкурсную массу.

Однако, по нашему мнению, данная презумпция не должна применяться формально. Суды должны удовлетворять заявление о привлечении бывшего руководителя к субсидиарной ответственности по данному основанию только в том случае, если конкурсный управляющий докажет, что именно непередача бухгалтерской документации явилась причиной невозможности удовлетворения требований кредиторов.

Например, если бывший руководитель должника передал конкурсному управляющему все документы, за исключением бухгалтерского баланса, который конкурсный управляющий может получить в Федеральной налоговой службе, привлечение такого руководителя должника к субсидиарной ответственности вряд ли может быть признано обоснованным.

С другой стороны, если руководитель должника формально передал конкурсному управляющему бухгалтерский баланс, налоговую отчетность, печати и т.д., но скрыл всю первичную документацию по сделкам, на основании которых было выведено имущество должника, то такой руководитель должен отвечать по долгам компании субсидиарно.

Таким образом, при заявлении арбитражным управляющим требования о субсидиарной ответственности по данному основанию управляющий должен также доказать, какие сведения он не смог установить в связи с тем, что ему не была передана бухгалтерская документация и как ее передача поспособствовала бы достижению целей конкурсного производства.

Третья презумпция закрепляет, что контролирующее лицо подлежит привлечению к субсидиарной ответственности, если указанное лицо совершило налоговое правонарушение и требование уполномоченного органа, включенное в

реестр требований кредиторов, составляет более 50% третьей очереди реестра требований кредиторов.

В настоящем случае остается открытым вопрос, почему законодатель в данной презумпции пороговым значением выбрал именно 50%, ведь «существенный вред» может быть причинен и в том случае, когда требования уполномоченного органа составляют и менее 50%.

Вероятно, в случае появления в судебной практике тенденции по уменьшению данного значения (или указанию судов на вероятность привлечения в таком случае), данное пороговое значение будет снижено или заменено на «существенный вред».

Кроме того, формулировка данной презумпции оставляет открытым вопрос о привлечении к субсидиарной ответственности контролирующих лиц в случае, когда требование уполномоченного органа включено «за реестр».

В таком случае представляется обоснованным расширительное толкование судами данной презумпции и ее применение как в случае, если бы требование налогового органа было бы включено в реестр.

Четвертая, новая, презумпция связана с необеспечением сохранности или искажением документов, хранение которых является обязательным в соответствии со специальными законами (например, Федеральным законом «Об акционерных обществах», Федеральным законом «О рынке ценных бумаг» и др.).

Представляется, что применение данной презумпции будет обоснованным, как и в случае с передачей бухгалтерской документации только в том случае, когда не обеспечена сохранность тех документов, без которых невозможно выявить и вернуть в конкурсную массу должника выведенное имущество.

Другая новая презумпция заключается в необходимости привлечения к субсидиарной ответственности в случае, если в ЕГРЮЛ или Единый федеральный реестр сведений о фак-

тах деятельности юридических лиц не внесены сведения, подлежащие обязательному внесению, или сведения, содержащиеся в указанных реестрах, искажены.

Считаем, что данная презумпция не должна применяться судами исключительно формально. Представляется, что контролирующие лица должны быть привлечены к ответственности только если отсутствие сведений или недостоверная информация действительно причинили кредиторам существенный вред. Например, если у должника-банкрота было небольшое количество контрагентов, и они все были извещены о смене места нахождения должника, то вряд ли директора можно привлечь к субсидиарной ответственности за то, что в ЕГРЮЛ остались сведения о старом адресе должника.

Все вышеуказанные презумпции являются опровержимыми, и привлекаемые к субсидиарной ответственности лица вправе доказывать отсутствие причинно-следственной связи между их действиями/бездействием и банкротством должника, а также вправе оспаривать размер ответственности, который может быть снижен судом.

В ст. 61.15 Закона о банкротстве закреплена обязанность привлекаемого к ответственности лица подготовить и направить в арбитражный суд отзыв на заявление о привлечении его к субсидиарной ответственности.

Последствием неисполнения указанной обязанности является переложение судом бремени доказывания отсутствия оснований для привлечения к субсидиарной ответственности на указанное лицо.

В ст. 61.17 закреплён порядок распоряжения правом требования о привлечении к субсидиарной ответственности.

Так, в случае удовлетворения судом заявления о привлечении к субсидиарной ответственности право требования может быть:

- взыскано арбитражным управляющим в рамках процедуры, применяемой в деле о банкротстве;

- продано с торгов;
- уступлено кредитору в части, равной размеру неудовлетворенного требования кредитора.

Таким образом, теперь конкурсный кредитор вправе не только требовать от управляющего взыскания размера субсидиарной ответственности с контролирующих лиц или голосовать на собрании кредиторов за продажу права требования с торгов, но и вправе получить исполнительный лист, на основании которого вправе самостоятельно предъявить требование к контролирующему должника лицу. При этом судебные приставы при исполнении требований по исполнительным листам должны руководствоваться не очередностью, установленной Федеральным законом «Об исполнительном производстве», а очередностью, закрепленной в ст. 134 Закона о банкротстве<sup>4</sup>.

Кроме того, в главе III.2 Закона о банкротстве теперь прямо закреплено, что номинальные руководители должника-банкрота вправе «заключить сделку со следствием» и представить суду сведения о реальных контролирующих лицах. В таком случае номинальные руководители освобождаются от ответственности.

Однако полагаем, что закрепление данного положения в Законе не позволит решить главную проблему субсидиарной ответственности – исполнимости судебных актов, так как номинальные руководители зачастую не обладают какой-либо ценной информацией относительно реальных собственников бизнеса либо не представляют такую информацию суду в связи с тем, что знают о невозможности исполнения судебного акта, принятого против них.

Другая очень важная новела заключается в том, что заявление о привлечении контролирующих должника лиц теперь может быть подано и вне рамок дела о банкротстве.

---

<sup>4</sup> Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. М.: Изд-во УДН, 1987.

Такое заявление может быть подано после завершения процедуры банкротства или прекращения процедуры банкротства в связи с отсутствием достаточного количества денежных средств для финансирования процедуры банкротства, или возвращения уполномоченному органу заявления о признании должника банкротом.

Заявление о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности в таком случае может быть подано в течение трех лет с даты завершения процедуры банкротства, прекращения производства по делу о банкротстве или возвращения уполномоченному органу заявления о признании должника банкротом, но не позднее десяти лет, когда имели место действия и (или) бездействие, являющиеся основанием для привлечения к ответственности.

Таким образом, Федеральным законом от 29.07.2017 № 266-ФЗ были внесены существенные изменения в Закон о банкротстве, многие из которых пока вызывают вопросы относительно их практического применения и требуют специальных разъяснений со стороны Верховного Суда Российской Федерации или Конституционного суда Российской Федерации.

## **ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ И ЧРЕЗВЫЧАЙНЫЙ АРБИТР: ОПЫТ ГОНКОНГА**

**Ермоленко Р.А.**

Аспирант 3-го года обучения кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,

В статье анализируются различия арбитража Гонконга и материкового Китая, процедура принятия обеспечительных мер по Регламенту Гонконгского арбитражного центра, а также проблемы принудительного исполнения таких мер.

В 1842 году Гонконг был захвачен Великобританией и стал её колонией согласно Нанкинскому договору. Однако, большая по площади (не по населению) часть Гонконга, т. н. Новые Территории, была арендована в 1898 году на 99 лет и на этот срок являлась частью британской колонии. И хотя Китай как независимое государство появился только в 1911 году, а договор заключался с маньчжурской Империей Цин, Великобритания признавала этот договор аренды и никогда не отказывалась от обязательства передать Китаю Новые Территории к 1997 году. Декларация ООН о деколонизации от 1960 года не предусматривала раздела колоний, поэтому, фактически, никакого другого варианта, кроме как интегрировать Гонконг в состав Китая, у Великобритании не было. Референдум по вопросу независимости Гонконга не проводился, что, однако, не является прямым нарушением упомянутой декларации, поскольку декларация направлена на предоставление независимости не только колониям, но и колониальным народам, а в этническом смысле Гонконг является частью общего национального пространства с Китаем. В 1997 году Китайская Народная Республика приобрела суверенитет над территорией. Согласно совместной китайско-



британской декларации и Основному закону Гонконга, территории предоставлена широкая автономия до 2047 года, то есть в течение 50 лет после передачи суверенитета. В рамках курса «Одна страна, две системы» в течение этого периода Центральное народное правительство КНР берёт на себя вопросы обороны и внешней политики территории, в то время как Гонконг оставляет за собой контроль над законодательством, полицией, денежной системой, пошлинами и иммиграционной политикой, а также сохраняет представительство в международных организациях.

Из-за такого особенного положения Гонконга, существуют различия и в регулировании арбитража в Гонконге и материковом Китае. Гонконг, как и многие страны, включил в свое процессуальное законодательство положения Модельного закона ЮНСИТРАЛ. Кроме того, Гонконг, наряду с Тайванем и Макао, заключил с материковым Китаем специальное двустороннее соглашение о признании и исполнении решений третейских судов. В дальнейшем, Верховный народный суд КНР, 24 января 2000 г. ввел в действие данный документ под названием «*Соглашение о взаимном исполнении решений третейских судов между материковым Китаем и Гонконгом*». Двустороннее соглашение предусматривает, что суды материкового Китая могут отказать в признании и исполнении решений третейских судов, вынесенных в Гонконге, только на основаниях, изложенных в статье V Нью-Йоркской Конвенции. Как замечено некоторыми авторами, вышеуказанное двустороннее соглашение так же обязывает суд Гонконга исполнять решения, вынесенные третейскими комиссиями в Китае (за исключением третейских решений вынесенных трибуналом *ad hoc*)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sabine Konrad and Jacob Grierson, 'Know how: Commercial Arbitration in China' (Global Arbitration Review, August 2015). URL: <http://globalarbitrationreview.com/know-how/topics/61/jurisdictions/27/china/> (дата обращения: 03.03.2016).

Многие полагают, что Гонконг нельзя считать независимым местом разрешения споров, поскольку на него сильно влияет материковый Китай, и соответственно, Гонконгский арбитражный центр (далее – «HKIAC») является «китайским» арбитражным институтом. Данное представление является ошибочным.

Как уже было отмечено, Гонконг и Китай существуют в рамках концепции «одна страна-две системы». Это выражается, в том числе, в том, что:

- Гонконг имеет самостоятельную финансовую систему, свою собственную валюту, свободный обмен информацией, свободный рынок в отличие от материкового Китая;

- Гонконг имеет свое собственное законодательство. Материковый Китай относится к странам континентального права (*civil law*), в то время как на территории Гонконга действует общее право (*common law*), основанное на английском праве;

- арбитражное законодательство материкового Китая и Гонконга различается: на территории материкового Китая действует свой собственный специфический закон<sup>2</sup>, в Гонконге – закон, основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ;

- судебная система Гонконга самостоятельна; рассматривающий связанные с международным арбитражем дела Верховный суд состоит из судей разных национальностей, включая англичан, канадцев, новозеландцев, австралийцев.

Согласно Международному арбитражному опросу 2015 года Queen Mary University of London и White & Case, HKIAC является третьим по предпочтению и использованию арбитражным институтом в мире и самым выбираемым арбитражным институтом за пределами Европы. Так же

---

<sup>2</sup> Закон КНР об Арбитраже от 31 августа 1994 г.

НКІАС признан самым прогрессивным арбитражным институтом за последние пять лет<sup>3</sup>.

В отличие от Гонконга, в Китае действуют более 140 местных арбитражных комиссий, которые по соглашению сторон могут рассматривать любые споры. Наиболее известной местной арбитражной комиссией является Пекинская арбитражная комиссия (ВАС)<sup>4</sup>. Арбитраж в Китае отличается от арбитража в других странах в некоторых важных аспектах. Наиболее важно то, что специальный арбитраж, как правило, не признается законодательством КНР, когда он применяется на территории Китая. Арбитраж может проводиться только официально признанными учреждениями арбитража. Как следствие, стороны, выбирающие Китай в качестве страны арбитража, могут быть ограничены в выборе применимых процедурных и основных норм, и должны будут выбрать арбитров из списков, предлагаемых учреждением арбитража, которое стороны избрали. Китайские учреждения арбитража традиционно делятся на те, что урегулируют споры, «связанные с зарубежными странами» (shewai), и те, что разрешают исключительно внутренние споры. Имеются два учреждения арбитража, связанных с зарубежными странами: Китайская Комиссия по Международной Экономике и Торговому Арбитражу (China International Economic and Trade Arbitration Commission – «CIETAC») и Морская Арбитражная Комиссия, которая регулирует споры в судоходстве.

---

<sup>3</sup> 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (Queen Mary, University of London and White & Case, 2015). P. 11.

<sup>4</sup> Русакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж в Китае // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2012. № 4. С. 159–164.

### Приведение в исполнение

Процесс исполнения решений Китайских арбитражных органов весьма затруднителен<sup>5</sup>. Согласно статистическим данным<sup>6</sup>, начиная с конца 1980-х годов приблизительно 25% заявлений по исполнению решений СИЕТАС<sup>7</sup>, связанных с зарубежными странами, были отклонены. Обычно исполнения решения добиваются в суде той юрисдикции, где имеет активы ответчик, что вызывает проблему местного протекционизма. Суд, под влиянием местных властей, может попытаться сохранить капиталовложения влиятельных местных предприятий. В то время как решения арбитражных органов стран, подписавших Нью-Йоркское Соглашение, подлежат минимальному независимому пересмотру, Китайские суды имеют большие полномочия по отмене решений арбитражных органов по внутренним спорам. Решения Китайских внутренних учреждений арбитража, например, местных комиссий, вне зависимости от того, связан ли спор с зарубежными странами или нет, могут быть не исполнены на основании выявления погрешностей в расследовании или применения закона<sup>8</sup>. СИЕТАС – арбитражный орган, рассматривающий споры, связанные с зарубежными странами. Однако, его решения регулируются статьей 260<sup>9</sup> Гражданского Процессуального Закона Китайской Народной Республики, который позволяет судам отказывать в исполнении решений

---

<sup>5</sup> Кларк Д.К. Сила и политика в Китайской судебной системе: исполнение судебных постановлений // 10 Колумбийский журнал: Азиатское Законодательство. 1996. № 1.

<sup>6</sup> Статистика приведена Исследовательским институтом Арбитража при Китайской Внешнеторговой Палате.

<sup>7</sup> Русакова Е.П. Порядок рассмотрения финансовых споров в Китайской Международной торгово-экономической арбитражной комиссии // (СИЕТАС)& Пробелы в российском законодательстве. 2016. № 6. С. 52–54.

<sup>8</sup> Статья 217, Гражданский процессуальный кодекс КНР. URL: <http://www.legal-way.ru/iss09.php>.

<sup>9</sup> Там же.

только по ограниченному числу процессуальных причин, совместимых с международной практикой.

Решения СИЕТАС подлежат дальнейшей защите, чего нельзя сказать в отношении решений местных арбитражных комиссий: они входят в область компетенции Постановления Высшего Народного Суда об иностранном и связанном с зарубежными странами арбитраже от 1995 года. Согласно этому Постановлению, если Китайский суд предлагает не исполнять решение, вынесенное иностранным арбитражным органом, или решение внутреннего Китайского органа арбитража (например, СИЕТАС) касательно спора, связанного с зарубежными странами, он должен получить одобрение от Народного Суда провинциального уровня, которому он подчиняется. Народный Суд провинциального уровня в свою очередь должен получить одобрение Высшего Народного Суда, если тот согласится с отказом в исполнении решения. Как и в случае со ст. 260 Гражданского Процессуального Закона Китайской Народной Республики, применимость Постановления зависит от тождественности органа арбитража, а не сущности рассматриваемых споров. Таким образом, арбитраж, связанный с зарубежными странами, осуществленный одной из местных комиссий не будет подлежать защите.

В противовес вышесказанному, арбитражные решения НКІАС в большинстве стран мира приводятся в исполнение на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 года, предусматривающей исполнение полученного в одной стране арбитражного решения на территории другой страны-участницы Конвенции, тогда как в отношении материкового Китая действует другая система. Формально Гонконг и Китай не являются разными странами. Соответственно, приведение в исполнение вынесенных на этих территориях решений на основании Нью-Йоркской конвенции невозможно. В этой связи между Гонконгом и материковым Китаем за-

ключено специальное соглашение<sup>10</sup> о взаимном приведении в исполнение арбитражных решений, принятых на территории другого региона.

### **Обеспечительные меры в НКІАС**

Допустимой в Гонконге обеспечительной мерой может быть обязанность другой стороны:

– поддерживать или восстановить status quo до разрешения спора;

– совершить действия, которые предотвратят существующий или возможный ущерб или устранят препятствия для самого арбитражного разбирательства, а также воздержаться от действий, которые могут ущерб причинить или препятствия для процесса создать.

Один из примеров – запрет на обращение в государственный суд по спору, который должен рассматриваться в арбитраже.

– сохранить активы для исполнения будущего арбитражного решения по существу;

– обеспечить доказательства, которые являются относимыми и существенными для разрешения спора.

Важно учитывать, что обеспечительные меры не могут быть вынесены в отношении третьих лиц.

Правилами<sup>11</sup> (НКІАС) предусмотрена следующая последовательность действий:

---

<sup>10</sup> Положения меморандума о взаимопонимании между этими двумя правительствами изложены в работе «Материковый Китай и Особая административная область Гонконг решают проблему исполнения арбитражных решений» // Отчет о международном Арбитраже, Милей, 28 июня, 1999. Т. 14. № 6, и в Официальном сообщении для печати: Взаимовыгодное исполнение арбитражных решений между Материковым Китаем и Особой административной областью Гонконг // Правительство особой административной области Гонконг. 15 июня, 1999.

1. Заявление о принятии обеспечительных мер чрезвычайным арбитром подается вместе с уведомлением об арбитраже или после подачи такого уведомления, но до формирования состава арбитража.

Важно учитывать следующее: подача заявления возможна только по спорам, возникшим из арбитражных соглашений, заключенных после 1 ноября 2013 года; согласие другой стороны на назначение чрезвычайного арбитра не требуется.

Соответственно, если стороны хотят исключить возможность назначения чрезвычайного арбитра по будущим спорам, им целесообразно включать соответствующие оговорки в их арбитражные соглашения.

2. Заявитель должен заплатить первоначальный взнос при подаче заявления, который на момент данной публикации составляет 250 000 гонконгских дол. (из них 45 000 дол. – это административный взнос, и 205 000 дол. – аванс для оплаты гонорара арбитра. Итоговый гонорар арбитра определяется на основании почасовых ставок).

Размер данного взноса меньше, чем в Лондоне (LCIA) или Париже (ICC), но чуть больше, чем в Стокгольме (SCC) или Сингапуре (SIAC).

3. НКІАС в случае соблюдения заявителем процедуры назначает чрезвычайного арбитра в течение 2 дней после получения заявления и оплаты первоначального взноса.

Для примера: самое быстрое назначение чрезвычайного арбитра произошло в НКІАС через 38 минут после получения заявления.

В целях оперативного рассмотрения заявлений НКІАС ведет базу чрезвычайных арбитров, в ближайшее время она будет доступна и на сайте центра.

---

<sup>11</sup> 2013 HKIAC Administered Arbitration Rules. URL: [http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/2013\\_hkiac\\_rules%28ru%29.pdf](http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules%28ru%29.pdf)

4. Другая сторона извещается о процессе и участвует в рассмотрении заявления о принятии обеспечительных мер.

5. Сторона может заявить отвод чрезвычайному арбитру в сокращенные сроки (3 дня). Если такой отвод будет удовлетворен, НКІАС в течение двух дней заменит арбитра.

6. Стороны вправе согласовать место проведения чрезвычайных процедур, в отсутствие договоренности таким местом будет место арбитража.

7. Чрезвычайный арбитр должен вынести решение по вопросу принятия обеспечительных мер в течение 15 дней после получения документов от НКІАС, если только данный срок не увеличен по соглашению сторон или в крайних случаях по решению НКІАС.

8. Чрезвычайный арбитр включает в свое решение обоснование наличия его юрисдикции по данному вопросу, однако данное решение является предварительным и не связывает в дальнейшем состав арбитража.

9. Любое решение чрезвычайного арбитра является обязательным для сторон и действует определенное время. Решение может быть изменено, приостановлено или отменено чрезвычайным арбитром или впоследствии составом арбитража.

10. По общему правилу, после назначения состава арбитража чрезвычайный арбитр не обладает никакими полномочиями по делу. Чаще всего, он не входит в состав арбитража, хотя стороны могут договориться об ином.

11. Чрезвычайные процедуры не лишают стороны права обращаться за обеспечительными мерами в компетентный суд.

Основания для удовлетворения заявления о принятии обеспечительных мер:

1. Прежде всего, заявитель должен подтвердить срочность вопроса.



Именно недоказанность срочности вопроса чаще всего становится основанием для отказа в принятии обеспечительных мер чрезвычайным арбитром.

Дело в том, что под срочностью в данном случае понимается не просто необходимость принятия быстрых обеспечительных мер, а невозможность ждать до назначения состава арбитража.

В качестве примеров срочности можно привести следующие случаи.

В рамках корпоративного спора истец просил наложить арест на акции, являющиеся предметом спора. В качестве доказательства срочности вопроса было предоставлено письмо, в котором ответчик предлагал другим акционерам реализовать их преимущественное право и выкупить акции. Соответственно, имелся реальный риск, что акции будут в ближайшее время проданы, и ждать назначения состава арбитража для решения вопроса принятия обеспечительных мер, было нельзя.

В рамках спора, возникшего по вопросу незаконного досрочного расторжения договора с истцом на показ телепрограммы, истец просил в ускоренном порядке назначить состав арбитража для решения вопроса о принятии обеспечительных мер. Истец просил принять срочные меры, поскольку контракт, по которому истец использовал программу, истекал через 27 дней. После этого, зрители истца не смогли бы смотреть программу, а ответчик мог бы передать права на использование программы третьим лицам, что привело бы к нарушению репутации истца и возникновению у истца убытков. Арбитражный центр посчитал, что срочность вопроса в данном случае доказана. Важно отметить, что после этого стороны достигли мирового соглашения по спору.

2. Разрешая вопрос о принятии обеспечительных мер, чрезвычайный арбитр также оценивает наличие следующих факторов:

- вероятности причинения заявителю непоправимого ущерба, то есть такого ущерба, который не сможет быть исправлен с помощью принятия решения о взыскании убытков;
- соблюдения «баланса ущерба», означающего, что размер ущерба, который может быть причинен заявителю, превышает размер ущерба, который может быть причинен другой стороне принятием обеспечительных мер;
- разумной вероятности, что сторона, просящая принять срочные обеспечительные меры, победит в споре.

Соблюдение условия «поправимости ущерба» обычно толкуется гибко и исходя из характера ущерба. В случае, когда в будущем возможно принятие решения о возмещении убытков за нарушение обязательства, в обеспечительных мерах может быть отказано.

Примерами случаев «непоправимого ущерба» могут быть утрата бесценного или уникального объекта, банкротство компании, уничтожение значимых доказательств, потеря существенной возможности участия в проекте, ущерб деловой репутации.

Наличие «баланса ущерба» определяется в зависимости от конкретных правовых и фактических обстоятельств дела. Так, в случае, если принятие обеспечительных мер влечет небольшие затруднения у другой стороны, а непринятие обеспечительных мер влечет значительный ущерб для заявителя, можно говорить о соблюдении «баланса ущерба». Соответственно, вероятность принятия обеспечительных мер в таком случае достаточно высока.

Оценка «разумной вероятности победить по существу спора» производится предварительно. С одной стороны, такая оценка предотвращает возможность принятия обеспечительных мер по заведомо проигрышным или недобросовестным искам, с другой стороны, такая оценка не является окончательной и может быть изменена в ходе рассмотрения дела.

Отметим, что в некоторых случаях, стороны намеренно просят принять обеспечительные меры для того, чтобы получить предварительную оценку своей позиции на более ранних стадиях по делу.

3. Чрезвычайный арбитр должен убедиться в наличии у него юрисдикции для принятия обеспечительных мер (хотя данный вопрос решается предварительно и не связывает в дальнейшем состав арбитража).

В случае удовлетворения заявления о принятии обеспечительных мер, чрезвычайный арбитр выносит решение.

Во многих юрисдикциях существует неясность, можно ли такое решение считать финальным и подлежит ли оно принудительному исполнению по Нью-Йоркской конвенции 1958 года.

Проблема приведения в исполнение связана главным образом с толкованием решения чрезвычайного арбитра в качестве окончательного по смыслу п. «е» ч. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 года. Исходя из толкования данной статьи, данного в информационном письме и постановлениях по конкретным делам Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, под окончательными решениями, подлежащими принудительному исполнению в российских государственных судах, понимаются исключительно «решения, связанные с процессуальным рассмотрением спора по существу и вынесенные по окончании всех арбитражных процедур»<sup>12</sup>.

Исходя из логики законодателя, принудительное исполнение обеспечительных мер по спору, подлежащему рассмотрению в третейском суде, возможно исключительно путем обращения в арбитражный суд по месту нахождения или месту жительства должника или месту нахождения его иму-

---

<sup>12</sup> Ситкарева Е.В. Содействие и контроль государственных судов в отношении арбитража (третейского разбирательства) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 4.

щества на основании п. 3 ст. 90 российского Арбитражного процессуального кодекса.

В связи с небольшим объемом накопленной судебной практики сделать однозначный вывод о том, будет ли приведено в исполнение решение чрезвычайного арбитража в той или иной юрисдикции, может вызвать сложности. Однако некоторые авторы отмечают, что приведение в исполнение решения чрезвычайного арбитра более вероятно в юрисдикциях, где закон об арбитраже основан на обновленном Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

Но все же самым надежным способом разрешения вопроса об исполнении решений чрезвычайных арбитражей является прямое закрепление этого института в национальном законодательстве.

Например, в Гонконге принят специальный акт, приравнивающий решения чрезвычайного арбитра к обычным арбитражным решениям. Соответственно, такие решения исполняются принудительно.

Особенно важно это в российско-китайских спорах, потому что многие китайские компании имеют активы на территории Гонконга, за счет которых можно обеспечить будущее исполнение основного арбитражного решения<sup>13</sup>.

В любом случае, чаще всего, решение чрезвычайного арбитра исполняется стороной добровольно, поскольку неисполнение решения может повлечь в дальнейшем неблагоприятные последствия, вплоть до принятия окончательного решения не в пользу этой стороны<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup>Безбах В.В., Беликова К.М., Бадаева Н.В., Ермакова Е.П., Ивановская Н.В., Кривенко О.А., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В. Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона. М.: РУДН, 2015.

<sup>14</sup> Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах: монография. М.: Юрлитинформ, 2015.

**ПОНЯТИЕ БРАКА И УСЛОВИЯ ЕГО  
ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СОГЛАСНО  
СИРИЙСКОМУ ЗАКОНУ «О ЛИЧНЫХ СТАТУСАХ»  
1953 ГОДА**

**Ихаб Обайд**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
ehab\_obaid@yahoo.com

В статье рассматривается понятие брака в соответствии с положениями сирийского закона «О личных статусах», изучаются условия заключения и действительности брака, без которых брачный договор считается недействительным. Также автор описал период знакомства жениха и невесты, в течение которого возможно возникновение имущественных обязательств между ними до вступления в брак. Также в статье обсуждается вопрос о правовой природе брачного договора в Сирии: считать его религиозным договором или гражданским договором, который как и другие контракты заключается согласно сирийскому законодательству.

*Ключевые слова:* хутба, жхаз, шариат, шариатский суд, брачный договор, брак, условия брачного договора.

Прежде чем говорить о понятии брака и условиях его действительности, следует обратить внимание на сирийский закон «О личном статусе» от 17 сентября 1953 года, который является в настоящее время основным законом, регулирующим все семейные отношения в Сирии.

Хотя этот закон был принят более 60 лет назад, в него вносились лишь незначительные поправки, с которыми этот закон применяется уже довольно длительный период. Однако многие сирийские юристы видят необходимость издания нового закона о личных статусах с тем, чтобы законодатель мог исправить некоторые ошибки и недостатки этого закона, которые были выявлены практическим применением в течение этих долгих лет. Сирийский законодатель оформил се-

мейно-правовые отношения в законе «О личных статусах» 1953 года (СЗЛС). При создании этого закона были восприняты все нормы шариата (из различных правовых школ), учитывая, таким образом, традиции и обычаи сирийского общества. Несмотря на то, что этот закон строится на основе норм шариата, он применяется ко всем сирийцам разных религий и религиозных общин. Но при регулировании некоторых отношений, прежде всего заключения и расторжения брака, сирийский законодатель исключил из круга субъектов применения граждан-христиан, евреев и друзов. Поэтому, следует отметить, что в Сирии кроме СЗЛС есть несколько семейных законов, которые регулируют некоторые семейные отношения лиц, не относящих себя к исламской религии. В данной статье мы будем определять понятие брака и условия его действительности согласно только СЗЛС без других семейных законов.

В Сирии, как и в любом арабском или исламском обществе, перед браком обычно существует период знакомства между женихом и невестой, называемый стадией обручения (хутба) или обещанием брака. Хотя этот период не является обязательным, сирийский законодатель кратко урегулировал эти отношения в ст. 2, 3 и 4 СЗЛС.

Статья 2 СЗЛС гласит, что «хутба или обещание брака, чтение аль-Фатиха, взятие (получение) приданого и принятие подарка не считаются браком». Согласно ст. 3 СЗЛС и невеста, и жених имеют право по своему решению отказаться от хутба.

В соответствии с положением ст. 4 СЗЛС, если жених отдал невесте приданое в качестве денег до брака (во время хутба), и невеста купила себе на эти деньги личные вещи (жхаз), а затем жених сам отказался от хутба, то она вправе либо вернуть жениху такую же сумму, которую получила, либо отдать ему те вещи, которые уже купила. В случае отказа невесты от хутба она обязательно должна вернуть приданое, которое получила. Пункт 3 ст. 4 СЗЛС устанавливает,

что на подарки, которые получила невеста до брака, действуют положения о договоре дарения.

Рассмотрим понятие брака, содержащееся в сирийском законе «О личных статусах».

Прежде всего, следует отметить, что в Сирии заключение брака знаменуется заключением брачного договора в Шариатском суде, в России же заключение брака оформляется его регистрацией в органах ЗАГС. Брачные договоры в России заключаются с целью урегулировать имущественные отношения супругов, которых не устраивает законный режим совместности имущества, поэтому брачные договоры в России не получили широкого распространения<sup>1</sup>.

Статья 1 (СЗЛС) определяет брак следующим образом: «Брак представляет собой договор между мужчиной и женщиной, который на законных основаниях разрешен ему, с целью установить связь для совместной жизни и продолжения рода». Исходя из этого определения, можно сказать, что брачный договор является гражданском договором, а не религиозным, как и все договоры, оформленные в соответствии с различными сирийскими законами. Это означает, что у этого договора есть необходимые условия и порядок заключения, при соблюдении которых договор считается действительным.

Несмотря на то, что сирийские семьи привыкли заключать брачный договор в присутствии священнослужителя (Маазун), это условие не является обязательным, и его отсутствие не влияет на действительность договора, так как в каждом шариатском суде есть маазун, который должен поставить свою подпись под каждым брачным договором, заключающимся супругами в этом суде<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ковыршина Н.А. Гражданское судопроизводство в монархиях Арабского Востока. М.: РУДН, 2013. 172 с.

<sup>2</sup> См.: Ст. 44 СЗЛС.

Одним из обязательных требований сирийского законодателя является принадлежность лиц, вступающих в брак, к разному полу (брак представляет собой договор между мужчиной и женщиной) ... (ст. 1 СЗЛС). Цель брачного договора – это установление связи для постоянной совместной жизни и продолжения рода.

*Виды условий брачного договора в сирийском законодательстве.*

С точки зрения Абдул Рахман Аль Сабуни, который является одним из важнейших сирийских ученых в сфере семейного права, сирийский законодатель различает четыре вида условий брачного договора: 1) условия заключения брачного договора, 2) условия действительности брачного договора, 3) условия о представительстве при заключении брачного договора, 4) условия признания брачного договора недействительным.

*1. Условия заключения брачного договора (аркан). Аркан договора* – это обязательные условия, при отсутствии которых договор считается незаключенным, они имеют особую важность, и поэтому исламские, в том числе сирийские, ученые использовали понятие рукн для обозначения этих условий. К ним относятся наличие оферты (предложение) и акцепта (принятие) (ст. 5 СЗЛС). Это условие состоит из трех основных элементов<sup>3</sup>: договаривающиеся стороны; предмет договора, форма договора.

Стороны договора. В соответствии с положениями ст. 14 СЗЛС, брачный возраст устанавливается для мужчин с восемнадцати лет и с семнадцати для женщин. Согласно п. 1 ст. 18 СЗЛС, установлено правило, в соответствии с которым парень достигший 15 лет и девушка – 13 лет имеют право обратиться в шариатский суд с просьбой о заключении брака

---

<sup>3</sup> Абдул Рахман, Аль Сабуни. Объяснение сирийского закона о личных статусах (брак и развод). Ч. 1. Дамаск: Изд-во Аль Матпаа Альджадида, 1978. С. 81.



между ними, если они при этом докажут физическое половое созревание. Судья выносит решение по своему усмотрению. В случае, если судья вынес решение о заключении такого брака, то он должен выяснить мнение опекунов, так как без их согласия такой брак не может быть заключен (п. 2 ст. 18 СЗЛС).

Обе стороны должны быть дееспособными и в здравом уме, потому что брачный договор, заключенный невменяемым или недееспособным человеком, считается недействительным. Исключение из этого правила согласно п. 2 ст. 15 СЗЛС такое: судья может разрешить брак недееспособного лица, при условии, что к брачному договору прилагается медицинское заключение, доказывающее, что брак в дальнейшем, возможно, будет способствовать выздоровлению недееспособного. В этом случае брачный договор заключается опекуном от имени недееспособного.

Каждая из сторон должна иметь возможность свободно заключить договор или отказаться от договора, так как договор, основанный на принуждении, считается недействительным из-за отсутствия воли одной из сторон.

Предмет договора (интересно отметить различное понимание термина «предмет» в сирийском и российском праве) – это муж и жена, ни один из них не должен быть запрещен для другого. Мужчина не может жениться на своей матери, сестре или тете или жене другого человека.

Сирийский законодатель определил категории женщин, брак с которыми запрещен.

*Постоянный запрет.*

1) Из-за родственных связей: мать и бабушка (далее по восходящей линии); дочь и внучки (далее по нисходящей линии); сестра и племянницы (далее по нисходящей линии); тетя (сестра отца и сестра матери), но на дочери тети законом дозволено жениться.

2) Из-за отношений вследствие заключения брака: мачеха и жена бабушки (далее по восходящей линии); мать же-

ны и бабушка жены (далее по восходящей линии); дочь жены и внучка жены (далее по нисходящей линии); жена сына и жена внука (далее по нисходящей линии).

3) Брак запрещен также с женщиной, которая участвовала в грудном вскармливании лица, и с ее родственниками, указанными в пунктах 1 и 2 о постоянных запретах.

*Временный запрет.*

Помимо постоянных запретов существуют временные. Закон предусматривает следующие случаи:

1) Жена другого мужчины: во время брака, а также в периоде ожидания (ст. 38 СЗЛС). Период ожидания – это период времени, установленный законом, до окончания которого разведенная женщина или вдова не может выйти замуж за другого мужчину, кроме бывшего мужа.<sup>4</sup>

2) Разведенные в третий раз женщины. Если женщина развелась с мужем три раза, то она не может выйти за него замуж снова, хотя может вернуться к своему первому мужу только после того, как выйдет замуж за другого человека законным браком, а затем получит развод от него (ст. 36 СЗЛС).

3) Мужчина не имеет права быть женатым одновременно на сестрах, а также на женщине и ее тёте в одно время (ст. 39 СЗЛС).

4) Мужчина не может взять в жены пятую женщину, если у него уже есть четыре жены (ст. 37 СЗЛС).

5) Женщина, которая не следует религии. Мусульманин может жениться на мусульманке или христианке, или иудейке. Но мусульманка может выйти замуж только за мусульманина (ст. 48 СЗЛС).

---

<sup>4</sup> Абдул Рахман Аль Сабуни. Объяснение сирийского Закона о личных статусах (брак и развод). Ч. 2. Дамаск: Изд-во Аль Матпаа Альджадида, 1978. С. 123.

Существуют определенные требования к порядку заключения договора и его форме для признания его действительным. Эти требования следующие:

– оферта (предложение) и акцепт (согласие) должны быть сделаны в одном месте,

– акцепт должен соответствовать оферте без каких-либо изменений,

– обе стороны договора должны слышать друг друга и осознавать смысл разговора во время заключения брачного договора (ст. 11 СЗЛС),

– оферта и акцепт должны быть в письменной форме, но если одна из сторон договора не умеет или не может писать, то она может заключить договор устно, а если она также не может говорить, то не вербально (ст. 10 СЗЛС),

– брачный договор должен быть свободен от каких-либо условий и не зависеть от каких-либо будущих обстоятельств (ст. 13 СЗЛС). Например, договор не считается заключенным, если женщина скажет: «Я буду твоей женой, если ты сдашь экзамен в следующем году» (даже если он согласится).

2. Брачный договор должен быть заключен в присутствии свидетелей. Контракт должен быть составлен на основе продолжения супружеских отношений навсегда (в принципе), отсутствие какого-либо пункта контракта, указывающего временный период для брака.

*Свидетели заключения брачного договора (ст. 12 СЗЛС).* Свидетель должен быть в здравом уме и достигшим восемнадцатилетнего возраста. Число свидетелей: двое мужчин или мужчина и две женщины (как и в любом договоре). Религия: должно быть два свидетеля мусульманина, но если жена не была мусульманкой, то свидетели могут быть не мусульманами<sup>5</sup>. Свидетели должны слышать разговор сторон

---

<sup>5</sup> Самарканди. Тихват Алфукахаа. Ч. 2. Дамаск: Изд-во Университета Дамаска, 1960. С. 196.

договора, четко осознавать его смысл и понимать язык разговора.

Сирийский закон «О личных статусах» не содержит положения о необходимости заключения брака навсегда, но ст. 305 этого закона гласит, что «случаи, в которых этот закон не предусматривает положений, должно применяться самое сильное мнение школы Ханафи».

В школе Ханафи есть два мнения. Первое заключается в том, что временный брак считается недействительным (и это мнение большинства мусульманских ученых). Второе мнение состоит в том, что временный брак не считается недействительным, недействительно лишь условие (брачный договор является действительным, а условие о временном браке недействительным)<sup>6</sup>.

Мы считаем первое мнение более точным и справедливым, потому что отменить брак лучше, чем считать его действительным и отменить только условие о временном браке, так как это условие чрезвычайно важно для обеих сторон, ведь если бы не было этого условия, возможно, они бы не заключили этот договор.

3. Брачный договор заключается лично, либо через доверенное лицо или через законного представителя (опекуна).

*Заключение брачного договора от своего имени.* Мужчина в возрасте 18 лет и старше имеет право заключить брачный договор без каких-либо ограничительных условий. Достаточно только согласия жены, чтобы брак считался действительным.

Женщина в возрасте 18 лет и старше также имеет право заключить брачный договор, но при условии, что пара имеет равное<sup>7</sup> (в семейном, социальном и финансовом плане) по-

---

<sup>6</sup> Мохаммед, Абу Захра. Брачный контракт и его последствия. Каир: Изд-во Института Высших арабских исследований, 1958. С. 43.

<sup>7</sup> Ст. ст. 26–32 СЗЛС.

ложение – принцип равенства отличается в разных обществах (мы рассмотрим это далее).

*Заключение брачного договора через доверенное лицо.*

1) Абсолютная доверенность. Если человек доверил кому-то выбор жены и не указал при этом необходимые качества будущей избранницы и не уточнил доверенному лицу сумму приданого, то брак считается действительным с момента заключения договора доверенным лицом, но договор не должен противоречить сложившимся в данном обществе (местности) традициям и правилам (необходимо следовать местным обычаям при выборе жены и установлении размера приданного).<sup>8</sup>

Последняя точка зрения является самым сильным мнением школы Ханафи, и необходимо принимать его в соответствии со статьей 305 СЗЛС.

2) Ограниченная доверенность. Если человек доверил кому-то выбор жены, указал необходимые качества будущей жены и уточнил ему сумму приданого, то брак считается действительным только когда доверенное лицо заключает договор с указанными условиями и суммой приданого.<sup>9</sup>

Но если доверенное лицо заключило брачный договор не с указанными, а с новыми условиями, то договор не признается действительным, пока представляемый не согласится на него. В случае, когда его согласие отсутствует, договор считается недействительным (ст. 9 СЗЛС).

Статья 8 СЗЛС предусматривает, что в брачном договоре разрешается доверенность от имени женщины. Но если женщина доверила кому-то выбор мужа, то он не имеет право выбрать себя в качестве мужа, если это не было написано в доверенности.

---

<sup>8</sup> Ибн Нуджайм. Альбахр Араик. Ч. 3. Каир: Изд-во Дом научных книг, 1997. № 1. С. 140.

<sup>9</sup> Алькаساني. Альбадаии. Ч. 2. Каир: Изд-во Дом научных книг, 1986. № 2. С. 446.

Сирийский закон закрепил порядок определения законного представителя, который имеет право разрешить и/или заключить брачный контракт от имени несовершеннолетнего, недееспособного или частично дееспособного. В соответствии с положениями ст. 21 и 276 СЗЛС порядок определения законных представителей выглядит следующим образом (в этом порядке от самого сильного до самого слабого): 1) сыновья и их сыновья (далее по нисходящей линии); 2) отец и дедушка (далее по восходящей линии); 3) родной брат и сводный брат (от отца) и их сыновья (далее по нисходящей линии); 4) дяди (братья отца) и их сыновья (далее по нисходящей линии).

В дополнение к необходимости быть законным представителем одной из перечисленных выше категорий, он также должен быть в здравом уме, достигшим совершеннолетнего возраста, а также должен быть одной и той же религиозной принадлежности с лицом, интересы которого он представляет<sup>10</sup>.

В соответствии с положениями ст. 20 (СЗЛС), если семнадцатилетняя девушка хочет вступить в брак, судья должен спросить ее отца о его мнении, и отец должен ответить в течение определенного периода. Если отец не против этого брака, или он против, но без серьезных причин, то судья должен разрешить этот брак.

В случае отсутствия у девушки опекуна, ее законным представителем является судья (ст. 24 СЗЛС). Судья как законный представитель не имеет права выбрать себя в качестве супруга и заключить брачный договор с собой, и также он не может выбрать в качестве супруга одного из своих сыновей или своего отца, или дедушек (ст. 25 СЗЛС).

В соответствии с положениями ст. 27–30 (СЗЛС), если семнадцатилетняя девушка вступила в брак без разрешения

---

<sup>10</sup> Абдул Рахман, Аль Сабуни. Объяснение сирийского закона о личных статусах (брак и развод). Ч. 1. Указ. соч. С. 165–166.

ее опекуна и при условии, что пара имеет равное (в семейном, социальном или финансовом плане) положение, то договор считается заключенным. Но если стороны не в равном положении, тогда опекун имеет право отменить этот договор, пока жена не беременна.

Принцип равенства отличается в разных странах и обществах. Местный обычай играет важную роль в определении принципа равенства (ст. 28 СЗЛС).

*4. Условия признания брачного договора недействительным.* Брачный договор является обязательным договором, ни одна из сторон не имеет права расторгнуть его кроме случая, когда один из супругов хочет расторгнуть брак.

Существует несколько ситуаций, в которых есть возможность признать брачный договор недействительным:

1) Когда опекун заключает договор как представитель несовершеннолетнего или недееспособного, или частично дееспособного. Если лицу уже 18 лет или недееспособный уже в здравом уме, то они имеют право признать договор недействительным;

2) Если заключение брачного контракта сопровождается мошенничеством одной из сторон, другая сторона имеет право признать договор недействительным. Например, если мужчина сказал девушке до брака, что он не употребляет алкоголь, и поэтому девушка согласилась выйти за него замуж, но после вступления в брак она узнала, что он употребляет алкоголь каждый день, то в этом случае жена имеет право просить суд признать договор недействительным<sup>11</sup>.

3) Если одна из сторон договора на момент заключения брака была инфицирована или серьезно больна и скрыла этот факт от другой стороны, другая сторона имеет право обратиться в суд, чтобы аннулировать брачный контракт.

---

<sup>11</sup> Ибн Аабдиин. Рад Альмухтар. Ч. 2. Бейрут: Изд-во Дар Аль-фикр, 1992. С. 312.

4) Если отсутствует принцип равенства между супругами в конкретных ситуациях. Мы уже обращались к этому условию.

Завершая анализ условий брачного договора в Сирии, можно заключить, что мы определили понятие брачного договора согласно сирийскому закону «О личных статусах», рассмотрели положения этого закона про обещание брака (хутба), а затем разобрали подробно все условия этого договора с точки зрения некоторых известных исламских ученых в области семейного права.

Можно отметить, что сирийский законодатель, регулируя некоторые отношения периода знакомства между женихом и невестой (хутба) в СЗЛС, определяет имущественные права и обязанности, которые возникают между женихом и невестой, т.е. те отношения, которые могут стать предметом спора между ними в случае отказа одного из них от хутба до выступления в брак.

Стоит согласиться с позицией тех ученых, которые считают, что брачный договор в Сирии является гражданским договором, а не религиозным. Этот договор должен заключаться в соответствии с положениями сирийского закона «О личном статусе». Брачный договор может быть заключен согласно положениям шариата, но он будет действительным, только если он соответствует СЗЛС. В Сирии, хотя исламский закон является источником для создания законодательства, контракты и другие действия получают юридическую силу только из норм закона, но не из других источников, содержащих нормы шариата.

Согласно рассмотренному закону семнадцатилетняя девушка в Сирии может вступить в брак без разрешения ее опекуна при условии, что пара имеет равное положение (в семейном, социальном или финансовом плане). Однако если супруги не в равном положении, опекун вправе требовать признания договора недействительным, пока жена не беременна. Полагаем, что необходимо лишить опекуна тако-



го права независимо от того, являются ли супруги равными или нет. В связи с тем, что девушка достигла установленного законом возраста для вступления в брак, только она вправе выбирать будущего супруга, к тому же ислам запрещает дискриминацию между людьми по финансовому, социальному или семейному положению.

## **ПРУДЕНЦИАЛЬНЫЕ НОРМЫ БРОКЕРСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НА РЫНКЕ ЦЕННЫХ БУМАГ: ГАРМОНИЗАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА СТРАН ЕАЭС**

**Канатов Ренат Канатович**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,

В статье проводится анализ пруденциальных норм законодательства стран ЕАЭС в сфере регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг с целью выявления факторов, которые могут повлиять на качество их гармонизаций.

*Ключевые слова:* Евразийский Экономический Союз, брокерская и банковская деятельность, рынок ценных бумаг, гармонизация, законодательство.

Согласно ст. 4 Договора о Евразийском экономическом союзе<sup>1</sup> от 29.05.2014 ЕАЭС создан в целях всесторонней модернизации, кооперации и повышения конкурентоспособности национальных экономик и создания условий для стабильного развития в интересах повышения жизненного уровня населения государств-членов.

Движущей силой гармонизации законодательства стран ЕАЭС в сфере регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг является стремление ЕАЭС к 2025 году создать общий финансовый рынок, в т.ч. общий рынок финансовых услуг. В рамках общего финансового рынка стран ЕАЭС будет обеспечиваться свобода движения товаров, т.е. финансовых инструментов, финансовых услуг, финансо-

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 03.10.2014 № 279-ФЗ «О ратификации Договора о Евразийском экономическом союзе» // Российская газета. 08.10.2014. № 229; Собрание законодательства РФ. 06.10.2014. № 40. Ст. 5310.

вого капитала и рабочей силы, т.е. специалистов в области финансового рынка, проведение согласованной политики в данной отрасли экономики. При этом в ст. 70 Договора о Евразийском экономическом союзе указано, что одним из целей и принципов согласованного регулирования финансовых рынков является определение пруденциальных требований, предъявляемых к деятельности на рынке ценных бумаг.

В связи с этим, в рамках настоящей статьи рассмотрим пруденциальные нормы законодательства стран ЕАЭС в сфере регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг.

Пруденциальные нормы являются одним из основных требований, предъявляемых к брокерской деятельности на рынке ценных бумаг. В то же время в законодательствах стран ЕАЭС между перечнями данных требований имеются некоторые расхождения<sup>2</sup>. В свою очередь, термин «пруденциальный» буквально означает «осмотрительный», «благоразумный» и используется в основном в финансовой науке<sup>3</sup>. Обычно данный термин характеризует регулирование и означает не что иное, как «регулирование, продиктованное благоразумием»<sup>4</sup>. Вместе с тем в законодательстве стран ЕАЭС не употребляется понятие «пруденциальные нормы». Вместо данного понятия в законодательстве стран ЕАЭС используются другие понятия. В частности, в Российской Федерации (далее – РФ) применяются понятия «требования к собственным средствам», «минимальный размер собственных средств» и «норматив достаточности собственных

---

<sup>2</sup> Канатов Р. К. Система требований, предъявляемых к осуществлению брокерской деятельности на рынке ценных бумаг: гармонизация законодательства стран ЕАЭС // Евразийская адвокатура. 2017. № 2 (27). С. 109.

<sup>3</sup> Савельева А. А., Башкатов А. С. Нормы и нормативы в банковской системе России // Современные проблемы и перспективы развития банковского сектора России: материалы II всероссийской научно-практической конференции с международным участием (заочной). 2017. С. 369–378.

<sup>4</sup> Там же.

средств», в Республике Казахстан (далее – РК) – понятия «пруденциальные нормативы» и «нормативы (показатели и критерии) финансовой устойчивости», в Республике Беларусь (далее – РБ) – понятие «требования финансовой достаточности», в Кыргызской Республике (далее – КР) – понятия «пруденциальные требования», «нормативы (критерия) финансовой устойчивости», «минимальный размер собственного капитала» и «минимальный размер уставного капитала», в Республике Армения (далее – РА) – понятие «экономические нормативы деятельности инвестиционных компаний». В целом под пруденциальными нормами брокерской деятельности на рынке ценных бумаг понимается система экономических требований, финансовых нормативов и иных обязательных правил для брокеров на рынке ценных бумаг, которые устанавливаются законами или уполномоченным органом в целях обеспечения надежности, финансовой устойчивости и платежеспособности брокеров, защиты интересов их участников и клиентов (в частности, защиты прав потребителей в странах ЕАЭС<sup>5</sup>), а также обеспечения финансовой стабильности страны. Тем не менее, по общему правилу, в национальных правовых системах запрещаются любые действия, соглашения, контракты, трансакции и другие связанные с производством и коммерциализацией товаров и оказанием услуг, имеющей целью или следствием предотвращение, ограничение конкуренции на рынке и доступа на него<sup>6</sup>.

В РФ пруденциальные нормы брокерской деятельности на рынке ценных бумаг отражены: 1) в ст. 39 Федерального закона РФ от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»; 2) в п. 2.1 Положения Центрального Банка РФ от 27.07.2015

---

<sup>5</sup> Беликова К.М., Бадаева Н.В., Ахмадова М.А. Некоторые правовые аспекты защиты права потребителей в странах ЕАЭС // Пробелы в российском законодательстве. 2016. С. 31–34.

<sup>6</sup> Беликова К.М. Сговор как разновидность монополистической практики, ограничивающей конкуренцию, в странах НАФТА // Журнал российского права. 2008. № 1 (133). С. 115.

№ 481-П «О лицензионных требованиях и условиях осуществления профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, ограничениях на совмещение отдельных видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, а также о порядке и сроках представления в Банк России отчетов о прекращении обязательств, связанных с осуществлением профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, в случае аннулирования лицензии профессионального участника рынка ценных бумаг»; 3) в п.п. 2, 3 и 4 Указания Центрального Банка РФ от 21.07.2014 № 3329-У «О требованиях к собственным средствам профессиональных участников рынка ценных бумаг и управляющих компаний инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов»; 4) в Положении Центрального Банка РФ от 19.07.2016 № 548-П «О порядке расчета собственных средств профессиональных участников рынка ценных бумаг, а также соискателей лицензии профессионального участника рынка ценных бумаг». В названных нормативных правовых актах РФ в качестве пруденциальной нормы брокерской деятельности на рынке ценных бумаг предусмотрена лишь требования к собственным средствам.

Пруденциальные нормы брокерской деятельности в РК закреплены: 1) в ст. 49 Закона РК от 02.07.2003 № 461 «О рынке ценных бумаг»; 2) в п.п. 1 и 2 Постановления Правления Национального Банка РК от 16.07.2014 № 146 «Об установлении пруденциального норматива для организаций, осуществляющих брокерскую и (или) дилерскую деятельность на рынке ценных бумаг, утверждении Правил расчета пруденциального норматива для организаций, осуществляющих брокерскую и (или) дилерскую деятельность на рынке ценных бумаг»; 3) в п. 1 Постановления ПНБ РК от 28.04.2012 № 168 «О минимальном размере уставного капитала заявителя (лицензиата)»; 4) в п.п. 11, 28, 30, 73, 75 Постановления Правления Национального Банка РК от 27.08.2013 № 214 «Об утверждении Правил формирования

системы управления рисками и внутреннего контроля для организаций, осуществляющих брокерскую и дилерскую деятельность на рынке ценных бумаг, деятельность по управлению инвестиционным портфелем» (далее – Постановление ПНБ РК от 27.08.2013 № 214). В указанных нормативных правовых актах изложены следующие пруденциальные нормы брокерской деятельности:

- 1) минимальный размер уставного капитала для брокеров;
- 2) значение коэффициента достаточности собственного капитала для брокеров;
- 3) значение коэффициента покрытия рисков;
- 4) размер риска брокера на одного клиента.

При этом в целях ограничения некоторых рисков в ст. ст. 30, 38 Правил, утвержденных Постановлением ПНБ РК от 27.08.2013 № 214, закреплены ряд норм о том, что брокеры должны предусмотреть в своих внутренних документах, в частности, такие положения как:

- 1) лимиты на одного клиента по объему сделок;
- 2) ограничительный уровень маржи в отношении каждого отдельного клиента;
- 3) полное или частичное преддепонирование ценных бумаг и (или) денег клиентов на лицевых и (или) банковских счетах;
- 4) лимиты инвестирования собственных активов по видам финансовых инструментов и доле открытой валютной позиции;
- 5) условия и ограничения, установленные в отношении инвестиционной деятельности, и др.

Вместе с тем вышеприведенные положения не являются пруденциальными нормами, так как, во-первых, они не устанавливаются законами или уполномоченным органом; во-вторых, их числовые значения определяются внутренними документами брокера; в-третьих, данные нормы не подлежат обязательному согласованию с уполномоченным орга-

ном; в-четвертых, они могут быть предусмотрены брокером только с учетом своих интересов; в-пятых, брокер при их установлении может не принимать во внимание некоторые положения, в частности, защита интересов своих участников и клиентов, обеспечение финансовой стабильности страны. В этой связи полагаем, что данные нормы носят декларативный характер.

В РБ пруденциальные нормы изложены: в ст. 28 Закона РБ от 05.12.2015 № 231-З «О рынке ценных бумаг», 2) в п. 399 Указа Президента РБ от 01.09.2010 № 450 «О лицензировании отдельных видов деятельности»; 3) в п.п. 1, 2, 5 Постановления Министерства финансов РБ от 05.04.2016 № 20 «Об установлении требований финансовой достаточности к профессиональным участникам рынка ценных бумаг и квалификационных требований к их руководителям и работникам» (далее – Постановление МФ РБ «Об установлении требований финансовой достаточности и квалификационных требований»); 4) в п.п. 7, 8 Постановлении Министерства финансов РБ от 11.06.2012 г. № 35 «Об утверждении инструкции о порядке расчета стоимости чистых активов и признании утратившими силу некоторых нормативных правовых актов Министерства финансов Республики Беларусь и их отдельных структурных элементов»; 5) в Постановлении Совета Министров РБ от 12.12.2011 № 1672 «Об определении критериев оценки платежеспособности субъектов хозяйствования», 6) в Инструкции о порядке расчета коэффициентов платежеспособности и проведения анализа финансового состояния и платежеспособности субъектов хозяйствования, утвержденной постановлением Министерства финансов РБ и Министерства экономики РК от 27.12.2011 № 140/206. В вышеперечисленных нормативных правовых актах в качестве пруденциальных норм предусмотрены следующие требования финансовой достаточности к брокерам на рынке ценных бумаг (далее – РЦБ):

1) минимальный размер собственного капитала (чистых активов) брокера на РЦБ;

2) значение коэффициента текущей ликвидности – норматив (К1);

3) значение коэффициента обеспеченности собственными оборотными средствами – норматив (К2).

При этом в пп. 1.3 п. 1 Постановления МФ РБ «Об установлении требований финансовой достаточности и квалификационных требований» отражено, что заемные средства не должны превышать размер собственного капитала (чистых активов) брокера на РЦБ.

В КР пруденциальные нормы брокерской деятельности на РЦБ закреплены: 1) в ст. 41 Закона КР от 24.07.2009 № 251 «О рынке ценных бумаг»; 2) в п. 44 Временного положения о лицензировании отдельных видов деятельности в области небанковского финансового рынка, утверждены постановлением Правительства КР от 15.07.2015 № 497; 3) в Положении о нормативных показателях достаточности собственных средств, устанавливаемых для профессиональных участников рынка ценных бумаг, утверждены постановлением Правительства КР от 15.08.2011 № 467. В вышеотмеченных нормативных правовых актах КР предусмотрены следующие пруденциальные нормы:

1) минимальный размер уставного капитала брокера на РЦБ;

2) коэффициент достаточности собственных средств брокера на РЦБ;

3) коэффициент текущей ликвидности брокера на РЦБ;

4) наличие резервного фонда, величина которого должна составлять не менее 5 процентов от совокупной дебиторской задолженности.

В РА пруденциальные нормативы инвестиционных компаний изложены в ст. ст. 71–80 Закона РА от 11.10.2007 № ЗР-195 «О рынке ценных бумаг» и Решении Совета Центрального Банка Республики Армения 12.02.2008 № 44-Н



«Об утверждении положения 4/02 «Основные экономические нормативы инвестиционных компаний, их предельные величины, порядок расчета, состав компонентов, участвующих в расчете, размер нарушения установленных экономических нормативов» (далее – Решение СЦБ РА «Об экономических нормативах инвестиционных компаний»). В п. 1 ст. 71 Закона РА о РЦБ указано, что центральный банк может установить следующие экономические нормативы деятельности инвестиционных компаний:

- 1) минимальные размеры уставного и общего капитала;
- 2) норматив адекватности общего капитала;
- 3) норматив ликвидности;
- 4) максимальный размер (размеры) риска на одного заемщика, всех заемщиков;
- 5) максимальный размер (размеры) риска в отношении одного кредитора и всех кредиторов;
- 6) норматив распоряжения валютой.

При этом в п. 11 Приложения к Решению СЦБ РА «Об экономических нормативах инвестиционных компаний» отражено, что инвестиционная компания должна обеспечивать минимальный размер уставного капитала и общего капитала, основной экономической норматив Н1 в ежемесячном среднедневном расчете.

Таким образом, в РА постоянными экономическими нормативами деятельности инвестиционных компаний являются: 1) минимальные размеры уставного и общего капитала; 2) норматив адекватности общего капитала, а именно предельное отношение общего капитала и взвешенных по риску активов (норматив Н1).

Из вышеизложенного следует, что в законодательстве стран ЕАЭС предусмотрены следующие сходные пруденциальные нормы брокерской деятельности на РЦБ:

- 1) в РФ, РК, РБ, КР и РА – требования к собственному капиталу (собственным средствам);

2) в РК, КР и РА – минимальный размер уставного капитала.

Таким образом, в условиях рыночной системы хозяйствования противоречие между тенденцией к монополизации и необходимостью сохранения конкурентной среды преодолевается, как правило, посредством государственного регулирования: путем нахождения и установления оптимального соотношения уровней монополизации и конкуренции<sup>7</sup>. В частности, отмеченный подход регулирования применяется в ряде стран Азиатско-Тихоокеанского региона<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Беликова К.М. Ограничение свободы договора в сфере антимонопольного регулирования // Российский юридический журнал. 2008. № 6. С. 82.

<sup>8</sup> Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография / В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева [и др.]. М.: РУДН, 2015. С. 59–132.

## **НОТАРИАЛЬНЫЙ ДЕПОЗИТ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ**

**Корсик Владимир Константинович**

Аспирант юридического факультета  
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова

В статье анализируются актуальные теоретические и практические проблемы, связанные с правовым регулированием института нотариального депозита. Автор анализирует законодательные пробелы в этой сфере, сложившуюся нотариальную практику и предлагает свое решение имеющихся проблем.

*Ключевые слова:* депозит, нотариус, депозитный счет, ответственность, срок, право собственности, исполнение обязательства.

Значение нотариального депозита постоянно возрастает. В самом общем виде депозит нотариуса можно представить, как способ исполнения обязательства, в случаях если должник не может исполнить обязательство перед кредитором по обстоятельствам, прямо предусмотренным в законе (ст. 327 ГК РФ) Исторически институт нотариального депозита возник из института депозита суда и был создан в том числе, чтобы разгрузить суды. В настоящий момент нотариальный депозит регулируется нормами ст. 327 ГК РФ и ст. 87 Основ законодательства о нотариате.

В настоящее время использование депозита нотариуса является очень нераспространенной практикой. Например, в Москве только 2–3% нотариусов принимают денежные средства в депозит<sup>1</sup>. Причины заключаются, с одной стороны, в неосведомленности участников гражданского оборота о существовании такого важного нотариального инструмента как «депозит», с другой стороны – в значительном объеме право-

---

<sup>1</sup> Ралько В.В. Внесудебное исполнение обязательств посредством института депозита нотариуса // Судья. 2014. № 7. С. 19.

вых пробелов, связанных с регулированием рассматриваемого института<sup>2</sup>.

В этой связи возникает ряд вопросов, связанных с практической реализацией норм о нотариальном депозите. В частности:

1. Что представляет собой форма «депозита нотариуса»?
2. Какова правовая природа депозитного счета нотариуса?
3. Начисляются ли проценты за пользование банком денежными средствами, находящимися на публичном депозитном счете? И кто является собственником этих процентов?
4. Кто является собственником внесенного в депозит нотариуса имущества: должник, кредитор или нотариус?
5. Несет ли нотариус ответственность в случае утраты внесенных денежных средств/ценных бумаг, например, ввиду банкротства кредитной организации, где у нотариуса открыт депозитный счет?
6. Какой срок хранения на депозите и какова дальнейшая судьба внесенного в депозит в случае не востребования?

Что представляет собой форма «депозита нотариуса»? Данный вопрос является нормативно неурегулированным. В литературе также нет единого понимания по форме нотариального депозита. Одни авторы считают, что форма может быть различна. Например, З. Ништ считает, что формы депозита могут быть различными: «нотариусу средства передаются не для хранения, а для передачи их кредитору, а потому неважно, где нотариус их хранит, главное – исполнить обязательство перед кредитором»<sup>3</sup>. Другие же, что деньги, вносимые в депозит нотариуса, могут храниться только на depo-

---

<sup>2</sup> Ралько В.В. Внесудебное исполнение обязательств посредством института депозита нотариуса // Судья. 2014. № 7. С. 19.

<sup>3</sup> Правовой статус депозита нотариуса // Российская юстиция. 2000. № 7. С. 33.

зитном счете. Например, Н. Сучкова, «Хранить поступившие в депозит денежные суммы или ценные бумаги в конторе нотариуса не вправе. Законом предусмотрено нотариальное действие «принятие на хранение документов», но деньги и ценные бумаги документами не считаются, поэтому они могут находиться только на депозитном счёте». Представляется, что с последним утверждением нельзя согласиться, во-первых, исходя из положений норм ст. 327 ГК РФ и ст. 87 Основ, где законодатель использует именно понятие депозит, а не депозитный счет<sup>4</sup>, из этого уточнения можно сделать вывод, что форма депозита может быть различна: как в форме специального счета, так в форме банковской ячейки, так и в форме сейфа самого нотариуса. Во-вторых, это подтверждается положениями перечисленных выше норм о том, что в депозит нотариуса могут вноситься не только денежные средства, но и ценные бумаги, а хранить их на банковском расчетном счете невозможно, в принципе. Представляется необходимым закрепление единого понимания форм нотариального депозита как в законодательстве, так и в науке.

Следующий важный вопрос – это вопрос правовой природы депозитного счета нотариуса, а именно: какой договор требуется для его открытия – банковского счета, банковского вклада, договора хранения или какого-то иного специ-

---

<sup>4</sup> Интересно, что до 29.12.2014 г. ст. 23 Основ законодательства о нотариате содержала формулировку: «Денежные средства, находящиеся на *депозитных счетах* (выделения наши. – В.К.), не являются доходом нотариуса, занимающегося частной практикой», а затем формулировка была изменена на следующую: «Денежные средства и ценные бумаги, внесенные в *депозит* нотариуса...». Думается, что это изменение неслучайно – оно подчёркивает несводимость нотариального депозита только лишь к счету, особенно, когда идёт речь о принятии ценных бумаг. Впрочем, предметного обсуждения данной поправки в Государственной Думе Федерального Собрания РФ не было / Стенограмма Пленарного заседания Государственной Думы Федерального Собрания РФ, 19.12.2014 г. // Сайт: «Транскрипт.Дума.Гав.ру». URL: <http://transcript.duma.gov.ru/node/4199/> (дата обращения: 17.12.2016).

ального договора? Ни банковский счет, ни банковский вклад, ни договор хранения не может и не мог соответствовать сложной правовой природе депозитного счета. Данный вопрос нашел разрешение только летом этого года, когда был принят Федеральный Закон № 212-ФЗ от 26.07.2017 «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>5</sup>, который вступает в силу только с 1 июня 2018 года. Данный закон решил многолетний спор о правовой природе депозитного счета, введя в ГК понятие «публичного депозитного счета». Причем закон в понятие публичный депозитный счет включает не только депозитный счет нотариуса, но в том числе, и депозитный счет службы судебных приставов, судов и иных органов, которые согласно закону, могут принимать денежные средства в депозит. Согласно закону, ст. 860.11 ГК РФ будет предусматривать отдельный, специальный вид договора – договора публичного депозитного счета, по которому банк будет принимать и зачислять в пользу бенефициара денежные средства, поступающие от должника или иного указанного в законе лица (депонента), на счет, открытый владельцу счета. Согласно закону, внесение денежных средств в депозитный счет влечет за собой возникновение требования к владельцу счета (в нашем случае к нотариусу) в отношении этих денежных средств у лица, в чью пользу они депонированы (бенефициар/кредитор). Закон также уточняет, что кредитор не имеет право требовать перечисления данных денежных средств напрямую у банка, а только через нотариуса.

Новый 212-ФЗ специально устанавливает ограничения на операции по такому счету – только «операции по перечислению или выдаче депонированных денежных средств бенефициару и возврату этих денежных средств депоненту либо по его указанию третьему лицу». То есть устанавливает

---

<sup>5</sup> Российская газета. 2017, 31 июля.

ограничения по распоряжению данными денежными средствами нотариусом и возможному злоупотреблению своими полномочиями.

Определив самостоятельную правовую природу депозитного счета, закон ответил на вопрос о возможной уплате процентов за пользование банком размещенными на счете денежными средствами. Согласно новеллам, проценты все-таки уплачиваются банком и уплачиваются они в размере, который обычно уплачивается банком по вкладам до востребования, если иной размер процентов не будет предусмотрен договором публичного депозитного счета. Уплачиваются данные проценты бенефициару (кредитору) за период пользования до выплаты денежных средства бенефициару или депоненту (должнику) в случае возврата денежных средств депоненту.

Также новый закон пытается затронуть вопрос оплаты ведения публичного депозитного счета. А именно, упоминает что проценты за пользования денежных средств «начисляются за вычетом процентов вознаграждения, причитающегося банку по договору публичного депозитного счета», и указывается, что если деньги в итоге перечисляются бенефициару, то оплачивает вознаграждение бенефициар, а если депонент возвращает свои деньги, то оплачивается депонентом. Однако в отличие от уплачиваемых за пользование денежными средствами процентов, размер которых закон прямо установил, о стоимости банковских услуг закон ничего не говорит. Закон также не дает ответа на вопрос, кто оплачивает услуги банка в случае долгого не востребования денежных средств на депозите нотариуса.

Ещё более сложным и нерешённым является вопрос о собственнике внесенных в депозит нотариуса денежных средств и ценных бумаг и, как частное следствие этого, об

ответственном лице в случае их утраты<sup>6</sup>. Очевидно, что собственником внесенного имущества не может быть нотариус, поскольку он не приобретает данное имущество, а только совершает нотариальное действие. Соответственно собственником может быть или должник, или кредитор. ГК предусматривает, что внесение имущества в депозит является исполнением обязательства, и оно ему больше не принадлежит, значит, собственником, является кредитор. Вместе с тем, согласно разъяснениям Пленума ВС РФ № 54 от 22.11.2016 г., «переданные в депозит нотариуса денежные средства и ценные бумаги считаются принадлежащими кредитору с момента получения им указанного имущества из депозита»<sup>7</sup>. Согласно данному положению право собственности у должника прекратилось, а у кредитора еще не возникло. С другой стороны, ч. 3 ст. 327 ГК РФ предусматривает, что должник «во всякое время до получения кредитором имущества из депозита нотариуса вправе потребовать возврата ему таких денег или ценных бумаг, а также дохода по ним», и уточняет, что в таком случае обязательство будет считаться не исполненным. Таким образом ГК предполагает, что должник все-таки остается собственником, раз он может в любое время вернуть это имущество обратно. В то же время ст. 88 Основ законодательства о Нотариате содержит ограничение на использование кредитором данного правомочия, а именно, только с письменного согласия кредитора, в пользу которого сделан взнос, по соглашению кредитора и должника или по решению суда, то есть все-таки должника нельзя называть собственником. Более того в указанном

---

<sup>6</sup> См. также: Станкевич А.В. Правовая природа денежных средств, внесенных на депозит нотариуса: вопросы теории и практики // Закон. 2014. № 8. С. 125–130.

<sup>7</sup> П. 55 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» // Российская газета. 2016, 5 дек.



мною Постановлении Пленума ВС РФ также установлено, что «нотариус не вправе возвращать названные денежные средства и ценные бумаги должнику, если от кредитора поступило заявление об их получении»<sup>8</sup>. То есть опять возникает ситуация, когда должник уже перестал быть собственником, а кредитор еще не стал собственником. Поступление заявления о получении имущества из депозита еще не является фактом самого получения. Это лишь намерение, и тут возникает еще новая проблема, так как намерение может быть и не реализовано. Ведь кредитор может передумать и не получать имущество, попасть в больницу и несколько лет находится в коме, либо умереть, а наследники так и не получают данное имущество. Получается такая ситуация, когда данное имущество может зависнуть на депозите нотариуса на долгое время. Исходя из этого, можно сделать вывод, что вопрос о собственнике внесенного в депозит имущества должным образом законодательно не урегулирован из-за чего часто возникают проблемы на практике.

От определения собственника внесенных в депозит нотариуса денежных средств зависит решение вопроса об ответственном лице, которое несет риск утраты внесенного в депозит, например, ввиду банкротства кредитной организации, в которой ведется депозитный счёт нотариуса. Особенно актуальным является вопрос: несёт ли ответственность непосредственно нотариус? Если раньше точку в данном вопросе поставил ВС РФ (Обзор судебной практики ВС за 3-й квартал 2011 г.) и однозначно ответил на этот вопрос, что нотариус ответственности не несет, несет ответственность сама кредитная организация<sup>9</sup>, то ФЗ-214 от 26.07.2017 г. предло-

---

<sup>8</sup> П. 55 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» // Российская газета. 2016, 5 дек.

<sup>9</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2011 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ

жили свое решение существующей проблем, а именно: «в случае неисполнения владельцем счета (нотариусом) предусмотренной законом обязанности по выдаче или возврату депонированных денежных средств бенефициар или депонент вправе потребовать от владельца счета совершения соответствующих действий в судебном порядке» (ч. 2 ст. 860.14 ГК РФ). Получается, вне зависимости от причины невозвращения денежных средств с депозитного счета, ответственность несет нотариус и на основании решения суда он должен будет возместить депонированную сумму за счет собственных средств. Представляется, что данный подход – ответственность нотариуса без учета вины – не оправдан и влечет возможное исчезновение такого института из-за риска нотариусов понести неоправданные потери. Но законодатель как представляется ему, предложил решение данной проблемы в абз. 2 ч. 1 ст. 860.11 ГК РФ, в данной статье он устанавливает четкий критерий для открытия депозитного счета, а именно: такой счет может открываться только в кредитных организациях, величина собственных средств (капитала) которых составляет не менее чем 20 млрд руб. Однако справедливый замысел законодателя едва ли защитит права участников правоотношений, в том числе предотвратит возможный риск нотариуса с учетом российской действительности. Согласно официальным данным к кредитным организациям, величина собственных средств которых превышает 20 млрд руб. относится более 50 банков. Более того наиболее крупные и известные банки, лицензии на банковскую деятельность которых отозваны или находятся в стадии банкротства, капитал которых в несколько раз превышает ныне установленный в новом законе критерий. Это такие банки как: Банк «Югра», «Внешпромбанк», «Межпромбанк», Банк «Откры-

---

07.12.2011) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 2; См. также: Определение Верховного Суда РФ от 15.05.2012 № 5-В12-3 / СПС «КонсультантПлюс».

тие», Банк «Петрокоммерц». В настоящее время, как известно, серьезные проблемы испытывает ПАО «Бинбанк», чей размер собственных средств по состоянию на 01.09.2017 составляет более 94 млрд руб. Таким образом, установленный в законе критерий надежности кредитных организаций – наличие собственных средств в размере не менее 20 млрд руб. – не является достаточным. Представляется необходимым его повысить хотя бы до 100 млрд руб. Для преодоления образовавшейся ситуации представляется необходимым осуществлять страхование ответственности нотариуса на случай утраты денежных средств из депозита даже при отсутствии его вины. То есть институт страхования должен выполнить свою главную обеспечительную функцию на случай наступления неблагоприятных последствий, не зависящих от воли сторон.

Что касается вопроса срока хранения денежных средств на депозите. Ни в литературе, ни в законе также нет единого мнения относительно этого вопроса. В самом общем виде мнение авторов можно разделить на два: одни считают, что «хранение на счете нотариуса депозитных сумм ограничивается сроком исковой давности. По истечении 3 лет невостребованные депозитные суммы после отправки извещения об этом кредитора перечисляются в доход соответствующего бюджета»<sup>10</sup>. Другие авторы считают, что хранение денежных средств на депозите нотариуса не должно ограничиваться каким-либо сроком. Поскольку в настоящее время сроки хранения денежных средств и ценных бумаг на депозите нотариуса не установлены, представляется, что в этой связи они должны храниться до востребования. В будущем, безусловно, требуется восполнения данного правового пробела,

---

<sup>10</sup> Правовые основы нотариальной деятельности в Российской Федерации: учебник / под ред. Е.А. Борисовой. М., 2016. С. 396 (автор главы – Е.А. Чефранова); см. также, напр.: Бакшеева Ю.Н. Актуальные вопросы прекращения вексельного обязательства внесением вексельной суммы в депозит нотариуса // Нотариус. 2009. № 3. С. 8.

установлением четкого нормативного срока хранения и определением субъекта в пользу которого они будут отчуждены (в пользу должника либо публично-правового образования).

Таким образом, были перечислены основные, но далеко не исчерпывающие проблемы, связанные с депозитом нотариуса. Как справедливо указывается в литературе: «нотариальное сообщество *de facto* ликвидировало указанные *пробелы* законодательства *процедурного свойства* посредством выработки единой унифицированной нотариальной практики. Вместе с тем ликвидировать проблемы, имеющие сущностную природу, нотариальная практика не может и не должна. Такие «огрехи» законодательства могут быть замещены только судебной практикой либо в ходе законотворческого процесса»<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Корсик К.А., Шмелев А.Н. Депозит нотариуса как современный правовой инструмент обеспечения исполнения обязательств // Нотариус. 2013. № 7. С. 3.

## **ИНОСТРАННЫЕ АРБИТРАЖНЫЕ РЕШЕНИЯ В ИНДИИ: ВОПРОСЫ ПРИЗНАНИЯ И ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ОТКАЗА В ИСПОЛНЕНИИ<sup>1</sup>**

**Пономарева Ольга Сергеевна**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
Rovena40890@yandex.ru

**Пагиева Фатима Олеговна**

Магистрант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

В данной статье рассматриваются некоторые положения Закона 1996 года «Об арбитраже и примирительной процедуре». А именно, положения, касающиеся вопросов выбора сторонами применимого права, оснований для отказа приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, а так же вопросов доказывания в случае обращения в суд с просьбой об отказе в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. *Задачи:* Осуществить анализ вышеупомянутых положений Закона 1996 года «Об арбитраже и примирительной процедуре».

*Ключевые слова:* Индия, Международный коммерческий арбитраж, принудительное исполнение, государственная политика, арбитражное решение, применимое право, арбитраж.

Как результат принятия Закона «Об арбитраже и примирительной процедуре» 1996 года, действующие до этого момента Закон об арбитраже 1940 года и Закон об Иностранном Арбитражном решении 1961 года утратили силу.

---

<sup>1</sup> *Исследование подготовлено при финансовой поддержки РФФИ в рамках научного проекта № 16-33-01005 «а2» «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС» 2016–2018 гг. (науч. рук. – Е.П. Русакова).*

Перед тем, как переходить к вопросам признания и основаниям для отказа в исполнении иностранных арбитражных решений, нужно уточнить значение некоторых терминов, используемых в данной статье. «Международный коммерческий арбитраж» означает третейский суд (специально созданный или постоянно действующий), деятельность которого направлена на разрешение споров между участниками международных коммерческих сделок, сторонами которых являются лица (физические и юридические) разной государственной принадлежности. Определение понятия «Иностранное арбитражное решение» содержится в статье 44 Закона 1996 года.

Согласно Закону 1996 года, в Индии допускается арбитраж в различных его формах. Это объясняется тем, что упомянутый Закон признает как «Institutional» (институционный, постоянно действующий по определённым правилам и имеющий определенное постоянное местоположение) арбитраж, так и арбитраж «ad hoc». Также Закон прописывает, что арбитражное соглашение может быть составлено в письменной форме как отдельный документ (в виде арбитражного соглашения) или являться частью договора.

Надо также упомянуть, что Индия на сегодняшний день продолжает исполнять свои обязательства о принудительном осуществлении иностранных арбитражных решений в соответствии с многосторонними международными соглашениями, а именно, в соответствии с Женевской Конвенцией 1927 года и международной Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года.

Закон «Об арбитраже и примирительной процедуре» 1996 года призван обеспечить исполнение как тех решений, что были вынесены в Индии, так и тех решений, которые были вынесены за пределами Индии.

**Выбор закона.** При заключении арбитражного соглашения стороны имеют право выбрать законодательство, в

соответствии с которым в дальнейшем будут регулироваться их отношения. Они могут выбрать как материальное право, регулирующее арбитражное соглашение, так и процессуальное право, регулирующее непосредственно сам процесс поведения арбитражного разрешения споров. Такой выбор может быть осуществлен прямо (путем включения в договор арбитражной оговорки) или косвенно. Соответственно, стороны могут выбрать:

(1) Право, применимое к договору, содержащему арбитражную оговорку.

(2) Право, применимое к арбитражному соглашению, т. е. право, регулирующее обязательство сторон передавать споры в арбитраж и исполнять арбитражное решение.

Право, применимое к арбитражному соглашению, регулирует: действие арбитражного соглашения; то, находится ли спор в рамках действия арбитражного соглашения; уведомление об арбитраже; то, входит ли принятие того или иного арбитражного решения в юрисдикцию арбитра; определяет процессуальные права и обязанности арбитра; формальную обоснованность и законность арбитражного решения; а также вопросы доказывания, законности принятия арбитражного решения и др.

(3) Процессуальное право арбитражного разбирательства, т.е. право, регулирующее отдельные стороны правоотношений. В данном случае выбранное право будет регулировать отношения, связанные с самим арбитражным процессом: то, каким образом он должен быть проведен, процессуальные полномочия и обязанности арбитров, вопросы доказывания и определение применимого права.

При этом стороны договора должны четко понимать, с какими особенностями разрешения споров в арбитраже они могут столкнуться при применении к их отношениям того или иного права.

В случае отсутствия прямого соглашения сторон о применимом праве существует презумпция, согласно кото-

рой стороны считают процессуальным правом арбитражного разбирательства «право места проведения арбитража», на том основании, что это – страна наиболее тесно связанная с арбитражным разбирательством. Поэтому, для определения применимого права при отсутствии в договоре прямого выбора его сторонами, в первую очередь, необходимо путем толкования соглашения определить место проведения арбитража.

Как уже упоминалось, применимое к договору право – это то право, которое стороны прямо или косвенно выбрали. И если в договоре прямо не указано применимое право, будет применяться право, имеющее наиболее тесную связь с договором. Понятие «применимое право» не относится к коллизионным нормам. В тех случаях, когда в договоре нет указания на применимое право, регулирующее договорные отношения в целом, или, в частности, арбитражную оговорку, существует презумпция того, что стороны предполагали, что надлежащее право договора, а также право, регулирующее арбитражную оговорку, совпадают с правом страны, в которой согласовано проведение арбитража.

К примеру, если стороны договорились о том, что к договору применяется право Индии, но в то же время предусмотрели, что местом проведения арбитража является иностранное государство, то законодательство Индии будет регулировать некоторые аспекты, такие как законность, толкование и действие всех положений договора, включая арбитражную оговорку, а также юрисдикцию арбитров. Поэтому индийское законодательство будет регулировать договор и арбитражную оговорку. Что касается других вопросов, относящихся к ведению арбитражного разбирательства, то они будут регулироваться законом места проведения арбитража, т.е. процессуальным правом другого государства, и компетентные суды этой страны будут иметь определенную степень контроля над разбирательством.



Закон 1996 года регулирует также и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений. Нью-Йоркская Конвенция 1958 года и Женевская Конвенция 1927 года содержат нормы о принудительном осуществлении иностранных арбитражных решений в различных странах, являющихся сторонами этих международных соглашений. Поскольку Индия является участницей обоих соглашений, соответствующие положения, касающиеся принудительного исполнения иностранных арбитражных решений, были включены еще в момент создания Законопроекта, и, таким образом, стали частью Закона 1996 года<sup>2</sup>.

В статье V Нью-Йоркской Конвенции 1958 года содержится закрытый перечень оснований для отказа в исполнении арбитражного решения. К этим основаниям относятся ситуации, когда:

- стороны соглашения, в соответствии с применимым законодательством, были в определенной степени недееспособны, или
- соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, или, при отсутствии каких-либо указаний на это – в соответствии с законом места проведения арбитража; или
- сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения, или
- арбитражное решение выходит за рамки арбитражного соглашения; или

---

<sup>2</sup> Русакова Е.П. Арбитражная практика Индии // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сборник Международной научно-практической конференции памяти доктора юрид. наук, профессора В.К. Пучинского. Москва, РУДН, 14 октября 2016 г. С. 35–39.

- состав арбитражного органа или порядок проведения арбитража не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такого соглашения, не соответствовали законодательству места арбитража; или

- решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено компетентным органом страны, в которой или согласно законодательству которой было вынесено такое решение.

Сторона, обратившаяся в суд с просьбой об отказе в приведении в исполнение иностранного решения, вправе привести доказательства для подтверждения указанных в заявлении обстоятельств<sup>3</sup>. Для вынесения решения по заявлению суд должен рассмотреть доказательства сторон, подтверждающие или опровергающие существование оснований, упомянутых в п. 1 ст. 48 Закона 1996 года, в соответствии с которыми решение не может быть приведено в исполнение<sup>4</sup>. Соответственно, чтобы решение не было приведено в исполнение, сторона, в отношении которой испрашивается приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, должна доказать суду, рассматривающему дело, что состав арбитражного органа или арбитражная процедура не соответствовали законодательству страны, в которой или по законодательству которой проходил арбитраж.

«Предоставление доказательств» означает передачу в арбитраж сведений о фактах, полученных в предусмотренном законом порядке, на основании которых устанавливается наличие или отсутствие обстоятельств, в соответствии с которыми решение не может быть приведено в исполнение. Данные доказательства могут быть устными или докумен-

---

<sup>3</sup> Русакова Е.П., Пономарева О.С. История института медиации в Индии // Экономика, педагогика и право. 2016. № 4. С. 8–8. URL: <http://econdulaw.ru/ru/2016/4/8>.

<sup>4</sup> The Arbitration And Conciliation Act, 1996.

тальными, представленными одной из сторон или свидетелями по рассматриваемым вопросам.

К примеру, решение не будет приведено в исполнение судом Индии если он убедится в том, что данный спор не может быть урегулирован арбитражем в соответствии с законодательством Индии или если исполнение решения противоречит государственной политике страны.

Что означает термин «государственная политика»? Термин «государственная политика», используемый в ст. V (2) (b) Нью-Йоркской конвенции, вовсе не означает международную политику. Данный термин означает доктрину государственной политики, применяемую судами, которыми иностранное решение приводится в исполнение. Следовательно, в данном случае, термин «государственная политика» означает доктрину государственной политики, применяемую судами в Индии.

В соответствии с вышесказанным, исполнение иностранного арбитражного решения не должно противоречить государственной политике или законодательству Индии. В исполнении иностранного арбитражного решения будет отказано на том основании, что это противоречит государственной политике, если такое принуждение будет противоречить (i) законодательству Индии; или (ii) интересам Индии; или (iii) принципам справедливости и нравственности.

Индийские суды могут отказать в приведении в исполнение иностранного решения, если сторона, выступающая против исполнения арбитражного решения, докажет любое из оснований, закрепленных в ст. 48 Закона 1996 года. Выражение «отложено или приостановлено», содержащееся в п. (e) ст. 48, не может толковаться как означающее, что, при необходимости, иностранное решение может быть оспорено по существу в индийских судах. Это положение не наделяет индийские суды юрисдикцией отменить решение, вынесенное за пределами страны. Право аннулировать иностранное арбитражное решение предоставляется в соответствии со

ст. 34 Закона 1996 года. Применимость этого положения ограничивается арбитражными решениями, вынесенными в Индии<sup>5</sup>.

Арбитражное решение должно быть исполнено в том виде, в каком оно было вынесено иностранным судом, но при этом оно должно быть правильно истолковано и приведено в действие. В то же время иностранное арбитражное решение может предоставить новое основание для иска.

Истец, подающий иск на основе иностранного решения, должен доказать:

1) наличие договора между сторонами, по которому споры между ними могут быть переданы в арбитражный суд иностранного государства;

2) что арбитражное решение вынесено по вопросам, указанным в договоре;

3) что решение вынесено в соответствии с законом страны, где был проведен арбитраж и вынесено решение;

4) что решение является окончательным в соответствии с законодательством этой страны;

5) что решение действует на момент подачи нового иска.

В случае вынесения постановления о принудительном порядке исполнения решения сторона может обратиться в суд с ходатайством о продлении срока исполнения решения и, при предоставлении такого разрешения, решение может быть исполнено как постановление суда.

Возвращаясь к доказательствам, в статье 86 Закона 1996 года, касающейся доказательств, устанавливается, что суд может предполагать подлинность и точность любого документа, являющегося заверенной копией любого судебного акта иностранного государства, если такая копия надлежащим образом заверена в порядке и в соответствии с правилами, применяемыми в стране.

---

<sup>5</sup> Русакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж стран БРИКС: опыт Китая и Индии. М: РУДН, 2012. С. 45–48.

Решение является окончательным, если в соответствии с законодательством страны, в которой было вынесено решение, оно больше не может оспариваться по существу. В целях принудительного исполнения иностранного арбитражного решения истец должен доказать только (1) наличие соглашения о передаче спора в арбитраж, (2) соблюдение правил проведения арбитражного разбирательства и (3) законность арбитражного решения в соответствии с законодательством страны, в которой оно было вынесено. Если арбитражное решение не оспаривается и становится окончательным в стране, в которой вынесено, то это решение может быть осуществлено в Индии<sup>6</sup>.

Закон предусматривает, что в признании и исполнении решения будет отказано, если решение «еще не стало обязательным для сторон или было отменено или приостановлено компетентным органом страны, в которой или в соответствии с законодательством которой оно было вынесено». Индийский суд обеспечит исполнение решения при условии, что решение вступило в силу в соответствии с законодательством страны, в которой оно было вынесено.

Иная ситуация возникла в Верховном суде Индии в деле *O.N.G.C. v. Western Co. of North America*, в которой суд отметил, что было бы трудно поддержать утверждение о том, что «иностранное решение может быть приведено в исполнение лишь при его вынесении, не будучи «открытым» для оспаривания ни в стране, где оно вынесено, ни в стране, куда оно было направлено для исполнения»<sup>7</sup>.

Иностранное решение не требует регистрации. Принятое судом решение, затрагивающее права, упомянутые в

---

<sup>6</sup> N. Swaminathan A Comment on *Shreejee Traco (I) (P) Ltd. v. Paperline International Inc.*: (2004) PL WebJour 9. URL: <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/869.htm>;

<sup>7</sup> Supreme Court of India. *Oil & Natural Gas Commission vs Western Company Of North America* on 16 January, 1987. URL: <https://indiankanoon.org/doc/1181179/>.

п. (1) (b) и (1) (c) ст. 17 Закона о регистрации 1908 года (Registration act, 1908)<sup>8</sup> не требует регистрации. Но вместе с тем, регистрация требуется в тех случаях, когда постановление или решение затрагивают недвижимое имущество, не являющееся предметом иска или разбирательства.

**Заключение.** Можно констатировать, что главной особенностью Закона 1996 года является то, что он признает автономию сторон в проведении арбитражного разбирательства. Закон устанавливает прозрачность при принятии решения арбитражным судом, предусматривая, что арбитражный суд обязан обосновать причины, побудившие его принять то или иное решение.

Что касается надзорной роли суда, то можно считать, что до момента вынесения арбитражного решения она фактически сведена к нулю, поскольку, в частности, были отменены положения, которые предусматривали «вынесение судебного постановления о вступлении в силу арбитражного решения». Сейчас арбитражное решение приводится в исполнение без вынесения такого постановления.

---

<sup>8</sup> Registration act, 1908. URL: [http://dolr.nic.in/acts%26rules/registrationact\(1908\).htm](http://dolr.nic.in/acts%26rules/registrationact(1908).htm).

## ПЕРЕДВИЖНЫЕ ОТДЕЛЕНИЯ ВЫСОКОГО СУДА ЮАР<sup>1</sup>

**Пономарева Ольга Сергеевна**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
Rovena40890@yandex.ru

После 2011 года, когда 18 февраля ЮАР присоединилась к БРИК (организации наиболее быстро развивающихся государств, в состав которой входит Россия), товарооборот и инвестиционный поток между этой «пятеркой» стран сильно увеличился. Как следствие этих и некоторых других перемен, в указанных странах наблюдается ежегодное увеличение количества конфликтных ситуаций, нуждающихся в разрешении.

Надо сказать, что исторически сложилось так, что деятельность судов находится в центре общественного внимания и не утрачивает свое значение. Сей факт можно объяснить тем, что все общественные отношения неизбежно порождают конфликтные ситуации, для разрешения которых каждым государством создавалась судебная система.

ЮАР является наиболее развитым государством Африканского континента, имеющим постоянно развивающуюся децентрализованную систему судов. Данная статья посвящена истории и деятельности Передвижных судов Южно-Африканской Республики. Задачи: Исследовать историю, положение и деятельность Передвижных судов Южно-Африканской Республики по разрешению гражданско-правовых споров. Вывод: Можно констатировать, что Передвижные суды Южно-Африканской Республики, положение которых приравнено к Высоким судам ЮАР, являются действенным механизмом правосудия в отдаленных районах государства, позволяющим населению отдаленных территорий получить доступ к правосудию.

*Ключевые слова:* ЮАР, суд, судебная система, доступ к правосудию, Передвижной суд, Высокий суд, БРИКС.

---

<sup>1</sup> *Исследование подготовлено при финансовой поддержки РФФИ в рамках научного проекта № 16-33-01005 «а2» «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС» 2016-2018 гг. (науч. рук. – Е.П. Русакова).*

Конституция Южно-Африканской Республики, принятая в 1996 году, является основным законом страны и закрепляет систему органов судебной власти в государстве, а также закрепляет основополагающие принципы их деятельности. Согласно статье 166, в ЮАР существует следующая система судов: (1) Конституционный суд, (2) Верховный апелляционный суд, (3) Высокие суды (также Конституцией закреплена возможность создания Высокого апелляционного суда по усмотрению законодателя для рассмотрения апелляций на решения Высоких судов), (4) Суды Магистратов и (5) любые другие суды, учрежденные или признанные в соответствии с Актом Парламента (сюда входят суды, имеющие статус, аналогичный Высоким судам или судам Магистратов)».

По данным, полученным в результате проведения в 2001 году переписи населения, на территории ЮАР проживает около 44,8 миллиона человек. Отделения судов, в большинстве своем, располагаются в крупных городских центрах каждой из 9 провинций ЮАР. При этом, по данным Всемирного банка, в сельской местности проживает примерно 38% населения<sup>2</sup>. Каждый человек имеет право на доступ к правосудию, а именно, в соответствии со ст. 34 Конституции, право на рассмотрение дела на справедливых публичных слушаниях перед судом или, «в надлежащих случаях, другим независимым и беспристрастным судом или судом общественного мнения». Именно поэтому, для обеспечения равных возможностей всего населения по реализации права на доступ к правосудию, в ЮАР создаются специальные мобильные суды, имеющие название Передвижные суды или Выездные Окружные суды (Circuit court).

---

<sup>2</sup> Южно-Африканская Республика (Население) // Политический атлас современности. URL: <http://www.hyno.ru/tom4/2051.html> (дата обращения: 02.10.2017).



Под Передвижным судом понимается специальный суд, который перемещается по стране по заранее установленным маршрутам для отправления правосудия в провинциях, расположенных далеко от постоянного места расположения судов.

Первоначально такие суды появились в Англии во времена правления Генриха II<sup>3</sup> и впоследствии эта практика была воспринята в бывших британских колониях для решения проблемы отдаленности и изолированности некоторых территорий от мест расположения Высоких судов.

Первая британская оккупация территории, ныне являющейся территорией ЮАР, а именно, Мыса Доброй Надежды состоялась в 1795 году. Но, как пишет в своей работе Бывший судья Высокого суда, профессор Дж. Эрасмус (H.J. Erasmus), формирующими годами Передвижных судов в Колонии Мыса Доброй Надежды был период с 1811 по 1900 год. Вопрос об учреждении Передвижных (окружных) судов на мысе был поднят британским губернатором сэром Джорджем Йонджем (это подтверждают его письма от 29 марта 1800 года и 5 января 1801 года)<sup>4</sup>, а 12 декабря 1801 года генерал-майор Дандас, ставший губернатором, в письме к лорду Хобарту выразил мнение о том, что введение Передвижных судов «несомненно произведет очень благоприятные последствия» и что «некоторая такая мера уже давно необходима и должна быть немедленно принята»<sup>5</sup>. Но положение англичан на мысе было еще слишком шатким и поэтому создание Передвижных судов было отложено до 1811 года.

---

<sup>3</sup> Assize of Clarendon. English History // Encyclopædia Britannica. URL: <https://www.britannica.com/event/Assize-of-Clarendon> (дата обращения: 02.10.2017).

<sup>4</sup> George McCall Theal (ed) Records of the Cape Colony. Vol. 3 (London, 1897) at 90, 370.

<sup>5</sup> George McCall Theal (ed) Records of the Cape Colony. Vol. 4 (London, 1897) at 117.

Первый Передвижной суд на Мысе был создан 16 мая 1811 года<sup>6</sup>, состоял из двух судей и действовал в районах Свеллендам, Джордж, Уйтенхадж, Грааф-Рейне и Тулбаг. Этот суд действовал до 1827 года, ежегодно совершая поездки по всем упомянутым районам. Сохранились данные, согласно которым в период с 1811 по 1825 год Передвижной суд вынес решения не менее чем по 750 гражданским делам. Причем с 25 сентября 1813 года (после издания Прокламации сэра Джона Крэдока) все разбирательства в Передвижных судах стали проводиться в открытом слушании<sup>7</sup>.

Причин создания Передвижных судов было три: (1) невозможность получения доступа к правосудию для жителей отдаленных сельских районов, (2) перегруженность Высшего суда и Совета юстиции (the Council of Justice), что вызвало задержки в отправлении правосудия, (3) необходимость получения Правительством всесторонней и достоверной информации обо всех вопросах, связанных с отдаленными районами.

Передвижные суды провозгласили верховенство закона над всеми слоями населения, будь то колонисты или представители коренных народов<sup>8</sup>. Решения, вынесенные судами в пользу коренного населения, потрясли колонистов и стали началом социальной революции.

В 1821 году был представлен доклад о деятельности судебной системы Колонии. По результатам доклада была созвана Комиссия для изучения деятельности судов. В своем докладе от 6 сентября 1826 года Комиссия рекомендовала

---

<sup>6</sup> Constitutional Documents Illustrating South African History 1795-1910 (London, 1918) doc 67 at 103–104.

<sup>7</sup> Erasmus H.J. Circuit courts in the Cape Colony during the nineteenth century: hazards and achievements. *Fundamina* (Pretoria) [online]. 2013. Vol. 19, n. 2 [cited 2017-11-02]. P. 266–299. URL: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1021-545X2013000200005](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2013000200005) (дата обращения: 02.10.2017).

<sup>8</sup> Marais JS. *The Cape Coloured People* (London, 1957) at 91, 120–121.

пересмотреть существующие судебные механизмы и процедуры. Как результат, 24 августа 1827 года Совет юстиции был заменен Верховным судом Колонии Мыса Доброй Надежды. Также было провозглашено создание новых Передвижных судов<sup>9</sup>.

Согласно Хартии справедливости (The Charter of Justice) (ст. 37) губернатор получал полномочия разделить колонию Прокламацией на два или более округа и установить границы районов. Районы должны были быть разделены таким образом, чтобы дать жителям колонии легкий и удобный доступ к Передвижным судам. Статья 38 предусматривала, что рассмотрения дел Передвижного суда должен проводить Верховный судья или один из судей Верховного суда Колонии Мыс Доброй Надежды. Слушания должны были проводиться два раза в год в каждом из районов. В соответствии со ст. 39, Передвижные суды по своему положению и полномочиям приравнивались к Верховному суду колонии Мыса Доброй Надежды.

Решения Передвижного суда, согласно положениям Хартии, могли быть обжалованы в Верховном суде при условии, что сумма иска превышала сто фунтов (ст. 42), или при условии признания рассматриваемого вопроса достаточно важным для обращения в Верховный суд не смотря на малую сумму иска (такое решение, согласно ст. 43, мог принять судья Передвижного суда)<sup>10</sup>.

Уже в то время встал вопрос о языке судопроизводства, применяемом в Передвижных судах в силу их специфики. В письме от 5 апреля 1827 года секретарь Колонии Виконт Годерих сообщает о том, что использование в судопроизвод-

---

<sup>9</sup> Erasmus H.J. Circuit courts in the Cape Colony during the nineteenth century: hazards and achievements. *Fundamina* (Pretoria) [online]. 2013. Vol. 19. n. 2 [cited 2017-11-02]. P. 266–299. URL: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1021-545X2013000200005](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2013000200005) (дата обращения: 02.10.2017).

<sup>10</sup> Безбах В.В. Торговое право зарубежных стран. М.: РУДН, 2014.

стве только английского языка, как-то требуется Уставом Верховного суда, в Передвижных судах является недостаточным и, «возможно, может быть необходимо... использование голландского языка». Поскольку некоторые стороны судебного разбирательства и большинство свидетелей в городах страны не владели английским языком, необходимо было использовать переводчиков. Иногда при рассмотрении того или другого дела требовались услуги двух и более переводчиков, владеющих голландским языком и языками коренных народов, населяющих определенные районы<sup>11</sup>.

28 февраля 1828 года были объявлены первые, приблизительные маршруты передвижения Передвижных судов. Прокламации колония была разделена на три района. А уже 11 апреля 1828 года в «Правительственном вестнике» (the Government Gazette) была опубликована точная информация о местах и сроках проведения слушаний Передвижных судов:

«Западный маршрут: Клануильям – 1 мая; Вустер – 7 мая; Стелленбош – 26 мая.

Центральный маршрут: Свеллендам – 1 мая; Джордж – 7 мая.

Восточный маршрут: Эйтенхахе – 1 мая; Грейамстаун – 8 мая; Сомерсет – 23 мая; Граф-Рейнет – 27 мая; Бофорт – 6 июня».

Но практика одновременной деятельности нескольких Передвижных судов в разных районах не продолжалась. Вторая организованная поездка Передвижного суда, проведенная в 1828 году, состояла лишь из одного Передвижного суда и маршрут этого суда пролегал по уже десяти районам, на которые была разделена территория Коллонии (Свеллендам, Джордж, Уйтенхадж, Олбани, Сомерсет, Граф-Рейнет, Бофорт, Вустер, Кланвиллиам и Стелленбош). Информация о ней была опубликована в «Правительственном вестнике»

---

<sup>11</sup> Cole A.W. Reminiscences of the Cape Bar and Cape Bench. 1888.

29 августа 1828 года. А 19 сентября 1828 года была опубликована информация о местах и точных датах проведения слушаний: «Стелленбош – 3 октября; Клан Уильям – 8 октября; Вустер – 18 октября; Бофорт – 25 октября; Грааф-Рейнет – 30 октября; Сомерсет – 5 ноября; Грейамстаун – 11 ноября; Эйтенхахе – 19 ноября; Джордж – 27 ноября, Свеллендам – 1 декабря».

Для определения маршрута в 1829 году территория Колонии была разделена на девять районов. Маршрут Передвижного суда занял в итоге 2 месяца<sup>12</sup>.

Данная модель деятельности Передвижных судов действует и по сей день. Безусловно, за эти годы изменения претерпело количество районов и их территории, места проведения судебных заседаний, маршруты Передвижного суда и их количество в год. Также, нужно признать, что сама работа судей Передвижного суда в начале его развития была сопряжена со многими опасностями и трудностями, что за почти двухвековую историю конечно же изменилось.

На данный момент, в соответствии с Конституцией ЮАР, Передвижной (окружной) суд является специальным отделением Высокого суда. Суд осуществляет рассмотрение дел по определенному маршруту, по крайней мере, два раза в год.

После падения апартеида и принятия Конституции 1996 года в ЮАР признаны 11 государственных языков: английский, африкаанс, венда, зулу, коса, южный ндебеле, свати (свази), сесото (южный сото), северный сото (сепеди), тсвана и тсонга, на которых может быть проведено судебное разбирательство. И если в городах судебное производство, за

---

<sup>12</sup> Erasmus H.J. Circuit courts in the Cape Colony during the nineteenth century: hazards and achievements. *Fundamina* (Pretoria) [online]. 2013. Vol. 19. n. 2 [cited 2017-11-02]. P. 266–299. URL: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1021-545X2013000200005](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2013000200005) (дата обращения: 02.10.2017).

редким исключением, проводится на английском языке и африкаанс, то в сельской местности, которую населяют представители коренных народов (таких как банту, бушмены и т.д.), языки судопроизводства более разнообразны<sup>13</sup>. В соответствии с положениями Конституции, судопроизводство должно быть проведено на языке, который понимают и на котором разговаривают стороны, или, если это не является возможным, оно должно быть проведено с участием переводчика для осуществления синхронного перевода судебного заседания и перевода документов на необходимый язык<sup>14</sup>.

Таким образом, можно заключить, что Передвижные суды в ЮАР являются необходимым и действенным механизмом правосудия в отдаленных районах государства, имеющем многолетнюю историю и позволяющем населению отдаленных территорий получить доступ к правосудию.

---

<sup>13</sup>Русакова Е.П. Принципы гражданского процесса Южно-Африканской Республики // Правозащитник. 2017. № 2. С. 9.

<sup>14</sup> Актуализация процесса взаимодействия стран БРИКС в экономике, политике, праве: Материалы Научного семинара. Москва, 9 октября 2012 г. / отв. ред. и сост. Беликова К.М. М.: Сенат Пресс, 2012.

## СТАНДАРТЫ ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ АНГЛИИ И США

**Владислав Олегович Робышев**

Аспирант 1-го года обучения кафедры гражданского процесса  
Юридического факультета  
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова  
v.robyshev@yandex.ru

В статье представлен сравнительно-правовой анализ существующего в российском гражданском процессе правила оценки доказательств по внутреннему убеждению судьи и стандартов доказывания, на основе которых разрешаются гражданско-правовые и уголовные дела в судах стран англосаксонского права. Автором предпринята попытка раскрыть содержание стандартов доказывания в английском и американском праве, обосновать невозможность искусственного заимствования данных правовых институтов российским правом.

*Ключевые слова:* оценка доказательств, стандарты доказывания, внутреннее убеждение судьи.

Предпосылкой для реализации надлежащей судебной защиты прав, свобод и законных интересов участников гражданских правоотношений служит процессуальное требование доказать существование спорного факта.

Институт оценки доказательств является основополагающим столпом доказательственного права России и Англии. Не только отечественный, но и зарубежный опыт играет немаловажную роль в развитии гражданского процесса любой страны. Английское доказательственное право, обладая исторической преемственностью, глубокой степенью разработанности, развивавшееся эволюционно на протяжении сотен лет благодаря усилиям судебной практики, представляет большой интерес для отечественного исследователя.

Одним из ключевых понятий института оценки доказательств в России является внутреннее убеждение судьи. Принцип свободной оценки доказательств по внутреннему

убеждению является результатом длительной эволюции континентального доказательственного права.

Примечательно, что понятие внутреннего убеждения не раскрывается не только действующим Гражданским процессуальным кодексом Российской Федерации, но и его предшественниками. Причины подобного «невнимания» законодателя к столь важной проблеме очевидны: при всем желании невозможно урегулировать нормами права мыслительную деятельность и психологические процессы, происходящие в сознании судьи. Трактовки же указанного термина в юридической литературе отличаются широким разнообразием.

Наиболее лаконичным и верным представляется данное Б.Т. Матюшиным определение внутреннего убеждения как собственного отношения судьи к своим знаниям, решениям, действиям<sup>1</sup>.

В то же время, в английской юридической литературе и судебной практике встречается нехарактерный для российской правовой системы термин – стандарт доказывания (*standard of proof*). Под стандартом доказывания понимается критерий, с помощью которого орган правосудия определяет доказанность того или иного факта, имеющего значение для дела.

В последнее время все чаще звучат предложения о пересмотре правила оценки доказательств по внутреннему убеждению и необходимости внедрения в российский процессуальный закон понятия стандартов доказывания. Стоит отметить, что подобные предложения порой носят недостаточно обдуманый характер и основаны на неверном понимании сути и исторических корней стандартов доказывания.

Английское право различает два стандарта доказывания в зависимости от вида процесса. В уголовном процессе подлежит применению стандарт вне разумных сомнений (*beyond*

---

<sup>1</sup> См.: Матюшин Б.Т. Внутреннее убеждение судей и оценка доказательств // Вестн. Моск. ун-та. Серия 11. Право. 1977. № 3. С. 58.



*reasonable doubt*), в гражданском – баланс вероятностей (*balance of probabilities*). Как правило, содержание стандартов доказывания, их наполнение, в английской правовой системе раскрывается судебной практикой и научными изысканиями правоведов.

Понять сущность стандарта, применяемого в гражданском процессе, не представляется возможным в отрыве от описания стандарта доказывания, используемого в уголовных делах. В хрестоматийном деле *Miller v. Ministers of pension (1947)* лорд Деннинг (*Denning J*) охарактеризовал уголовный стандарт следующим образом: «Несмотря на то, что суд должен прийти к высокой степени уверенности, стандарт «вне разумных сомнений» не предполагает отсутствие «тени сомнения» (*beyond shadow of doubt*)». Речь идет о том, что оценка представленных доказательств иным способом маловероятна (*it is possible but not in the least probable*)<sup>2</sup>. Более высокая степень вероятности гарантирует защиту личности и предотвращает осуждение невиновных лиц.

В том же деле Лорд Деннинг высказался относительно стандарта доказывания по гражданским делам так: «Если трибунал, на основании представленных доказательств, имеет возможность сказать: «Мы считаем это более вероятным, чем наоборот», – то обязанность доказывания выполнена, но она не выполнена, если вероятности оказываются равными».<sup>3</sup> Иными словами, речь идет о, так называемой, правовой теории вероятности, в основе которой находится математическая теория вероятности. Одна сторона процесса должна убедить суд, что ее утверждения более вероятны, нежели утверждения другой стороны. Приведенная формула может быть названа общим правилом, на основании которого разрешаются споры по гражданским делам.

---

<sup>2</sup> *Miller v. Ministers of Pensions (1947) 2 All ER 372.*

<sup>3</sup> Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха. М., 2007. С. 223.

В английской юридической литературе особенно подчеркивается существование только двух стандартов доказывания: гражданского и уголовного<sup>4</sup>. Данное обстоятельство является отличием доказательственного права Англии от доказательственного права США, где, помимо двух вышеназванных, выделяется третий, промежуточный, стандарт доказывания – «ясных и убедительных доказательств» (*clear and convincing evidence*). Данный стандарт подлежит применению, например, при рассмотрении деликтных исков о возмещении штрафных убытков (*punitive damages*)<sup>5</sup>. Суть стандарта «ясных и убедительных доказательств» в том, что у суда или присяжных должно возникнуть убеждение, что существование доказываемого факта весьма вероятно (*highly probable*). Однако, в отличие от уголовного стандарта, не требуется устранять все разумные сомнения.

Как уже было сказано, право Соединенного Королевства не признает существование промежуточных стандартов доказывания. Вместо этого английские правоведы говорят о гибкости применения стандарта доказывания по гражданским делам «баланс вероятностей» (*flexible in its application*). Чем весомее утверждение или последствия, которые наступят, если утверждение будет признано доказанным, тем убедительней должны быть доказательства<sup>6</sup>.

Истоки проблемы гибкости стандарта доказывания, вероятно, заложены в деле *Bater v. Bater* (1951), спор о расторжении брака, в котором Лорд Деннинг высказал общие суж-

---

<sup>4</sup> См.: Keane A., McKeown P. *The Modern Law of Evidence*, 9<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 109.

<sup>5</sup> См.: Будылин С.Л. Штрафные убытки. Теперь и в России? // *Вестник гражданского права*. 2013. № 4. С. 19–52.

<sup>6</sup> См.: Anderson, T., Schum, D., Twining, W. *Analysis of Evidence*, 2<sup>nd</sup> ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

дения относительно стандарта доказывания и по иным гражданским делам<sup>7</sup>.

По мнению Лорда Деннинга, в стандарте «баланс вероятностей» сама вероятность может иметь различные степени, которые зависят от предмета спора. Например, при рассмотрении дела о введении в заблуждение будет естественным требовать более высокую степень уверенности, чем в деле о халатности<sup>8</sup>.

Различные стандарты доказывания в уголовном и гражданском процессе продолжают оставаться предметом для критики не только многих ученых-правоведов континентальной системы права, но и самих английских и американских юристов. Проблемы возникают не только на теоретическом, но и на практическом уровне. Дело О.Дж. Симпсона – судебное разбирательство, названное СМИ «процессом века», самое яркое тому подтверждение.

О.Дж. Симпсон, американский футболист, обвиненный в жестоком убийстве своей жены и ее друга, настаивал на том, чтобы его дело было рассмотрено судом присяжных. Сторона обвинения оказалась в тяжелом положении: отсутствовали свидетели преступления, как и орудие убийства. Единственным весомым доказательством оказалась черная кожаная перчатка, найденная на месте преступления. Анализ ДНК показал, что следы крови на перчатке принадлежат обвиняемому и двум жертвам. Кроме того, обвиняемый не имел алиби.

Адвокаты О.Дж. Симпсона, которых пресса окрестила как «команду мечты», сделали всё возможное для того, чтобы опровергнуть доказательства, которыми обладала сторона обвинения, и заставить присяжных поверить, что футболист стал жертвой расистских предубеждений полиции. В итоге

---

<sup>7</sup> См.: Смольников Д.И. Мифы о стандартах доказывания // Закон. 2015. № 12.

<sup>8</sup> См.: Glover R. and Murphy P. on Evidence. Oxford, 2013. P. 178.

процесс, который длился двести пятьдесят два дня, завершился оправдательным приговором.

Но история была далека от завершения – члены семьи жертв подали гражданский иск к О.Дж. Симсону, настаивая на том, что футболист ответственен за случившееся убийство и с него должны быть взысканы денежные средства в качестве штрафных убытков. Иными словами, в этот раз на кон были поставлены деньги футболиста, а не его свобода.

В ходе гражданского судебного разбирательства суду были представлены практически те же доказательства, что и в уголовном процессе. Американский аналог английского стандарта доказывания «баланс вероятностей» – стандарт «перевес доказательств». В итоге, по мнению присяжных, доказательств, представленных истцами достаточно, чтобы удовлетворить имущественный иск на основе этого стандарта.

Таким образом, сложилась парадоксальная и противоречивая ситуация, когда О.Дж. Симпсон был признан невиновным в убийстве жены и ее друга, но, вместе с тем, должен был нести гражданско-правовую ответственность за смерть жертв.

В юридической литературе, как отечественной, так и зарубежной, при сравнении англосаксонского и континентального подхода оценки доказательств часто можно встретить противопоставление вышеописанных стандартов доказывания и оценки доказательств по внутреннему убеждению или «стандарту внутреннего убеждения». При этом, «стандарт внутреннего убеждения» признается едва ли не эквивалентом англосаксонскому стандарту «за пределами разумных сомнений».

Зарубежные исследователи искренне недоумевают, как стандарт доказывания, фактически приравненный к уголовному, может использоваться при разрешении гражданско-правовых споров: такой подход неизбежно должен привести

к необоснованному склонению чаши правосудия в пользу ответчика<sup>9</sup>.

В английской и американской литературе можно встретить различные предположения относительно того, почему континентальные юристы допускают такую существенную ошибку: континентальным юристам свойственно общее пренебрежительное отношение к доказательственному праву, причина в вере в абсолютные истины, которая берет своё начало еще в эпоху Просвещения<sup>10</sup>.

По мнению профессора Клермонта, всё дело в том, что континентальные юристы, используя стандарт внутреннего убеждения, пытаются обеспечить тем самым легитимацию судебных решений: у общества создается впечатление, что суд, разрешая спор, основывается, если не на истинных, то, в любом случае, на достаточно убедительных доказательственных фактах. В то же время, маскируется вероятностный характер их принятия.

Следовательно, европейские юристы создают некий судебный миф, что, по мнению зарубежных исследователей, порой может быть весьма полезно. Достаточно вспомнить, в англосаксонской культурно-правовой традиции господствует миф, согласно которому, присяжные воплощают здравый смысл и общественные ценности для создания впечатления точности и справедливости своего варианта судебного процесса.

К подобному выводу приходят не только зарубежные, но и некоторые отечественные исследователи данного вопроса.

---

<sup>9</sup> См.: Clermont K.M., Sherwin E. A. Comparative View of Standarts of Proof // The American journal of comparative law. 2002. Vol. 50. P. 243.

<sup>10</sup> См.: Будылин С.Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник ВАС РФ. 2014. № 3.

Следует признать, что критический взгляд на описанную выше теорию американских ученых приводит к абсурдному выводу о том, что страны, принадлежащие к континентальной правовой традиции, осознанно приносят в жертву реальную эффективность правосудия, чтобы создать иллюзию его эффективности. Однако такой взгляд имеет право на существование.

Возможно, причина многочисленных споров в том, что, отстаивая принципы и особенности, свойственные каждой из правовых культур, англосаксонские и континентальные юристы невольно отрываются от сущности понятий и вступают в спор о словах. В действительности же, по мнению автора настоящего исследования, жесткое противопоставление внутреннего убеждения и стандартов доказывания невозможно, поскольку данные институты, способны взаимно дополнять друг друга.

Одной из причин столь существенной роли, отведенной стандартам доказывания в англосаксонском доказательственном праве, является история английского судопроизводства, в котором во все времена споры по гражданским и уголовным делам разрешались с участием присяжных, которые не представляют собой знатоков права. Следовательно, перед тем как вынести свой вердикт относительно виновности или невиновности ответчика, судья должен задать им некий критерий принятия решения. Таким критерием и явились стандарты «баланс вероятностей» и «за пределами разумных сомнений».

Но в реальной жизни стандарт доказывания не является исключительным фундаментом, на основе которого присяжные принимают решение. Сложно представить, как отдельно взятый присяжный скрупулезно оценивает каждое представленное доказательство и математически, с точностью до процента, вычисляет вероятность события<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> См.: Palmer A. Principles of evidence. London, 1998. P. 342.

Деятельность присяжных имеет глубокий психологический характер. Их вердикт – результат не только осознанных размышлений, построенных по законам логики и здравого смысла, но и выражение подсознательных, интуитивных процессов: присяжные, на основе представленных доказательств, конструируют историю. Версия или история истца и история ответчика оцениваются с точки зрения внутреннего противоречия и правдоподобности. При этом процессе задействован весь жизненный опыт, который присяжный приобрел на протяжении жизни. В конечном итоге, он соглашается с более убедительной, по его мнению, версией.

На сегодняшний день роль присяжных в английском гражданском процессе сведена к минимуму. Но представляется верным утверждение, что подобный подсознательный механизм принятия решения используется и судьей, который, в отсутствие присяжных, обязан решить не только вопрос права, но и факта.

Получается, так или иначе решение принимается на основе внутреннего убеждения присяжных или судьи. В чем же, в таком случае состоит роль стандартов доказывания? Стандарты доказывания устанавливают так называемый соматический маркер, то есть своеобразный эмоциональный сигнал, инициирующий более ответственный и осторожный подход к оценке правдоподобности обвинительного варианта истории<sup>12</sup>. Именно с этой целью в уголовных делах используется повышенный стандарт доказывания. Государство исходит из принципа недопустимости осудить невиновного. В то же время, в гражданских делах судебная ошибка, как правило, не будет иметь столь роковые и трагические последствия для сторон, следовательно, и стандарт доказывания ниже.

Кроме того, из всего вышесказанного можно сделать вывод о том, что стандарты доказывания, несмотря на кажущуюся объективность, являются таким же субъективным

---

<sup>12</sup> См.: Будылин С.Л. Указ. соч.

критерием оценки доказательств, как и внутреннее убеждение. Суждение зарубежных исследователей о том, что оценка доказательств по внутреннему убеждению фактически означает применение необоснованно завышенного стандарта доказывания при разрешении гражданско-правовых споров, не соответствует европейской и российской действительности.

Традиционный для российского гражданского процесса подход, в соответствии с которым целью процесса является поиск истины, нашел свое выражение в образном высказывании К.И. Малышева: «истина столь же необходима для суда, как и справедливость»<sup>13</sup>. По мнению многих отечественных исследователей, именно поиск истины обосновывает оценку доказательств по внутреннему убеждению. Тем не менее, абсолютной истины достичь невозможно, а научные изыскания должны исходить, в первую очередь из нужд практики: теория без практики мертва, как и практика не может обойтись без теории. Поэтому и российская, и советская юридическая доктрина допускает установление знания, основанного на вероятности, а не на истине<sup>14</sup>.

Внутреннее убеждение не сводится ни к одному из англосаксонских стандартов доказывания. Вместе с тем, если всё же допускать возможность сравнения стандарта внутреннего убеждения и стандартов доказывания в англосаксонских странах, то наиболее верным представляется вывод о том, что стандарт внутреннего убеждения столь же гибок, как и стандарт «баланс вероятностей».

Законодательству стран континентальной Европы, в том числе и России, незнаком термин стандартов доказывания. В судебной практике он упоминается редко. В то же время, именно судебная практика периодически негласно

---

<sup>13</sup> Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1876. С. 272.

<sup>14</sup> См.: Смольников Д.И. Указ. соч.



устанавливает стандарты доказывания, как критерий достаточности доказательств, по отдельным категориям дел.

Вызывает недоумение то упорство, с которым некоторые исследователи предлагают внедрить в процесс российского судопроизводства институты и понятия, присущие англосаксонской системе права. В этой связи представляется уместным вспомнить слова Герхальда Вальтера о том, что исключение принципа внутреннего убеждения может привести к разложению общественной морали. Для победы в суде недостаточно простой вероятности. Если кто-то не хочет потерять единства и понимание между населением и его судебной системой, то он должен уважать давние и укоренившиеся традиции.

Действительно, как уже было упомянуто выше, история института стандартов доказывания имеет такую же тесную связь с развитием англосаксонской правовой традиции, как и принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению судьи связан с континентальным правом.

Особенностью континентальной системы является кодифицированный характер права. Даже если не учитывать то, что английские и американские ученые сами порой признают некоторую размытость и нечеткость содержания стандартов доказывания, возникает обоснованный вопрос: в каком виде стандарты доказывания могут быть закреплены на законодательном уровне? Проблема не сводится к сложностям, которые могут возникнуть с точки зрения юридической техники. Речь идет о невозможности внедрить стандарты доказывания, без учета многолетней судебной практики и сотен судебных решений, раскрывающих наполнение стандартов.

Во-вторых, как уже было упомянуто ранее, стандарты доказывания представляют собой такой же субъективный критерий, как и оценка доказательств по внутреннему убеждению. Помимо мифа о том, что присяжные олицетворяют народ и представляют общественные ценности, английское

право создало ещё один, не менее привлекательный и красивый миф об объективности стандартов доказывания.

Таким образом, противоречие между внутренним убеждением и стандартами доказывания существует исключительно на теоретическом уровне. Противопоставление одного другому бессмысленно, внутреннее убеждение присяжных и судьи имеет место и при разрешении гражданско-правовых споров на основе стандартов доказывания. В свою очередь, критерий внутреннего убеждения гибок и не эквивалентен уголовному стандарту доказывания в английском процессе. Внедрение стандартов доказывания в России на законодательном уровне может не только привести к слому исторической традиции, но и невозможно, в силу особенностей англосаксонского правового института.

## **КОДЕКС КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ, КАК МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ ПРАВ УЧАСТНИКОВ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ**

**Сапаров Назар Чарыевич**

Соискатель кафедры гражданского права и процесса и  
международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
naz-tm@mail.ru, 89653792364

В статье проводится анализ практики применения Кодекса корпоративного управления, как одного из механизмов защиты прав участников корпоративных правоотношений в Российской Федерации.

Раскрывается структура и содержание, а также указывается на определённые положения, регулирующие корпоративные правоотношения. Особое внимание уделяется правовой необходимости применения данного документа, в том числе предпосылкам его создания.

*Ключевые слова:* корпоративные правоотношения, юридические лица, участие в корпорациях, управление в корпорациях, корпорация, гражданские правоотношения, защита прав,

Бурное развитие корпоративных правоотношений привело к тому, что современное российское предпринимательство подошло к пониманию необходимости формирования правил корпоративного управления, с целью их упорядочения и повышения инвестиционной привлекательности корпораций.

Так особое положение в механизме корпоративного управления занимает Кодекс корпоративного управления<sup>1</sup> (далее по тексту – Кодекс), утверждённый Советом Директоров Банка России 21.03.2014 и рекомендованный письмом Банка России от 10 апреля 2014 г. № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления», данный документ является

---

<sup>1</sup> URL: <http://www.cbr.ru/publ/vestnik/ves140418040.pdf>

сводом этических стандартов в сфере корпоративного управления, пришедшего на смену Кодексу корпоративного поведения.

Кодекс корпоративного управления создан на основании разработанных Организацией экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) принципов корпоративного управления и направлен на обеспечение защиты прав всех участников хозяйственного общества независимо от размера их доли в обществе, повышение эффективности деятельности хозяйствующих субъектов и увеличение притока отечественных и зарубежных долгосрочных инвестиций.

При этом позиция исследователей расходится не только в оценке Кодекса как средства повышения эффективности управления и развития корпоративной культуры компаний, но и в отнесении его к той или иной форме правовой организации<sup>2</sup>.

Стоит отметить, что аналогичные источники правового регулирования корпоративного управления уже давно используются за рубежом<sup>3</sup>.

Так, к наиболее известным разработкам в области корпоративного управления относятся: Принципы корпоративного управления Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)<sup>4</sup>, Объединенный кодекс корпоратив-

---

<sup>2</sup> См.: Афанасьева Е.Г., Бакшинская В.Ю., Губин Е.П. [и др.]. Корпоративное право / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2015; Ермаков С.Л., Фролова Е.Е. Комплексное антикризисное управление российским банковским сектором как важнейший инструмент экономического регулирования развития страны: монография // Иркутск. Репроцентр, 2010. С. 347–362.

<sup>3</sup> Lyasnikov N.V., Frolova E.E., Mamedov A.A., Zinkovsky S.B., Voykova N.A. Venture Capital Financing as a Mechanism for Impelling Innovation Activity // Greece. ERSJ – European Research Studies Journal. Vol. XX. Is. 2B. 2017.

<sup>4</sup> Принципы корпоративного управления ОЭСР. Организация экономического сотрудничества и развития. 1999. OECD Publication. URL: [http://pmguinfo.dp.ua/images/documents/korp\\_otnosheniya/principy\\_oesr.pdf](http://pmguinfo.dp.ua/images/documents/korp_otnosheniya/principy_oesr.pdf).

ного управления (Великобритания), Акт Сарбейнса–Оксли (США), Кодекс корпоративного управления Германии<sup>5</sup>.

Принятый в 2014 году Кодекс корпоративного управления позволил российским компаниям повысить свою эффективность, при этом более половины из них уже применяют в своей деятельности большинство рекомендаций этого документа, в особенности компании с государственным участием<sup>6</sup>.

Кодекс корпоративного управления рекомендован к применению акционерными обществами, ценные бумаги которых допущены к организованным торгам и его положения внедрены в обязательном порядке в 13 крупнейших госкомпаниях согласно сформированному аппаратом Правительства РФ перечню.

В список вошли: «Ростелеком», «Роснефть», «Транснефть», «Алроса», «Русгидро», «Аэрофлот», «Россети», ВТБ, ФСК, РЖД, «Совкомфлот», «Газпром» и Сбербанк. Кроме того, по собственной инициативе начала внедрять рекомендации Кодекса «Башнефть»<sup>7</sup>.

Стоит отметить, что Кодекс корпоративного управления описывает базовые принципы и конкретные механизмы совершенствования корпоративного управления, в нём содержатся положения о правах акционеров, роли советов директоров, раскрытии информации, управлении рисками, политике вознаграждений и другие, при этом его положения носят рекомендательный характер.

По сути, Кодекс является сводом базовых принципов, правил, которые направлены на совершенствование различ-

---

<sup>5</sup> См.: Денисов А., Смородинов М., Липковская В., Шемякин А. Новый Кодекс корпоративного управления зафиксировал максимум для «золотых парашютов» // Трудовое право. 2014. № 4. С. 108–116.

<sup>6</sup> См.: Филиппова Т.А., Коваленко Е.Ю. Корпоративное управление: Актуальные проблемы правового регулирования // Известия Алтайского государственного университета. 2016. № 3 (91). С. 159–163.

<sup>7</sup> URL: <http://open.gov.ru/events/5515479/>

ных аспектов корпоративных отношений, таких, как обеспечение равенства акционеров, защита интересов инвесторов, выстраивание работы совета директоров, правила раскрытия информации, всего, что касается полноценной деятельности органов корпоративного управления<sup>8</sup>.

Согласно предисловию Кодекса, целью данного документа является: 1) определение принципов и подходов, позволивших улучшить инвестиционную привлекательность компаний; 2) формирование общих выработанных на практике подходов по разрешению корпоративных проблем; 3) формирование подходов по формированию механизмов защиты прав акционеров; 4) предоставление рекомендаций, направленных на повышение эффективности работы органов управления акционерных обществ и контроля над их деятельностью.

Кодекс корпоративного управления состоит из двух частей.

Первая содержит принципы, или, постулаты в области корпоративных правоотношений, например: «Обществу рекомендуется создать для акционеров максимально благоприятные возможности для участия в общем собрании...».

В данной части представлены такие разделы, как: права акционеров и равенство условий для акционеров при осуществлении ими своих прав; совет директоров общества; корпоративный секретарь общества; система вознаграждения членов совета директоров, исполнительных органов и иных ключевых руководящих работников общества; система управления рисками и внутреннего контроля; раскрытие информации об обществе, информационная политика общества; существенные корпоративные действия.

---

<sup>8</sup> Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сборник нормативных актов / под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. М.: Изд-во УДН, 1988.

Вторая часть содержит перечень конкретных механизмов, позволяющих обеспечить реализацию соответствующих принципов Кодекса.

В то же время перечень этих механизмов не является исчерпывающим. Предполагается, что, внедряя рекомендации Кодекса корпоративного управления, компании подойдут к этому процессу с позицией создания механизмов предполагающих совершенствование механизмов корпоративного управления, в том числе защиты прав участников компании<sup>9</sup>.

Стоит отметить, что в Кодексе корпоративного управления основной акцент сделан на правовой организации следующих правоотношений: выстраивание эффективной работы совета директоров – определение подходов к разумному и добросовестному исполнению обязанностей членов совета директоров, определение функций совета директоров, организация работы совета директоров и его комитетов; уточнение требований к директорам, в том числе к независимости директоров; рекомендации по построению системы вознаграждения членов органов управления и ключевых руководящих работников общества, включая рекомендации к различным компонентам такой системы вознаграждения (кратко и долгосрочной мотивации, выходным пособиям и др.); рекомендации по выстраиванию эффективной системы управления рисками и внутреннего контроля; рекомендации по дополнительному раскрытию существенной информации о компании и подконтрольных ей организациях и принятых в них внутренних политиках; рекомендации по проведению существенных корпоративных действий (увеличение уставного капитала, поглощение, листинг и делистинг ценных бу-

---

<sup>9</sup> Гражданское и торговое право Европейского Союза (основные институты): учебное пособие / под ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки, К.М. Беликовой. М.: РУДН, 2010.

маг, реорганизация, существенные сделки), позволяющие обеспечить защиту прав и равное отношение к акционерам<sup>10</sup>.

При этом важно отметить, что основными целями Кодекса являются защита интересов всех акционеров, независимо от размера пакета акций; усовершенствование системы корпоративного управления, системы контроля за деятельностью органов управления; а также формирование высокого уровня корпоративной культуры у членов корпорации.

Целью применения стандартов корпоративного управления является защита интересов всех акционеров, независимо от размера пакета акций, которым они владеют. Чем более высокого уровня защиты интересов акционеров удастся достичь, тем на большие инвестиции смогут рассчитывать российские акционерные общества, что окажет положительное влияние на российскую экономику в целом<sup>11</sup>.

Так один из принципов Кодекса определяет: «Чем более высокого уровня защиты интересов акционеров удастся достичь, тем на большие инвестиции смогут рассчитывать российские акционерные общества, что окажет положительное влияние на российскую экономику в целом».

В тоже время, рассматривая Кодекс корпоративного управления, как механизм защиты прав участников корпорации, можно отметить, что положения данного документа направлены, например, на реализацию механизмов защиты прав акционеров на получение информации о деятельности общества

---

<sup>10</sup> См.: Сергеев Д.А. Роль нового кодекса корпоративного управления в создании инвестиционной привлекательности ПАО. // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2017. № 1–3. С. 145–147; Ермаков С.Л., Фролова Е.Е. Комплаенс в сфере финансовых услуг как правовая основа экономической стабильности // Правозащитник. 2017. № 2. С. 1.

<sup>11</sup> Шашкова А.В. Значение кодекса корпоративного управления // Вестник МГИМО Университета. 2014. № 4 (37). С. 257.



В частности, Кодекс детализирует процедуру подготовки к проведению общих собраний акционеров, порядок уведомления и сроки уведомления акционеров с целью обеспечения удобных для всех акционеров механизмов участия в принятии решений по существенным корпоративным действиям общества и реализации их прав, при этом, все «существенные корпоративные действия» указаны в Кодексе (например, выплата дивидендов, реорганизация, поглощение общества, листинг и делистинг акций общества)<sup>12</sup>.

Так п. 7.1.1 закрепляет понятие существенные корпоративные действия, в первую очередь к ним следует отнести реорганизацию общества, приобретение 30 и более процентов голосующих акций общества (поглощение), совершение обществом крупных и иных существенных сделок, увеличение уставного капитала общества, осуществление листинга и делистинга акций общества. Существенность иных действий общества (в частности, изменения основного направления деятельности общества, переименования общества, обеспечения защиты интеллектуальной собственности общества, приобретения обществом лицензии или отказа от нее и т.д.), а также критерии существенности сделок общества и его подконтрольных лиц могут быть определены уставом общества. При этом совету директоров общества следует признавать корпоративные действия существенными в случае получения рекомендации независимых директоров о признании их таковыми.

При совершении существенных корпоративных действий, затрагивающих права и законные интересы акционеров, рекомендуется обеспечивать равные условия для всех акционеров общества, а при недостаточности предусмотренных законодательством механизмов, направленных на защиту прав акционеров, – дополнительные меры, защищающие права и законные интересы акционеров общества.

---

<sup>12</sup> Глава VII Кодекса.

Тем самым Кодекс определил, что органы управления общества, в целях защиты прав акционеров (участников) должны принимать все возможные меры для защиты прав акционеров при осуществлении сделок, затрагивающих их права и интересы.

При этом п. 7.2. закрепляет, что «общество должно обеспечить такой порядок совершения существенных корпоративных действий, который позволяет акционерам своевременно получать полную информацию о таких действиях, обеспечивает им возможность влиять на совершение таких действий и гарантирует соблюдение и адекватный уровень защиты их прав при совершении таких действий».

Также в отношении раскрытия информации в Кодексе подчеркивается необходимость не только публикации сведений о деятельности компании на официальном сайте, но и утверждения информационной политики внутри компании и её практической реализации<sup>13</sup>.

Тем самым положения Кодекса, определяют для общества необходимость приложения усилий для соблюдения прав всех акционеров и в полной мере информировать их о деятельности общества. Таким образом, бремя ответственности за нарушение прав акционеров смещено в сторону компании.

Определяется, что положения Кодекса позволят исключить нарушения прав миноритарных акционеров, аналогичные с теми, которые имели место при конфликте миноритариев «ТНК-ВР Холдинга» с обществом в 2013 году<sup>14</sup>.

Одним из основных постулатов Кодекса является: «миноритарные акционеры должны быть защищены от злоупо-

---

<sup>13</sup> Пункт 6.1. главы VI Кодекса.

<sup>14</sup> Информация о развитии акционерного конфликта. URL: <http://www.kommersant.ru/doc/2329413>.

треблений со стороны держателей контрольного пакета акций, действующих прямо или опосредованно»<sup>15</sup>.

Так п.1.3. Кодекса определяет, что «система и практика корпоративного управления должны обеспечивать равенство условий для всех акционеров – владельцев акций одной категории (типа), включая миноритарных (мелких) акционеров и иностранных акционеров, и равное отношение к ним со стороны общества.

При этом, общество должно создать условия для справедливого отношения к каждому акционеру со стороны органов управления и контролирующих лиц общества, в том числе обеспечивающие недопустимость злоупотреблений со стороны крупных акционеров по отношению к миноритарным акционерам».

Тем самым определяется, что миноритарные акционеры должны быть защищены от злоупотреблений со стороны держателей контрольного пакета акций, действующих прямо или опосредованно, и должны быть обеспечены действенными средствами защиты в случае нарушения их прав.

При этом акционеры не должны злоупотреблять предоставленными им правами. Не допускаются действия акционеров, осуществляемые с намерением причинить вред другим акционерам или обществу, а также иные злоупотребления правами акционеров.

Также Кодекс содержит в себе положения, которые направлены на защиту прав участников корпораций на дивиденды.

Так в п. 1.2.3. Кодекса указано, что «общество не должно допускать ухудшения дивидендных прав существующих акционеров».

При этом на практике предусмотренные законодательством средства и способы защиты дивидендных прав акционеров не всегда являются достаточными. В связи с этим об-

---

<sup>15</sup> Пункт 42 Кодекса.

щество и его контролирующие лица при совершении корпоративных действий должны стремиться обеспечивать сохранение дивидендных прав и долей существующих акционеров (в том числе путем предоставления существующим акционерам эффективных и недискриминационных механизмов сохранения дивидендных прав и долей). Так, например, если дивидендные права владельцев привилегированных акций зависят от количества обыкновенных акций общества, изменение количества обыкновенных акций общества должно сопровождаться соответствующим изменением прав владельцев привилегированных акций.

Если рассматривать положения Кодекса, то можно определить, что они направлены также и на защиту прав собственности участников корпораций, п. 1.4. определяет, что «акционерам должны быть обеспечены надежные и эффективные способы учета прав на акции, а также возможность свободного и необременительного отчуждения принадлежащих им акций».

Из содержания Кодекса следует, что защита прав собственности акционера и предоставление гарантий свободы распоряжения принадлежащими ему акциями должны быть обеспечены посредством:

- выбора обществом регистратора, который имеет высокую репутацию, обладает отлаженными и надежными технологиями, позволяющими наиболее эффективным образом обеспечить учет прав собственности и реализацию прав акционеров;

- осуществления совместно с регистратором действий, направленных на актуализацию сведений об акционерах, содержащихся в реестре акционеров.

Важно отметить, что одним из гарантов защиты прав участников корпоративных отношений Кодекс определяет Совет директоров, так п. 2.1.5. определяет, что «Совет директоров должен играть ключевую роль в предупреждении, выявлении и урегулировании внутренних конфликтов между

органами общества, акционерами общества и работниками общества».

При этом, корпорация обязано принимать все необходимые и возможные меры для предупреждения и урегулирования конфликта между органом общества и его акционером (акционерами), а также между акционерами, если такой конфликт затрагивает интересы общества, в том числе использовать внесудебные процедуры разрешения спора, включая медиацию.

Подводя итог вышесказанному, можно сделать вывод, что надлежащее корпоративное управление не может быть обеспечено только нормами законодательства, поскольку некоторые вопросы, связанные с корпоративным управлением, лежат за пределами законодательной сферы и имеют этический, а не юридический характер.

В этой связи особое внимание уделяется Кодексу, как механизму развития и совершенствования российской практики корпоративного управления, определяющего общепризнанные принципы корпоративного поведения, соответствующего международным стандартам, что должно способствовать защите прав и интересов корпоративных правоотношений.

## **ДЕЙСТВИЕ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ В РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ И АНГЛО-АМЕРИКАНСКОЙ СИСТЕМАХ ПРАВА**

**Севрюгина З.А.**

Аспирантка кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

В рамках настоящей статьи автор рассматривает действие коллизионных норм в романо-германской и англо-американской системах права, имея в виду, что само их наличие отождествляется с возникновением и развитием международного частного права в соответствующих странах. Указанные системы права имеют для России особое значение. Знакомство с ними необходимо как для практики наших гражданско-правовых отношений, содержащих иностранный элемент и вытекающих из присутствия в них иностранного имущества, лица или права, так и для теоретического [научного] осмысления действия соответствующих коллизионных норм в этих странах и России.

*Ключевые слова:* международное частное право, действие коллизионных норм, принцип международной вежливости, статутарная теория МЧП, школа естественного права, доктрина «приобретенных прав», справедливость конкретного судебного решения.

### **Европейское [романо-германское] понимание международного частного права и действие содержащихся в нём коллизионных норм**

Исходным пунктом становления романо-германской системы МЧП, а, следовательно, и утверждение в ней коллизионных норм, следует считать учение голландских статутариев XVII века Ульриха Губера [Ulric Huber – 1636–1694 гг.] и Иогана Вута [Johannes Voet – 1647–1714 гг.].

Именно им принадлежит идея, которая сыграла и продолжает играть в настоящее время огромную роль в развитии МЧП и действия в нём коллизионных норм. Эта идея простая по форме, но с колоссальной внутренней энергией сводится к

тому, что все статуты в принципе являются территориальными, то есть они обязывают всех и каждого, находящегося на данной территории [страны], и не обязывают, то есть не имеют действия в отношении этих лиц вне данной территории [страны].

В этой концепции У. Губера явно просматривается идея суверенитета государства, и мы можем сделать вывод, что близкое родство МЧП и международного публичного права [МПП] закладывалось в указанный исторический период. Это особенно видно из дальнейших рассуждений У. Губера о том, что признание и применение последствий действия иностранного закона и шире – иностранного права на основе коллизионной нормы происходит в силу «международной вежливости» [comitas gentium]. Но и оно, утверждал У. Губер, возможно постольку, поскольку не наносит ущерба суверенитету данной страны.

Отсюда выводилось ещё одно исключительно важное для МЧП положение, играющее заметную роль и в наше время, а именно то, что право- и дееспособность конкретного лица, проживающего за границей, должна подчиняться праву страны его domicilia.

Дальнейшая тенденция и основные черты сосуществования в будущей Европе романо-германского и английского, а в последующем и североамериканского МЧП закладывались в период появления и развития в Европе школы естественного права [XVII–XVIII века].

В этот период статутарная теория МЧП медленно, но последовательно уступала место слиянию региональных и местных обычаев, регулирующих хозяйственный, и шире, – гражданский оборот международного характера, который требовал своего законодательного закрепления и регулирования.

По сравнению со статутарным периодом естественно-правовая мысль существенно обновила науку права и её методическую и методологическую основу. Появилась идея

защиты субъективных прав [субъективное право] и теория формальных доказательств, которая повлияла на всё судопроизводство, сделав процесс состязательным. В судах, на производстве, в торговле люди стали чаще обращаться к закону, а не к тому или иному территориальному обычаю.

Возрастающая роль закона, в свою очередь, требовала кодификации, которая не заставила себя долго ждать.

5 знаменитых кодексов Франции эпохи Наполеона легли в основу кодификации права в других странах Европы. Блистательные «Le Cinq Codes» [пять кодексов] не могут быть не упомянуты в настоящем разделе: Code Civil [Гражданский кодекс 1804 г.], Code de Procedure Civil [Гражданский процессуальный кодекс 1806 г.], Code de Commerce [Торговый кодекс 1807 г.], Code d'instruction Criminelle [Уголовный процессуальный кодекс 1808 г.], Code Penal [Уголовный кодекс 1810 г.].

Самым ярким и значимым для МЧП из 5 кодексов несомненно является Гражданский кодекс Франции, закрепивший действие сразу нескольких коллизионных норм и идею охраны внутригосударственного «публичного порядка».

Последующие два столетия в Европе характеризуются не столько идеей естественного права сколько законодательного позитивизма и юридического национализма.

Наиболее значимыми кодексами эпохи позитивизма стали Германский гражданский кодекс [уложение] и вводный закон к нему, содержащий целый набор коллизионных норм, подчинённых действию бланкетной нормы – нормы принципа, символизирующего позитивную концепцию оговорки о публичном порядке.

Германский гражданский кодекс был положен в основу целого ряда стран, в том числе в Венгрии [Европа] и Японии [Азия]. Вехой явилась также разработка Швейцарского гражданского кодекса, который полностью был воспринят Турцией.



Среди отличительных черт романо-германской системы права, сказавшихся на характере международного частного правового регулирования, следует назвать приоритетную роль писаного права. Здесь явно выражено деление права на отдельные отрасли, в которых происходило накопление различных коллизионных норм, регулирующих совместно с материальной нормой, соответствующие общественные отношения.

Как и в России на рубеже XIX и XX веков здесь в периодической литературе шли дискуссии о природе МЧП и прежде всего о природе, характере и назначении коллизионных норм, отсылке, обратной отсылке, проблеме квалификации.

Дискуссии о принципах МЧП здесь не имели столь значимого значения как во Франции, Италии, Испании и других европейских странах. Учёных волновали преимущественно основные [исходные] начала МЧП и обоснование возможности или обязательности применения иностранного права на своей территории. До Второй мировой войны в теории права господствовал масштабный этатизм, что не могло оказывать влияния на характер действия коллизионной нормы и международного частного правового регулирования.

Общей чертой романо-германской системы права при более узком подходе к определению предмета МЧП в Германии и более широком во Франции в послевоенный период вплоть до наших дней стало отыскание не столько конкретной нормы материального права, сколько выявление на базе действия коллизионной нормы «компетентного правопорядка», способного урегулировать спорное отношение.

Рассуждение европейских правоведов на этот счет привели к осознанию необходимости в рамках более общего и более значимого процесса политико-экономической интеграции выработки общих групп коллизионных норм, отличаю-

щихся или, по крайней мере, развивающих их нормы, содержащиеся во внутреннем коллизионном законодательстве<sup>1</sup>.

Такие нормы по регулированию наиболее жгучих торгово-экономических связей, в особенности в той части, которая регулирует договорные [контрактные] и внедоговорные обязательства появились в ряде многосторонних соглашений [конвенций] и в т.н. регламентах и директивах ЕС.

Наиболее значимые из них – это Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров [1980 г.], открытая для всех стран мира, Европейская конвенция о международном коммерческом арбитраже [1961 г.], Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС № 864/2007 от 11.07.2007 г. «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» [Рим II], Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС № 593/2008 от 17.06.2009 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» [Рим I] и ряд других.

В современном международном частном праве Европы сформировались три группы коллизионных норм со своими привязками часто несовпадающими внутри этих групп.

Главным из них по иерархической значимости и времени образования являются *супранациональные*, т.е. наднациональные коллизионные нормы. Они разрабатываются на коллективной основе и объективируются преимущественно в регламентах и директивах Европейского Союза [ЕС].

Вторую группу составляют коллизионные нормы, содержащиеся в международных соглашениях [конвенциях] и интерпретирующих их решениях и постановлениях судов и арбитражей.

Третью группу составляют самые ранние по своему появлению внутригосударственные коллизионные нормы, т.е. которые закреплены в национальных источниках права.

---

<sup>1</sup> Кузнецов М.Н. Международное частное право. Общая часть: учебное пособие. М.: РУДН, 2015.

Рассуждая обо всех этих нормах, следует учитывать, что господствующей точкой зрения в современной Европе является та, что только законодательство является подлинным источником международного частного права. Однако доктрина и постановления судов и арбитражей апелляционных и кассационных инстанций по наиболее знаковым делам, вытекающим из международного общения, и, следовательно, содержащим иностранный элемент, по-прежнему в ряде стран играют заметную роль. Это обстоятельство в пику другим и более значимым на первый взгляд размывает грань существенного различия между европейским международным частным правом и англо-американским коллизионным правом.

#### **Англо-американская концепция международного частного права и действие содержащихся в нём коллизионных норм**

Выявление особенностей современного английского международного частного права следует начать с истории и в рамках развития английского права как такового в целом.

Известно, что в Англии нет Конституции, нет кодифицированного законодательства, отсутствует иерархия законодательных актов, равно как и то, что здесь нет деления права на публичное и частное<sup>2</sup>, отсутствует свойственное Германии и Франции отраслевое деление, а парламент Англии ничем не ограничен и может отменить действие любого закона в том числе и директивы ЕС<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Иное и на наш взгляд ошибочное мнение на этот счёт высказала в своей кандидатской диссертации С.О. Сереброва «Общетеоретические основы формирования европейской правовой системы». См.: Сереброва С.О. Обще­теоретические основы формирования европейской правовой системы: автореф. дис. ... канд. юр. наук. Нижний Новгород, 2005. С. 24.

<sup>3</sup> Эта особенность английского права вошла в противоречие с правом ЕС, что послужило одной из главных причин выхода Великобритании из Европейского Союза; [Br-exit – выход (исход) Британии]. Вступление Ан-

Российские учёные вслед за зарубежными теоретиками права склонны различать четыре периода в истории и развитии системы «общего права», коей именуют до сих пор [правда, не совсем точно] английскую правовую систему.

*Первый период* – это период, который предшествовал завоеванию Англии норманами в 1066 году. Общее для всей страны право отсутствовало, но некоторые общие идеи просматривались в судебных решениях благодаря началу распространения христианства в самом конце VI века [≈ 596 год], что связано с именем святого Августина – епископа Кентерберийского.

После 1066 года начался *Второй период*, который продолжился вплоть до установления династии Тюдоров в 1485 г. Его учёные считают периодом формирования на острове так называемого «общего права» [common law], которое, как ни странно, до сих пор оказывает влияние на регулирование общественных отношений в современной Англии.

В этот период повсеместно были образованы королевские суды, которые обладали исключительной компетенцией и являли собой единую систему, в которой разрешение споров носило исковой и публично-правовой характер.

Годы с 1485 по 1832 знаменуют собой *Третий период*, который характерен в истории английского права тем, что исключительная компетенция судов общего права существенно затрудняла защиту частных интересов граждан.

Этой объективной потребностью объясняется возникновение «права справедливости» и отдельных «судов справедливости», в которых подданные могли обжаловать решения королевских судов общего права.

---

глии в ЕС [1972 г.] ограничило суверенитет её парламента, поскольку приоритетным стали не акты парламента, а нормативно-правовые директивы ЕС, имеющие прямое действие и приоритет перед национальным правом стран, входящих в Сообщество.

Однако суды справедливости, несмотря на предоставленную им полную независимость и самостоятельность не смогли вытеснить суды общего права, которые в борьбе против абсолютизма объединились с независимым парламентом и настояли на компромиссе, по которому в стране сохранилось наличие двух систем судов: суд лорда-канцлера [суд справедливости] и суды общего права.

*Четвертый период*, по мнению специалистов, начался с 1832 года и продолжается по настоящее время. Он характеризуется повышением роли закона в жизни страны и общества и завершением формирования тройственной структуры английского права, в которое органично вошли: созданное Вестминстерскими [королевскими] судами «*общее право*», созданное канцлерскими судами «*право справедливости*» и корректирующее их «*статутное право*», т.е. писанное право парламентского происхождения.

Долгое время акты парламента [законы] ограничивались внесением коррективов и дополнений в созданное судебной практикой право.

Это положение в настоящее время существенно изменилось и теперь их [законов] роль настолько возросла, что можно утверждать, что в современной Англии, они играют главенствующую роль.

Феномен «*общего права*», его жизнеспособность существенно повлияли на формирование МЧП не только Англии, но и США.

Принесённое переселенцами из Англии «*common law*» нашло в США благодатную почву. Именно на его базе стало развиваться гражданское право отдельных, получивших самостоятельность штатов. Оно способствовало росту торгового обмена между штатами, поскольку было знакомо им.

Тем не менее, различный подход к разрешению объективно возникавших на практике правовых конфликтов сохранялся: уровень развития правовой системы в разных штатах не совпадал. По многим гражданско-правовым вопросам,

особенно по контрактам и деликтам, возникали коллизии. Расширяющийся товарно-денежный обмен и иные контакты с внешним миром втягивали в споры правовые системы иных стран, прежде всего европейских.

В судах всё чаще и чаще стал возникать вопрос: какое право следует применить для решения спора, и на каких основаниях. Выход нашёл член Верховного Суда США *Джозеф Стори* [Joseph Story], издавший в 1834 году свою знаменитую работу «Комментарии к конфликтному праву» [Commentaries on the Conflict of Laws].

Поскольку «общее право» [common law] как в Англии, так и в США объединяло лишь материальное право и коллизионных норм не содержало, то основанием для признания прав, возникших под действием иностранного закона Дж. Стори предложил концепцию «международной вежливости» [comitas gentium], разработанную голландскими статутариями XVII – начала XVIII веков. Именно они – статутарии У. Губер и И. Вут утверждали, что, хотя признание иностранного права в силу территориального характера статутов не является обязанностью, но оно допустимо исходя из принципа «международной вежливости» [comitas gentium].

Новое у Дж. Стори состояло в том, что он придал учению статутариев обязательный характер. Он говорил и писал об обязанности суда уважать права иностранных граждан, ибо такое уважение базируется на международном общении стран и народов, отвергнуть которое не может ни одна страна.

В конце XIX века учение Дж. Стори развил дальше англичанин Дайси [Dicey]. Он придал ему ещё большее императивное значение, заявив, что каждый субъект права независимо от его личного закона должен и будет получать защиту своих законно приобретенных прав в английском суде.

Это означало, что Дайси прибавил к учению «commity» свою доктрину «приобретённых прав» [vested rights].

Популязатором доктрины приобретённых прав в США выступил другой крупный учёный – Биль [Beale]. Именно

Биль первым из крупнейших правоведов Нового Света проанализировал судебные дела в ряде штатов и издал 3-х томный курс Международного частного права, а позднее, в 1934 году обобщающий свод судебных извлечений по делам с иностранным элементом, в основу которого положил идею «приобретённых прав» [vested rights].

В современной англо-американской литературе по МЧП Дж. Стори, Дэйси и Биль считаются основателями классической буржуазной доктрины [школы] МЧП. В заслугу этой школы ставят разработку и главное обоснование действия важнейших коллизионных принципов при решении дел и признания компетентного права; для деликтов – *закон места нарушения права*, для дел по наследованию – *домициль наследодателя*; по недвижимости – *закон места её нахождения*; для движимых вещей – *личный закон собственника* и т.д.

Однако эти и иные основополагающие коллизионные принципы классической буржуазной школы в начале XX века были покороблены английской и американской судебной практикой.

Сначала в Англии, а затем и в США в судах возобладала на первый взгляд не плохая концепция, суть которой сводилась к следующему: когда у судьи находится дело, в котором присутствует иностранное лицо, имущество или право, т.е. по нынешней терминологии «иностранный элемент», то судья должен применить тот закон, который более тесно связан с составом данного дела. Иное применение будет противоречить «justice of individual case» – справедливости данного конкретного дела<sup>4</sup>.

Как указал в вышеназванном труде Биль практика применения концепции «justice of individual case» очень часто шла вопреки выработанным веками принципам и достиже-

---

<sup>4</sup> Пучинский В.К. Гражданский процесс США. Изд. Академия наук СССР. Институт США и Канады. М.: Наука, 1979. 190 с.

ниям классической школы и массивом своих решений создала материальную предпосылку для критики классической доктрины «Story-Dicey-Beale».

В послевоенный период [после 1945 г.] и в Англии, и в особенности в США нашлись десятки критиков этой школы и её достижений, начиная от прагматика Кука, который договорился до того, что иностранное право – это лишь мнимое создаваемой американским судом для себя аналогичная своей ситуация, а под термином «право» вообще следует понимать условные явления, помогающие нам предположить, как мы будем вести себя в будущем, до Эренцвейга, положившего в основу разрешения коллизий «закон суда», Карри, предложившего вообще отказаться и обойтись без коллизионных норм, поскольку суд сам творит право и применяет его к иностранному правовому составу, и до Дэвида Кеверза с его идеей вынесения судом политически оправданного решения, под которое следует приискать необходимые нормы, а чтобы их легче было найти – разработать «принципы предпочтительности» [principles of preferences], что он и сделал.

Английское и американское представление о международном частном праве (МЧП) можно сказать полностью совпадало вплоть до начала 60-х годов XX века, когда, по мнению ученых, началась так называемая коллизионная революция. Различия увеличились, когда Англия, связанная европейским континентом, была вынуждена учитывать европейские тенденции в МЧП, которые в меньшей степени касались Соединенных Штатов Америки.

Указанные страны в отличие от России и европейский стран имеют иное представление о самих основах существование международного частного права. Здесь иные принципы (основы начала) МЧП, чем у нас.

Просмотренные нами учебники, пособия, университетские курсы МЧП позволяют сделать вывод о том, что то, что в Европе и у нас называется привязками коллизионной нормы (connecting factor), которые требуют квалификации в суде



(арбитраже), в США и Англии называют *принципами МЧП*.  
К ним относят:

- принцип «comity» (вежливость);
- принцип иммунитета государства в коллизионном праве;
- принцип личного закона лица;
- принцип национальности юридического лица;
- принцип места совершения правонарушения;
- принцип закона, избранного лицами, совершившими сделку;
- принцип места совершения правонарушения;
- принцип валюты долга;
- некоторые другие.

К числу других наиболее характерных особенностей восприятия МЧП в США и Англии можно отнести следующие. Несмотря на происходящие в мире интеграционные процессы, *МЧП США и Англии сохраняют свою самобытность и своеобразие*, обусловленные историческим опытом этих стран.

Бросается в глаза разное понимание предмета МЧП в Европе и англо-американской традиции. В США и Англии на первом месте стоит решение проблемы о выборе компетентной материальной нормы права. Это касается не только междуштатных коллизий, но и тех, что затрагивают правовые системы других государств.

Далее, к предмету МЧП в этих странах *относят* признание и приведение в исполнение иностранных судебных (арбитражных) решений и постановлений, а также вопросы коллизионной юрисдикции (conflicts jurisdiction).

Характерно и то, что само международное частное право – название, которое этому предмету дал американский юрист Дж. Стори, в настоящее время чаще всего называют «конфликтным» или «коллизионным» правом (law of conflict of laws). Более того, по мнению ряда учёных, само действие

коллизией нормы в США подменяется процедурой, а предмет МЧП – его методом<sup>5</sup>. Это приводит к тому, что, если в Европе МЧП это, прежде всего, коллизионные нормы, то в США коллизионное право свой акцент всё более и более смещает на методологию решения спора, содержащего в себе «иностранный элемент». Как итог, предмет международного частного права подменяется его методом, а коллизионная норма подменяется процедурой<sup>6</sup>.

Подведем некоторые итоги проделанного исследования.

Действие коллизионных норм во взятых для примера странах символизирует характер системы международного частного права этих стран в целом. Более того, само становление и развитие МЧП отождествляется именно с характером действия, широтой охвата и глубиной воздействия коллизионных норм на регулируемые общественные отношения.

Исходным пунктом становления романо-германской системы МЧП следует считать учение голландский статутариев XVII века. Преодоление территориального принципа действия права, основанного на непреходящем авторитете суверенитета государства, стало возможным в XVII веке только и исключительно с помощью и благодаря действия коллизионных норм, исходя из принципа международной вежливости [*comitas gentium*], допустимость которого в отношении других государств прежде не обсуждалось.

Дальнейшее развитие, основные черты и характер действия коллизионных норм романо-германского, английского, а в последующем и североамериканского МЧП происходило под влиянием школы естественного права [XVII–XVIII в.], что привело к появлению идеи защиты субъективных прав и

---

<sup>5</sup> Монастырский Ю.Э. Господствующие доктрины коллизионного права США: автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1999. С. 16.

<sup>6</sup> См.: Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие // Ю.А. Тимхомиров. М., 2000. С. 103.

рождению теории формальных доказательств, которые сделали гражданский процесс состязательным.

Среди отличительных черт романо-германской системы права, сказавшихся на характере международного частного правового регулирования, следует назвать приоритетную роль писанного права. Здесь явно выражено деление права на отдельные отрасли, в которых происходило накопления различных коллизионных норм, регулирующих совместно с материальной нормой соответствующие общественные отношения.

Другой особенностью следует назвать отыскание не столько конкретной нормы материального права, сколько выявление на базе действия коллизионной нормы «компетентного правопорядка», способного урегулировать спорные отношения.

Дискуссии европейских правоведов на этот счет привели к осознанию необходимости в рамках более общего и более значимого процесса политико-экономической интеграции выработки общих групп коллизионных норм, отличающихся или, по крайней мере, развивающих их нормы, содержащиеся во внутреннем коллизионном законодательстве. Доказательством могут служить Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС № 864/2007 от 11.07.2007 г. «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» [Рим II] и Регламент Европейского Парламента Совета ЕС № 593/2009 от 17.06.2009 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» [Рим I].

Несмотря на то, что закон в странах романо-германской системы международного частного права по-прежнему считается подлинным и главным источником МЧП, доктрина и арбитражно-судебная практика сохраняют в этих странах существенную роль, это обстоятельство размывает грань существенного различия между европейским международным правом и англо-американским коллизионным правом.

На характер действия коллизионных норм и формирование МЧП в Англии и США в целом сыграла и продолжает играть тройственность структуры английского права, в которую вошли: созданное канцлерскими судами «право справедливости» и корректирующее их «статутарное», т.е. писаное права парламентского происхождения.

В США развитие собственного МЧП способствовало принисенное из Англии переселенцами «общее право». Оно содействовало росту торгового обмена между штатами, поскольку было знакомо им. Однако расширяющийся товарно-денежный обмен и иные контакты с внешним миром втягивали в споры правовые системы иных стран, прежде всего европейских, что способствовало расширению сферы действия коллизионных норм.

Основанием признания прав, возникших под действием иностранного закона, член Верховного Суда США Дж. Стори предложил считать концепцию «международной вежливости» [comitas gentium], придав ей обязательный характер.

Английский ученый Дарси, основываясь на идее «международной вежливости» [comity], развил учение Дж.Стори и сформулировал доктрину «приобретенных прав» [vested rights doctrine], популяризатором которой на американском континенте выступил крупный американский учёный Биль, [Beale], опубликовавший в 1934 году обобщённый свод судебных извлечений по делам, в которых были задействованы коллизионные нормы.

Дж. Стори, Дарси и Биль считаются основателями классической буржуазной школы МЧП, в заслугу которой ставят разработку и главное обоснование важнейших принципов действия коллизионных норм при определении компетентного права: для деликтов – закон места правонарушения, для дел по наследству – domicilio наследодателя, по недвижимости – закон места её нахождения, для движимых вещей – личный закон собственника и т.д.

Указанные принципы уже в 1-й половине XX века были покороблены [системно нарушены] английской и американской судебной практикой, которая вместо предписанного действия коллизионной нормы стала применять отсылку к тому закону, который, по мнению судей, более тесно связан с составом данного дела, поскольку иное применение будет противоречить справедливости данного конкретного судебного решения [justice of individual case].

Адептами такого подхода к действию коллизионных норм стали такие крупные учёные как Кук, Эренцвейг, Карри, Каверз и ряд других.

Страны англо-американской правовой традиции имеют иное представление о действии коллизионных норм и самых основах существования МЧП, чем это имеет место в романо-германской или российской системах права.

То, что в Европе и у нас называется привязками коллизионной нормы [connecting factor], в США и Англии называют принципами МЧП. При этом предметом МЧП подменяется его методом, а действие коллизионной нормы подменяется судебной процедурой.

## РЕЦЕПЦИЯ КОДЕКСА НАПОЛЕОНА В БЕЛЬГИИ

**Сидоров Алексей Евгеньевич**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6, alevsid@gmail.com

В данной статье проводится анализ влияния французского права на право других государств на примере Бельгии и рассматривается история создания Гражданского кодекса Бельгии с учётом особенностей, вызванных рецепцией норм Кодекса Наполеона.

*Ключевые слова:* Франция, Бельгия, Французский Гражданский кодекс, Кодекс Наполеона, Гражданский кодекс Бельгии; Франсуа Лоран.

Французский Гражданский Кодекс представляет всестороннее преобразование и кодификацию французского гражданского права. Он был введён в действие 21 марта 1804 г. и, как полагал сам Наполеон, был одним из его самых значительных успехов. В настоящее время Кодекс по-прежнему остается значительным юридическим, социологическим и культурным ориентиром для Франции. И, несмотря на некоторые изменения, которые были введены позже, Кодекс Наполеона все еще активно применяется во Французской Республике и французском праве.

Кроме того, Кодекс сыграл значительную роль в формировании гражданских кодексов XIX века в большинстве стран континентальной Европы и Латинской Америки. Сегодня множество европейских правовых систем развиваются на его основе или под его сильным влиянием. Гражданский кодекс Наполеона превратился в действительно современный инструмент, успешно применяемый на протяжении более чем двухсот лет, несмотря на значительные социальные преобразования, как во французском обществе, так и в большинстве других странах, где Кодекс оказал влияние на развитие гражданского права. Такой длительный эффект тесно связан

с самой историей его создания, а также с историей его принятия в других странах.

Распространение Кодекса Наполеона осуществлялось тремя способами: завоеванием, прямым убеждением, вдохновением<sup>1</sup>. В течение XIX века Кодекс был принят во многих европейских и латиноамериканских странах, либо в форме простого перевода, либо со значительными изменениями. Он был принят во многих странах, завоёванных французами во время наполеоновских войн, и, таким образом, способствовал формированию систем частного права Польши, Италии, Нидерландов, Бельгии, Испании, Португалии, в том числе и на территории их бывших колоний<sup>2</sup>. У итальянского Гражданского кодекса 1865 г., вступившего в силу после объединения Италии, было близкое, но косвенное отношение к Кодексу Наполеона. Германия инкорпорировала Кодекс лишь с несколькими изменениями. В начале XIX века кодекс был введен на территории Гаити и Доминиканской Республике, и он все еще продолжает там действовать. Боливия и Чили довольно точно переняли структуру Кодекса и заимствовали большую часть его содержания. Чилийский кодекс был в свою очередь скопирован Эквадором и Колумбией, а впоследствии Уругваем и Аргентиной.

Внедрение французского права на территории Бельгии началось ещё до принятия Кодекса Наполеона, когда она была завоёвана Францией в 1795 г. во времена Великой Французской революции. Жители Франции полагали, что их новое революционное законодательство принесёт благо и свободу гражданам тех соседних стран, территории которых были захвачены французами. Благодаря вышеуказанным обстоя-

---

<sup>1</sup> Bernard Schwartz, *The Code Napoleon and the Common-law World: The Sesquicentennial Lectures Delivered at the Law Center of New York University, December 13–15, 1954*. The Lawbook Exchange, Ltd., 1998, P. 92.

<sup>2</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М.: МЦФЭР, 2004. С. 15.

тельствам, Бельгия стала одной из первых стран в Европе, где были внедрены нормы революционного французского права, которое предусматривало отмену феодального социально-правового режима<sup>3</sup>, возможность заключать и расторгать светский брак, а также предполагало некоторые иные изменения в законодательстве Бельгии.

Вполне закономерно, что после того, как во Франции в 1804 г. был принят Кодекс Наполеона, его положения начали применяться и на территории аннексированной Бельгии. Официально он был опубликован 3 сентября 1807 г. и вступил в силу 13 сентября. После того, как первая французская Империя прекратила своё существование, Бельгия, в соответствии с решением Венского конгресса 1814 г., вошла в состав Нидерландов, где продолжали действовать положения Кодекса Наполеона.

Приблизительно в это же время голландский король Вильгельм I учредил голландско-бельгийскую смешанную комиссию для разработки проекта нового Гражданского кодекса. Спустя 15 лет работа над ним подошла к концу, Кодекс был утверждён законодательным органом и вступил в силу на всей территории Нидерландов. Предполагалось, что он будет действовать и в бельгийских провинциях Нидерландов, однако в 1830 г. Бельгия покинула состав Нидерландов в результате революции. Бельгия стала независимым и нейтральным государством во главе с королём Леопольдом I. Голландский гражданский Кодекс, не успев ещё полностью вступить в силу на территории Бельгии, прекратил своё действие. Вопрос о кодификации гражданского законодательства по-прежнему оставался актуальным, и поэтому было принято решение сохранить положения Кодекса Наполеона в полном объёме. Только две части нового Кодекса, касающиеся положений о долгосрочных договорах аренды и о праве на застройку, уже вступили в силу в Бельгии в 1825 г., так

---

<sup>3</sup> Захватаев В.Н. Кодекс Наполеона М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 360.



как Французский Гражданский кодекс не содержал ничего о них<sup>4</sup>.

Несмотря на то, что с 1815 г. развитие Гражданского кодекса Бельгии происходило самостоятельно, отдельно от Французского гражданского кодекса, наименование книг, их содержание и нумерация статей преимущественно остаются неизменными и на сегодняшний день.

Необходимо обратить внимание на то, что ст. 139 Конституции Бельгии 1831 г. предусматривала необходимость пересмотреть кодексы Бельгии в кратчайшие сроки, однако на практике это привело только к пересмотру и преобразованию Уголовного кодекса, а также к появлению нескольких законов в области торгового права, которые заменили Коммерческий кодекс Бельгии<sup>5</sup>.

Попытки преобразовать Гражданский кодекс не увенчались успехом. Первую попытку модифицировать гражданское законодательство предпринял Франсуа Лоран, известный бельгийский юрист, который занимался подготовкой проекта нового Гражданского кодекса в период с 1879 по 1883 г.г. В результате, несмотря на то, что проект Кодекса был опубликован в 1885 г., он так и не был рассмотрен на законодательном уровне. За год до его публикации бельгийское правительство создало комиссию, целью которой являлось выявление и устранение пробелов и недостатков в уже существующем Кодексе. Постепенно количество задач, стоявших перед комиссией, начало увеличиваться. Соответственно выросло и число заседаний комиссий, где проводилось назначение ответственных редакторов, проверка их работ и разработка планов предстоящих разработок для даль-

---

<sup>4</sup> Dirk Heirbaut and Matthias E. Storme, *Private Law Codifications in Belgium. The Scope and Structure of Civil Codes*. Ed. Julio César Rivera. Vol. 32. Springer, 2013. P. 69.

<sup>5</sup> Hubert Bocken and Walter De Bondt, *Introduction to Belgian law – Bruxelles* : Bruylant; The Hague: Kluwer law intern., 2001. P. 25.

нейшего улучшения гражданского законодательства. Комиссия продолжала свою работу до 1904 г., и за это время были подготовлены проекты первой и второй книг полностью, а также часть третьей книги нового Гражданского кодекса. Однако, эти проекты так и не вступили в силу из-за гибели членов комиссии и отсутствия надлежащей им замены.

Несмотря на эти неудачные попытки модифицировать Гражданский кодекс, бельгийское гражданское законодательство всё-таки претерпевало некоторые изменения на протяжении XIX в. и первой половины XX в. В Гражданский кодекс вносились изменения, а также было принято несколько отдельных законов, которые, однако, часто противоречили положениям самого Кодекса<sup>6</sup>. В 1851 г. в Кодекс были внесены изменения в разделы о привилегиях и ипотеках, в 1896 г. были модифицированы правила об условиях и последствиях брака, а в 1908 г. изменения затронули положения, которые регулировали установление отцовства.

В результате реформ, проведённых в 1932, 1953 и 1976 гг., значительной переработке подверглись положения, устанавливающие права и обязанности супругов. Со временем количество отличий от Французского гражданского кодекса увеличилось из-за особенностей бельгийской судебной практики и доктрины, но, несмотря на это, многие статьи бельгийского кодекса остались без изменений. В частности это касается норм обязательственного права и права собственности.

С одной стороны, малое количество реформ в области гражданского законодательства Бельгии можно объяснить отсутствием внимания к нему со стороны как властей, так и

---

<sup>6</sup> Verbeke, Alain Laurent P. G. and van Zantbeek, Anton, *Succession Law in Belgium. Part I. General Principles, Intestate Succession, Wills. EUROPEAN SUCCESSION LAWS, Second Edition, Part 1*, David Hayton ed., Bristol, Jordan, 2002. P. 39.

юристов<sup>7</sup>. На протяжении 150 лет парламент Бельгии проявлял интерес преимущественно к социальным вопросам и нормам, которые тем или иным образом могли оказывать влияние в политической сфере: заключение и расторжение брака, правовое положение супругов. Для принятия каких-либо других законов в области гражданского права требовались значительные усилия со стороны Министерства юстиции. Все предложения юристов о внесении поправок в Гражданский кодекс или о кардинальных изменениях гражданского законодательства для точного отражения правовой ситуации в доктрине, практике и юриспруденции также не находили отклика и порождали только новые дискуссии и вопросы. Даже успешная модернизация гражданского законодательства, которая происходила в это же время в Нидерландах и Франции не возымела никакого эффекта.

С другой стороны, вероятно, что подобное отношение к гражданскому законодательству было обусловлено положением дел в самой Бельгии. Если сравнить её с другими государствами, где Кодекс Наполеона оказал значительное влияние на формирование гражданского права, то можно заметить, что у Бельгии не было необходимости в унификации для создания правового стержня для объединения страны, как это происходило в Германии или Швейцарии. Кроме того, Кодекс не являлся политическим инструментом, как, например, в Италии<sup>8</sup>. Эта медлительность, по сравнению с событиями в других странах Западной Европы, также большой плюс для такой маленькой страны, как Бельгия: вдохновение можно найти в примерах других государств, а уроки можно извлечь из их позитивного и негативного опыта ре-

---

<sup>7</sup> Захватаев В.Н. Кодекс Наполеона. М.: Инфотропик Медия, 2012. С. 362.

<sup>8</sup> Verbeke, Alain Laurent P. G. and van Zantbeek, Anton, Succession Law in Belgium. Part II. General Principles, Intestate Succession, Wills. EUROPEAN SUCCESSION LAWS, Second Edition, Part II, David Hayton ed., Bristol, Jordan, 2002. P. 65.

форм<sup>9</sup>. В результате большинство попыток внести изменения в Гражданский кодекс Бельгии оказались безуспешны.

Учитывая все обстоятельства, можно предположить, что Гражданский кодекс Бельгии в настоящее время больше похож на Кодекс Наполеона в его первоначальном виде, чем даже Французский гражданский кодекс. На данный момент бельгийский Гражданский кодекс включает в себя три книги и Предварительный титул, хотя две статьи Предварительного титула из шести полностью утратили свою силу (ст. 1 и 3) в 1949 и 2004 гг., а ещё две, ст. 4 и 5, были инкорпорированы в Кодекс о судоустройстве в 1967 г.

Первая книга, которая называется «О лицах», состоит из 12 титулов и включает в себя нормы о правах граждан и гражданском состоянии, а также регулирует правоотношения, связанные с браком и усыновлением. Если сравнить первоначальный Кодекс Наполеона и Первую книгу бельгийского кодекса, то можно заметить, что нумерация и наименование титулов полностью идентичны, за исключением одного из них. Стоит также отметить, что до 1999 г. в эту же Книгу входил титул VIII bis «Об оставлении малолетнего ребёнка», не связанный с французским Кодексом, но он был отменён.

В настоящей редакции Первой книги Французского гражданского кодекса отличий намного больше, как в структуре, так и в содержании норм. Например, наименование Первого титула, «О пользовании гражданскими правами и о лишении этих прав», было изменено и теперь называется «О гражданских правах». Кроме того, в Первую книгу добавили два новых титула: Титул I bis «О французском гражданстве» и Титул XII, нормы которого связаны с договором о совместной жизни и сожительстве. Что касается содержания норм Первой книги, то, как было упомянуто ранее, нормы

---

<sup>9</sup> Hubert Bocken and Walter De Bondt, *Introduction to Belgian law – Bruxelles*: Bruylant; *The Hague*: Kluwer law intern., 2001. P. 129.

французского кодекса претерпели настолько значительные изменения, что отличаются от первоисточника больше, чем бельгийский Кодекс<sup>10</sup>.

Следующие четыре титула («О различных видах имущества», «О праве собственности», «Об узуфрукте, праве пользования и проживания в жилом помещении», «О сервитутах и о земельных повинностях») входят во Вторую книгу, которая носит название «Об имуществе и различных видоизменениях собственности». Вторая книга Гражданского кодекса Бельгии, как и соответствующая Книга Французского гражданского кодекса, носит стабильный характер и по-прежнему похожа по содержанию на первоначальный вариант Кодекса Наполеона<sup>11</sup>.

Третья книга называется «О различных способах приобретения права собственности» и посвящена наследованию, различным видам договоров и обязательствам. Изначально она включала в себя 20 титулов, нумерация и наименования которых до сих пор остаются прежними, но впоследствии в Третью книгу добавили ещё 3 титула: титул IV bis «О возмещении вреда лицам, страдающим психическими расстройствами», титул V bis «О сожительстве» и титул XXI «Об уведомлениях»<sup>12</sup>.

Французская версия Гражданского кодекса до 2006 г. также состояла из 20 первоначальных титулов Кодекса Наполеона, но она была дополнена ещё 3 титулами: титул IV bis «Об ответственности за вред, вызванный недоброкачественным продуктом», титул VIII bis «О договоре подряда на капитальное строительство» и титул IX bis «О соглашениях об осуществлении общих прав», которые были включены в

---

<sup>10</sup> Alexandra Braun, *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy*; Oxford Legal Studies Research Paper No. 51/2012, P. 461.

<sup>11</sup> Пучинский В.К. *Принципы буржуазного гражданского процессуального права: учебное пособие*. М., 1989.

<sup>12</sup> Там же. С. 463.

Кодекс в 1998, 1978 и 1976 гг. соответственно. После реформы 2006 г. Французский гражданский кодекс преобразился, а нормы, регулирующие обеспечение, были перенесены в Четвёртую книгу.

В остальных титулах по своему содержанию французский и бельгийский Гражданские кодексы по-прежнему схожи с положениями, закреплёнными изначально в кодексе Наполеона. К наиболее важным последним изменениям в Гражданском кодексе Бельгии можно отнести введение новых положений в титул V, которые регулируют имущественные отношения между супругами. В 1951, 1969 и 1991 гг. также были приняты специальные законы о сельскохозяйственной и коммерческой аренде, привилегиях и ипотеках для модернизации Гражданского кодекса, однако они не были включены в него и существуют отдельно от него.

Подводя итоги, можно сделать вывод о том, что ещё до момента принятия Гражданского кодекса Франции в 1804 г. уже существовали предпосылки для расширения его влияния на право Бельгии, в частности, благодаря тому, что на тот момент французское право, хотя и не было лишено недостатков, всё-таки было более развитым, чем у многих государств того времени<sup>13</sup>. Таким образом, в связи с захватом территории Бельгии Францией, их территориальной близостью, а также благодаря французским учёным и правоведам, французское право послужило образцом для становления и развития бельгийского права.

Влияние наполеоновского Кодекса уменьшилось на рубеже веков, когда были разработаны и вступили в силу Германское Гражданское Уложение<sup>14</sup> и Швейцарский Граждан-

---

<sup>13</sup> Bernard Schwartz, *The Code Napoleon and the Common-law World: The Sesquicentennial Lectures Delivered at the Law Center of New York University, December 13-15, 1954*. The Lawbook Exchange, Ltd., 1998, P. 94.

<sup>14</sup> Arvind, T. T. and Lindsay Stirton, *Explaining the Reception of the Code Napoleon in Germany: A Fuzzy-Set Qualitative Comparative Analysis*. *Legal Studies*, Vol. 30, No. 1, 2010, p. 5.

ский кодекс. Однако, спустя две сотни лет после его обнародования, воздействие Кодекса Наполеона все еще продолжает ощущаться на территории множества стран во всем мире в том или ином виде. Начиная со времён Юстиниана, Французский гражданский кодекс считается первой успешной универсальной кодификацией, которая впоследствии повлияла на системы гражданского права современных континентальных европейских стран. Во многих аспектах Кодекс Наполеона – самое устойчивое наследие Французской революции.

## **ЗАЩИТА РЕПУТАЦИИ ГОСУДАРСТВА ОТ ДИФФАМАЦИИ ВО ФРАНЦИИ И В РОССИИ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)**

**Тельнов Алексей Владимирович**

Соискатель кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
Тел.: + 7 (903) 227-38-69; at82@mail.ru

*Предметом настоящего исследования* являются нормы законодательства Франции и России, касающиеся защиты репутации государства от диффамации.

*Объектом исследования* являются общественные отношения, связанные с нарушениями прав государства, как субъекта гражданско-правовых отношений, возникающими в результате диффамации – распространения в отношении него несоответствующих действительности порочащих сведений.

*Методологическую основу исследования* составляют теоретический, диалектический, сравнительно-правовой, анализа и синтеза и другие методы.

*Научная новизна исследования* состоит в том, что на базе имеющихся знаний в области науки гражданского права, а также сравнительно-правового анализа положений действующего законодательства Франции и России обосновано введение в российское гражданское законодательство таких правовых категорий, как «репутация государства», «диффамация», а также способов защиты репутации государства и лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом.

Резкие изменения политического и экономического характера, произошедшие в мире за последние несколько лет, в частности, касающиеся взаимоотношений России со странами Европы и Северной Америки (прежде всего стран НАТО), повлекли за собой значительное увеличение случаев распространения в средствах массовой информации несоответствующих действительности порочащих сведений (диффамации) в отношении Российского государства, что негативно влияет на репутацию России во всех сферах общественных отноше-



ний<sup>1</sup>. Широкомасштабное распространение несоответствующих действительности, порочащих репутацию России сведений в мире, приобрело характер «информационной войны», направленной против России в целом.

При этом действующее российское гражданское законодательство не позволяет обеспечить эффективную, действенную защиту репутации России от диффамации. К сожалению, только из общего смысла норм Гражданского кодекса РФ, а также Закона РФ от 27.12.1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» можно сделать вывод о том, что государство обладает правом на защиту своей репутации от диффамации. В действующем гражданском, уголовном, административном и процессуальном законодательстве России в настоящее время отсутствует развернутая, комплексная система норм права, которая бы обеспечивала необходимую защиту репутации России, как государства, от диффамации.

В настоящее время, когда в мире идут стремительные процессы глобализации и интеграции во всех сферах жизнедеятельности, в том числе, в правовой сфере, представляется интересным обратиться к зарубежному опыту правового регулирования общественных отношений, связанных с защитой репутации государства от распространения несоответствующих действительности порочащих сведений (диффа-

---

<sup>1</sup> К таким ситуациям можно отнести, например, неоднократный выход в прокат на немецком телеканале ARD фильмов, посвященных бездоказательным обвинениям России, как государства, в использовании государственных допинговых программ в отношении спортсменов, содействии применения допинга и укрывательстве правонарушений и правонарушителей в сфере спорта; а также публикации в прессе материалов касающихся нападения России на Грузию, бомбардировок мирных жителей Южной Осетии в 2008 году и причастности России к крушению на территории Украины самолета Малайзийских авиалиний Boeing 777 в 2014 году; позиции России в отношении проведения Украиной антитеррористической операции (АТО) на территории Донецкой и Луганской народных республик.

мации), чтобы использовать его при создании новых норм российского гражданского законодательства в этой сфере.

Наиболее интересен и актуален для нашей страны, по мнению автора настоящей статьи, опыт Франции – страны, отличающейся богатыми правовыми традициями, которые оказали существенное влияние на формирование и развитие правовой системы России и были использованы при разработке действующей Конституции Российской Федерации, а также проекта Гражданского кодекса Российской Федерации. Об этом свидетельствует, например, закрепление в законодательстве РФ таких принципов российского гражданского права, как неприкосновенность собственности, свобода договора и др.<sup>2</sup>.

Выбор для исследования законодательства Франции также связан с высоким уровнем правового регулирования защиты репутации государства от диффамации в этой стране. В Законе Франции «О свободе печати» от 29.07.1881 г. имеется множество положений, которые обеспечивают надлежащую защиту репутации государства от диффамации. В этой связи, исследование французского законодательства в сфере защиты репутации государства от диффамации позволяет, используя сравнительно-правовой метод научного исследования, учесть положительный опыт правового регулирования общественных отношений, связанных с защитой репутации государства от диффамации, накопленный во Франции, и применить его к регулированию данных общественных отношений в России, что особенно важно и необычайно актуально для повышения уровня правовой защиты репутации Российского государства.

Как полагал М. Ансель, «изучение зарубежного опыта открывает перед юристом новые горизонты, позволяет ему

---

<sup>2</sup> Подробнее см.: Алексеев С.С. Гражданский кодекс Франции и перспективы развития частного права в России. Екатеринбург: Полиграфист, 2000, С. 14–15, 17.

лучше узнать право своей страны, ибо специфические черты этого права особенно отчетливо выявляются в сравнении с другими системами. Сравнение способно вооружить юриста идеями и аргументами, которые нельзя получить даже при очень хорошем знании только собственного права»<sup>3</sup>.

Российское законодательство в области защиты репутации государства от диффамации обладает следующими недостатками. В гражданском законодательстве России (п. 1 ст. 150 ГК РФ) отсутствует понятие «репутация», как отдельный вид нематериальных благ, а имеющиеся иные смежные категории, такие, как «честь», «достоинство» и «деловая репутация», не могут быть в полной мере использованы в отношении такого субъекта права, как государство<sup>4</sup>. Лишь в правовой доктрине имеются работы, в которых исследуется категория «репутация», в том числе, применительно к такому публично-правовому образованию, как государство<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. М., 1991, С. 38.

<sup>4</sup> Подробнее см.: Тельнов А.В. Репутация государства как объект защиты от диффамации // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сборник статей Международной научно-практической конференции памяти доктора юридических наук, профессора В.К. Пучинского. Москва, РУДН, 14 октября 2016 г. М.: РУДН, 2016. С. 175–183; Тельнов А.В. Право государства как субъекта гражданского права на защиту от диффамации // Право и политика. 2015. № 5. С. 697–703 (DOI: 10.7256/1811-9018.2015.5.14913); Тельнов А.В. Репутация государства как гражданско-правовая категория: понятие и значение // Право и политика. 2016. № 6. С. 700–708, (DOI: 10.7256/1811-9018.2016.6.18497); Тельнов А.В. Защита репутации государства от распространения несоответствующих действительности, порочащих сведений (DOI: 10.7256/1811-9018.2016.8.19966).

<sup>5</sup> См. например: Власов А.А. Проблемы судебной защиты чести, достоинства и деловой репутации: дис. ... д.ю.н., М., 2000. С. 36; Малеина М.Н. Право государства (публичного образования) на репутацию // Государство и право, 2013. № 5. С. 76; Сергеев А.П. Право на защиту репутации. Л., 1989. С. 7 и др.

Преимуществом российского гражданского законодательства перед французским в исследуемой области является закрепленная возможность российского государства быть субъектом-обладателем личных неимущественных прав (п. 1 ст. 125 ГК РФ вместе с положениями п. 11 ст. 152 ГК РФ), что означает возможность государства обладать правом на различные нематериальные блага, например такие, как право на существование, право на автономию, право на выбор обозначения и др.<sup>6</sup> Сюда также можно отнести и право государства на защиту его репутации от диффамации. Во Французском гражданском кодексе про такую возможность ничего не говорится. Данный нормативно-правовой акт лишь в некоторых статьях упоминает государство в качестве субъекта гражданско-правовых отношений, приравнивая его к юридическим лицам частного права (например, ст. 1712 и ст. 2227 Французского гражданского кодекса)<sup>7</sup>, несмотря на то, что оно относится к подвиду юридических лиц публичного права. Как правильно отмечает В.М. Темерин, «Совершая действия публично-правового характера, эта категория лиц руководствуется нормами публичного права – государственного, административного, финансового и т.п. В то же время, выступая в качестве участников гражданского оборота, они подчиняются правовому режиму юридических лиц частного права, то есть на них в общем порядке распространяется действие норм гражданского и торгового права»<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Данные права публично-правовых образований, к которым относится и государство, например, исследует Толстой В.С. в своей монографии «Личные неимущественные правоотношения» // «Издательство академии повышения квалификации и профессиональной переподготовки работников образования», 2009.

<sup>7</sup> Французский гражданский кодекс / науч. ред. и предисл. канд. юрид. наук Д.Г. Лаврова, пер. с фр. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковой. СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 745–747.

<sup>8</sup> Гражданское и семейное право развивающихся стран: учеб. пособие / под ред. В.К. Пучинского, В.В. Безбаха. М.: Изд-во УДН, 1989. С. 67–68.

В то же время, несомненным достоинством французского гражданского законодательства, как уже говорил автор настоящей статьи, является наличие специальных норм права, которые в определенной мере обеспечивают защиту от диффамации репутации любых лиц, в том числе государства. Они закреплены в Законе Франции «О свободе печати» от 29.07.1881 г. (далее по тексту – «Закон Франции»), который не теряет своей актуальности и по сей день. В ст. 29 Закона Франции даны достаточно полные определения понятиям «диффамация» и «оскорбление». Согласно этой статье – «Обвинение в фактах и действиях, порочащих честь или наносящих ущерб репутации лица или группы лиц, которым они приписываются, является диффамацией. Прямая публикация такого утверждения или обвинения либо их воспроизведение наказывается, даже если они сделаны в предположительной форме или не называют конкретных лиц либо группы лиц, идентификация которых, однако, возможно по приведенным данным»<sup>9</sup>. В свою очередь, оскорблением является «всякое оскорбительное выражение, применение уничижительных или ругательных слов, которые не содержат обвинения в каком-либо действии». Безусловно, эти положения норм права можно использовать как в Гражданском кодексе Российской Федерации, так и в Законе Российской Федерации от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации», для того, чтобы определить данные явления и дать им характеристику как противоправным деяниям. В указанном определении понятия «диффамация» необходимо дополнительно указать, что речь может идти только о тех распространенных фактах и действиях, которые не соответствуют действительности.

---

<sup>9</sup> Здесь и далее Закон Франции «О свободе печати» от 29.07.1881 г. приводится в редакции, изложенной по материалам, содержащимся в сети Интернет по адресу: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722>

Далее, в ст. 27 Закона Франции указано, что «Недобросовестные публикации, распространение или воспроизведение любым путем ложных, сфабрикованных и фальсифицированных сообщений, равно как и сообщений, ложно приписываемых третьим лицам, вызывающие возмущение общественного спокойствия либо могущие иметь такой результат, если они могли подорвать дисциплину или моральный дух армии или воспрепятствовать военным усилиям нации, наказываются штрафом в размере 135 000 евро».

А в ст. 30–31 Закона Франции закреплена ответственность за диффамацию, совершенную с помощью речей, выкриков или угроз, а также сочинений, печатных произведений, вынесенных на продажу или обозрение в общественных местах или местах скопления народа, либо плакатами и афишами, выставленными на виду у публики, по отношению к судам судебной системы, армии, флоту, органам государственной власти и управления, их отдельным представителям, Президенту Франции, депутатам палат французского Парламента, министру (министрам), гражданам, состоящим на общественной службе или имеющим публичные полномочия. Такая ответственность состоит в наложении штрафа в размере 45 000 евро.

Как видно из приведенных норм, в случае, если будет допущены какие-либо правонарушения в виде выхода в свет несоответствующих действительности печатных материалов или в виде специально сделанных порочащих заявлений в отношении судов судебной системы, армии, флота, органов государственной власти и управления, их представителей, Президента Франции, депутатов палат французского Парламента, министров различных министерств, граждан, состоящих на общественной службе или имеющих публичные полномочия, то эти правонарушения влекут за собой не только унижение чести и достоинства этих субъектов, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным ста-

тусом, но и, как следствие, могут нанести ущерб репутации Франции в целом<sup>10</sup>.

Особый интерес вызывает ст. 37 Закона Франции, где предусмотрена ответственность за правонарушения в виде публичных оскорблений и диффамации в отношении послов и полномочных министров иностранных государств, а также дипломатических представителей иностранных государств, в виде штрафа в размере 45 000 евро. Наличие указанной нормы права подтверждает соблюдение баланса прав и интересов всех лиц (резидентов и нерезидентов Франции).

Анализ рассмотренных положений Закона Франции подтверждает, что приведенные в данном нормативно-правовом акте нормы с внушительными денежными штрафами положительным образом обеспечивают защиту от диффамации репутации не только лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, но и Французского государства уже в течение 136 лет. Можно увидеть, что в Законе Франции нет прямых норм права по защите Франции, как государства, от диффамации. Но диффамация в отношении специальных субъектов – лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, которые перечислены в Законе Франции, безусловно, наносит ущерб репутации Французского государства в целом. Поэтому защита репутации лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, от диффамации в определенной степени обеспечивает защиту и репутации государства от диффамации.

По сравнению с французским гражданским законодательством Гражданский кодекс Российской Федерации и Закон Российской Федерации от 27.12.1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации», не обеспечивают надлежащего уровня защиты репутации от диффамации, не

---

<sup>10</sup> Пучинский В.К. Участники буржуазного гражданского процесса (Англия, США, Франция): учебное пособие . М., 1991.

только лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, но и государства, что говорит об определенном несовершенстве российского гражданского законодательства в этой части.

Особо следует отметить, что ст. 4 Закона Российской Федерации от 27.12.1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» (недопустимость злоупотребления свободой массовой информацией) не содержит положений, которые бы запрещали средствам массовой информации без проверки на соответствие действительности распространять сведения, обвинения о фактах и действиях, которые могут порочить честь, достоинство и деловую репутацию, или наносить ущерб репутации лицу или группе лиц. Отсутствие у средств массовой информации обязанности по предварительной проверке сведений, подлежащих публикации, на соответствие их действительности, отсутствие норм права с жесткими санкциями к лицам, допускающими диффамацию, при наличии у граждан и организаций лишь одного права требования от редакции опровержения не соответствующих действительности и порочащих их честь и достоинство сведений, которые были распространены в данном средстве массовой информации (ст. 43 Закона Российской Федерации от 27.12.1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»), не обеспечивает соблюдения баланса интересов и прав лиц в указанных общественных отношениях, как это, например, гармонично обеспечивается указанным Законом Франции.

Проведенное в настоящей статье правовое исследование показало, что французское законодательство в части регулирования защиты от диффамации репутации государства и иных лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, более гармонично по сравнению с российским. В то время, когда современная действительность бросает российскому государству все новые диффамационные вызовы, законодательство нашей страны должно соответствовать имеющимся реалиям, максимально



учитывать сложившуюся политическую обстановку, и грамотно, своевременно реагировать на случаи умаления репутации государства, а также в отношении лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, в том числе таких, как Президент Российской Федерации и др.<sup>11</sup>

В этой части рационально, чтобы российский законодатель разумно с учетом реалий современных общественных отношений имплементировал в российское законодательство соответствующие положения норм права из названного Закона Франции. А именно, прежде всего, закрепил в нормах права новый вид нематериальных благ – «репутация», установил запрет на диффамацию и ввел конкретную ответственность (гражданскую, административную, уголовную) за случаи распространения в средствах массовой информации диффамационных материалов и сведений, унижающих честь, достоинство и деловую репутацию лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, а также наносящих ущерб репутации Российского государства, как внутри страны, так и за ее пределами. Эта ответственность должна быть максимально жесткой и адекватной, гарантированно обеспечивающей понимание у всех субъектов общества недопустимость совершения диффамации, в том числе в отношении России и лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом.

Отсутствие в российском законодательстве надлежащего правового регулирования общественных отношений, связанных с защитой репутации государства от диффамации и иных лиц, обладающих государственно-властными полномочиями и публичным статусом, отсутствие должного и своевременного реагирования на случаи появления диффамаци-

---

<sup>11</sup> Право Европейского Союза: Правовое регулирование торгового оборота / под ред. В.В. Безбаха, А.Я. Капустина, В.К. Пучинского. М.: Зерцало, 1999.

онных материалов может привести к непоправимому дальнейшему снижению уровня репутации России в мире во всех сферах общественных отношений, может привести к дальнейшей изоляции России, что, как следствие, негативно повлияет на экономическое состояние страны и ее граждан.

## ЗАКОННЫЙ РЕЖИМ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ СУПРУГОВ В КНР

Ху Найсинь

аспирантка 1 года обучения кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
hunaixinfo@gmail.com

В данной статье рассматривается законный режим имущественных отношений супругов, проблемы и перспективы их закрепления в законодательстве о законном режиме имущества супругов в КНР. В данной статье был сделан правовой анализ особенностей регулирования законного режима имущества супругов в Китае.

*Ключевые слова:* закон КНР «О браке»; законный режим имущества супругов; Разъяснения Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке».

В соответствии с законом КНР «О браке» в Китае существуют законный режим имущества супругов и договорный режим и они сочетаются друг с другом. Новый закон КНР «О браке» чётко определяет, что договорный режим имущества супругов имеет преимущественную силу перед законным режимом, а законный режим находится в дополнительном статусе, он действует только тогда, когда брачным договором не предусмотрено иное или возникают спорные ситуации. Если между супругами не заключен брачный договор, к их имущественным отношениям применимы положения Закона КНР «О браке» и Разъяснения Верховного народного суда, которые регулируют имущественные отношения супругов<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> 《中华人民共和国婚姻法（2001）》. URL: <http://www.64365.com/fagui/article-640320.aspx>

Заключение брачного договора уже давно популярно в зарубежных странах, но в Китае это мало распространено, в силу национальных традиций и представлений о браке. Большинство браков заключено без брачного договора, поэтому законный режим имущества играет более важную роль, чем договорный режим<sup>2</sup>. В связи с этим в Китае законодательство уделяет большое внимание улучшению режима имущества супругов посредством совершенствования законодательства. После того, как закон КНР «О браке» был принят 10 сентября 1980 года, до 2001 года действовал старый закон «О браке», в него много раз вносились изменения. Имущественные отношения супругов регулируют ст. 17–19 Нового закона «О браке» 2001 года, а его подробное содержание определяется в трёх Разъяснениях Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке», которые приняты соответственно в 2001 г., 2003 г., 2011 г., также в некоторых других специальных законах и дополнительных толкованиях. Они возникли в следствии возникновения новых спорных ситуаций.

Понятие законного режима имущества супругов даётся в ст. 17, 18 закона КНР «О браке». Законный режим имущества супругов – это режим совместной собственности супругов. Согласно ст. 17 закона КНР «О браке» имущество, нажитое супругами во время брака, является их общей совместной собственностью, то есть право собственности супругов на общее имущество, которое нажили во время брака, является бездолевым<sup>3</sup>.

Согласно ст. 17 названного закона и в нескольких статьях Разъяснения Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке»: к имуще-

---

<sup>2</sup> 夏吟兰. 《婚姻家庭法学》. 2007. № 8. С. 32–36.

<sup>3</sup> 《中华人民共和国婚姻法 (2001) 》. URL: <http://www.64365.com/fagui/article-640320.aspx>

ству, которое супруги нажили во время брака (общему имуществу супругов), относятся:

Во-первых, заработная плата, премии. Заработная плата это денежные средства и имущество, выплачиваемые в качестве вознаграждения работникам за их труд, а премии это средства и имущество, в качестве поощрения и похвалы. В сущности, то средства, полученные за трудовую деятельность, являются вознаграждением за труд, оплачиваемым работодателем. Значит, после расторжения брака муж или жена всё полученное вознаграждение за трудовую деятельность, будет являться общим имуществом. В реальной жизни такие трудовые вознаграждения могут существовать в разных формах, например, деньги полученные в виде подарка, как компенсации расходов на рабочую одежду и связь, питание и др. Нужно обратить внимание, что «Премия за работу» относится к трудовому доходу, а «Поощрительная премия» не относится<sup>4</sup>. Относится ли «Поощрительная премия» к общему имуществу супругов, в законе чётко не определено, на этот счёт в судебной практике не существуют однозначного мнения<sup>5</sup>.

Во-вторых, доходы от производственной и предпринимательской деятельности, это все полученные доходы мужа и жены после заключения брака за производственную и хозяйственную деятельность по правилам закона «о компаниях», закона «о предприятиях» и т.д. По характеру производственные доходы регулируются также как и трудовые доходы, разница только в том, что производственные доходы обычно касаются сельского населения. Характер доходов от

---

<sup>4</sup> 最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法（2001）》若干问题的解释（二）. URL: [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=81887](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=81887)

<sup>5</sup> 《中华人民共和国婚姻法（2001）》 URL: <http://www.64365.com/fagui/article-640320.aspx>

предпринимательской деятельности немного сложнее, он включает трудовой доход (для них труд – значит заниматься хозяйственной предпринимательской деятельностью), и доход от капиталовложений<sup>6</sup>.

В-третьих, доходы от прав интеллектуальной собственности. Доходы, полученные каждым из супругов от результатов интеллектуальной деятельности, которые получили во время брака, также относятся к общему имуществу супругов. Интеллектуальная собственность означает закреплённое законом временное исключительное право, здесь под доходами от прав интеллектуальной собственности мы имеем в виду доходы полученные как результат интеллектуальной деятельности. Согласно ст. 12 Разъяснении Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке (№ 2)» данный доход определяется как доход, который в течение действия брака был фактически получен, либо который точно будет получен в будущем. Во время брака все доходы полученные от авторских и смежных прав, патентов, товарного знака, принадлежит к общему имуществу супругов, независимо от того, является ли это право мужа или жены<sup>7</sup>.

В-четвёртых, имущество, приобретённое по договору дарения, в порядке наследования или по иным безвозмездным сделкам, за исключением предусмотренного под п. 3 ст. 18 настоящего Закона, тоже является их совместной собственностью, в отличие от РФ.<sup>8</sup>

Приведенный перечень совместного имущества супругов не носит исчерпывающий характер, он может быть расширен любым иным имуществом, которое должно быть от-

---

<sup>6</sup> 夏吟兰. 《婚姻家庭法学》. 2007. № 8. С. 32–36.

<sup>7</sup> 《中华人民共和国继承法》). URL: [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=3158](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=3158)

<sup>8</sup> Русакова.Е.П. История возникновения арбитража в Китае // Правозащитник. 2016. № 4. С. 4–4. URL: <http://pravozashitnik.net/ru/2016/4/4>.

несено к совместной собственности супругов. Однако, он даёт представление о примерном составе совместного имущества супругов и помогает разрешать возникший между супругами спор по вопросу раздела общего имущества супругов, а также помогает в определении долей супругов<sup>9</sup>. В совместной собственности супругов, как следует из закона КНР, может находиться любое нажитое ими в течение брака движимое и недвижимое имущество, также это могут быть ценные бумаги, вклады, доли в капитале, внесенном в кредитные учреждения или в иные коммерческие организации и т.д.

Например, в Разъяснении Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке (№ 2)» ещё дополнительно устанавливается, что к общему имуществу, нажитому супругами во время брака, ещё относятся полученные ими пенсии, выплаты пенсионного страхования, компенсация расходов на жилье, жилищное пособие, и другие подобные выплаты.

В вышеуказанном Разъяснении особо определено, что жильё, которое раньше арендовалось одним из супругов, а потом после заключения брака было куплено на общие деньги, даже если только один был записан собственником, также считается совместно нажитым имуществом<sup>10</sup>.

И муж, и жена имеют равные права по распоряжению имуществом, находящимся в их собственности.

Но, не всё имущество, нажитое супругами во время брака, является общей совместной собственностью. В законе КНР «О браке» ещё определены некоторые виды имущества, которые не относятся к совместной собственности, а являются личным имуществом каждого из супругов. Согласно ст. 18

---

<sup>9</sup> Русакова Е.П. Особенности процедуры посредничества в Китае // Правозащитник. 2016. № 2. URL: <http://pravozashitnik.net/ru/2016/2/4>.

<sup>10</sup> 最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法（2001）》

若干问题的解释（一）. URL: <http://china.findlaw.cn/info/hy/hunyinfagui/hunyinfalv/416232.html>

закона КНР «О браке», к имуществу супругов, не входящему в состав совместной собственности, относится:

(1) имущество, которое находилось в собственности одного из супругов до заключения брака. Формы личного имущества до брака могут быть разнообразными.

(2) выплаты на медицинское лечение, пособия по инвалидности, полученные одним из супругов после получения травмы или иного ущерба здоровью. Это суммы, либо выплаченные в результате возмещения вреда здоровью, либо материальная помощь людям с ограниченными возможностями.

(3) имущество, приобретенное по договору дарения или в порядке наследования, когда в завещании или договоре дарения было чётко прописано, что принимаемое в дар имущество отходит только к одной стороне. Это дополнительное положение, которое говорит о том, что в виде исключения имущества, приобретенное по договору дарения, в порядке наследования или по иным безвозмездным сделкам. Если имущество, которое относится к личной собственности каждого из супругов, получено по завещанию или по договору дарения, то в договоре или завещании обязательно должно быть чётко прописано кому принадлежит имущество – только мужу или жене. Данное положение является воплощением принципа автономии воли в гражданском праве<sup>11</sup>.

(4) специальные предметы быта, которые принадлежат одному супругу. Этими вещами каждый из супругов обычно индивидуально пользуется, например одежда, обувь, средства личной гигиены и другие. Или оборудование, необходимое людям с ограниченными возможностями, например, как костыли, инвалидные коляски, автомобили, слуховые аппараты и другие средства жизнеобеспечения и т.д. В общем, специальные предметы повседневного использования супруга, которые для другой стороны почти никакого значения не

---

<sup>11</sup> Антокольская М.А // Семейное право: учебник. М., 2010.



имеет, закон предусматривает, что такие специальные предметы быта являются личным имуществом каждого из супругов<sup>12</sup>.

Нужно обратить внимание, еще на одно отличие законодательства России, по Закону КНР к вещам индивидуального пользования как драгоценности, так и другие предметы роскоши, приобретенные в период брака, не смотря на то, что приобретены они были из общих средств супругов.

(5) иное имущество, которое должно быть отнесено к имуществу одного из супругов<sup>13</sup>.

В Китае в последние годы, особенно после того, как были приняты в 2011 г Разъяснения Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке (№ 3)», в котором вопрос о принадлежности недвижимого имущества до сих пор является предметом споров в обществе. Кроме законов о недвижимом имуществе, которые были описаны ранее, в Разъяснении Верховного народного суда КНР «О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке (№ 3)» ещё определяют многие другие правила, где устанавливается порядок раздела жилья между супругами<sup>14</sup>.

Кроме этого, вопросы касающиеся общих долгов супругов, свадебных подарков, способов раздела имущества после развода, компенсаций за ведение домашнего хозяйства, также являются актуальными вопросами в процессе совершен-

---

<sup>12</sup> Азаревич Д. Семейные имущественные отношения по русскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. М., 1883. Кн. IV.

<sup>13</sup>最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法（2001）》若干问题的解释（二）. URL: [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=81887](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=81887)

<sup>14</sup>最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法（2001）》若干问题的解释（三）. URL: <http://www.lawtime.cn/info/hunyun/hunyunfagui/20110813143541.html>

ствования режима имущества супругов в законодательстве о браке КНР<sup>15</sup>.

Закон о браке является основным законом, регулирующим семейные отношения, а семейные отношения, в свою очередь, являются основой гражданского права. Поэтому законы, касающиеся законного режима имущества супругов не только имеют отношение к развитию понятия и укреплению семейных отношений, но и касаются многих социальных вопросов, например, равенства полов, защиты прав женщин и др.<sup>16</sup> Таким образом в законодательстве КНР с течением времени вносятся различные изменения, для того, чтобы решить проблемы, появляющиеся в связи с постоянным развитием общества. С другой стороны, благодаря внесению изменений в существующее законодательство, правительству удаётся направлять и формировать современные представления о браке.

---

<sup>15</sup> Русакова Е.П. Рассмотрение гражданских споров арбитражами в РФ // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах: сборник Международной научно-практической конференции. 22 января 2016 г. М.: РУДН, 2016. С. 35–39.

<sup>16</sup> 马荟. 《当代中国婚姻法与婚姻家庭研究》. 2013. № 3. С. 61–63.

## УНИФИКАЦИЯ ЗАКОНА КНР «О ДОГОВОРАХ» И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ

**Чжан Лянвэй**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,  
zhangliangwei@mail.ru

В данной статье рассматривается разработка и принятие единого закона «о договорах» в КНР, значение и перспектива их закрепления в законодательстве КНР. В данной статье был сделан правовой анализ особенности структуры.

*Ключевые слова:* гражданское законодательство; закон КНР «О договорах»; унификация; структурный анализ; значение.

С 1981 года в Китае были приняты Закон «О хозяйственных контрактах» (1981 г.), Закон «О внешнеэкономических контрактах» (1985 г.) и Закон «О технических контрактах» (1987 г.). Впоследствии в связи с расширением политики реформ и открытости, стремительным развитием товарооборота, сфера регулирования и некоторые положения вышеуказанных договоров перестали отвечать потребностям социалистической рыночной экономики, происходил процесс установления единого договорного права.

В мае 1997 г. на очередном из заседаний Всенародного Совета народных представителей КНР была созвана группа экспертов-юристов, которые занимались разработкой консолидированного акта по договорному праву. В августе 1998 года на 4-м пленуме Девятого созыва на рассмотрение Постоянным комитетом ВСНП был представлен проект «Договорного права». Для выявления общественного мнения данный проект был опубликован, всего было получено более

160 отзывов о проекте<sup>1</sup>. Юридическим финансово-экономическим и законодательным комитетами ВСНП были организованы совещания для обсуждения проекта, учета мнения профессионалов. По итогам совещаний членами законодательного комитета ВСНП были внесены изменения и дополнения в текст проекта. В течение нескольких созывов пленума ВСНП рассматривал, итоговый вариант проекта «Договорного права» был представлен на 2-й Пленум 9-го созыва ВСНП.

15 марта 1999 года на 2-м пленуме девятого созыва Всекитайского собрания народных представителей был рассмотрен и принят Закон КНР «О договорах», который состоял из трех разделов: общие положения, частные положения, дополнительные положения. Структурно он подразделялся на 23 главы и 428 статей. 1 октября 1999 года Закон вступил в силу, одновременно отменив следующие законы: «О хозяйственных контрактах», «О внешнеэкономических контрактах» и «О технических контрактах». <sup>2</sup>

Закон КНР «О договорах» имел следующую структуру: общие положения, заключение договора, действительность договора, исполнение договора, изменение договора и передача прав, прекращение договорных прав и обязательств, ответственность за нарушение договора, прочие положения, договор купли-продажи, договор снабжения электроэнергией, водой, газом, тепловой энергией, договор дарения, кредитный договор, договор аренды, финансовая аренда, договор подряда, договор строительного подряда, договор перевозки, технический договор, договор хранения, договор

---

<sup>1</sup> Объяснение «закона КНР «О договорах (проект)». URL: [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content\\_5007082.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5007082.htm) (на кит. яз.)

<sup>2</sup> «Закон КНР О договорах». URL: [http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content\\_4732.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4732.htm) (на кит. яз.)

складского хранения, договор поручения, договор комиссии и договор о посредничестве<sup>3</sup>.

Закон КНР «О договорах» содержит следующие основные положения:

1) Сфера регулирования: договоры между равными субъектами, физическими, юридическими лицами, иными организациями об установлении, изменении, прекращении гражданских прав и обязанностей. Одновременно, включает положения, регулирующие купля-продажу, аренду, заем и другие договорные отношения между физическими лицами. Закон не распространяет действие на такие правоотношения как брак или опекунов.

2) Основные принципы: включают равноправие, диспозитивность, справедливость, доверие и честность.

3) Заключение договора. (1) Стороны, заключающие договор, должны обладать гражданскими правами, обладать дееспособностью и правоспособностью. (2) Заключающие договор стороны могут заключать договор в письменной, устной и других формах. (3) Стороны могут заключить договор в соответствии с моделью той или иной разновидности договора, содержащейся в настоящем Законе. (4) Заключающие договор стороны избирают способы оферты и акцепта, так и Если одна из сторон в процессе заключения договора причиняет убытки другой стороне, она обязана нести ответственность по их возмещению при одном из следующих условий: если переговоры о заключении договора займа ведутся с недобросовестными намерениями; если умышленно скрываются важные факты, связанные с заключением договора, либо предоставляется ложная информация; если имеют место иные действия, нарушающие принцип добросовестности и доверия.

---

<sup>3</sup> Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография / В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева (и др.). М.: РУДН, 2015. – 345 с. ISBN 978-5-209-06946-1

4) Исполнение договора. Стороны обязаны исполнять свои обязательства в соответствии с условиями договора и в полном объеме, самовольное изменение или расторжение договора не допускается. Стороны должны руководствоваться принципом добросовестности и доверия, в соответствии с характером договора, его целью и обычаями торгового оборота нести обязанности по взаимному информированию, оказывать взаимопомощь, хранить тайну и т.д.

5) Ответственность за нарушение договора. (1) В случае неисполнения договорных обязательств одной из сторон или исполнения их не в соответствии с условиями договора эта сторона обязана продолжить исполнение; на нее также возлагается ответственность за нарушение договора в форме восстановления положения, возмещения убытков и т.д. (2) Если стороны условились как о неустойке, так и о задатке, то при нарушении договора одной из сторон другая может по своему выбору применить условие о неустойке или задатке. (3) Размер возмещения убытков должен соответствовать убыткам, возникающим в результате нарушения договора, включая выгоду, которая могла быть получена после исполнения договора. (4) В соответствии с Законом КНР «О гарантиях» стороны могут условиться об уплате одной из сторон другой стороне задатка в качестве обеспечения права требования. (5) В случае, если одна из сторон высказалась или своими действиями дала понять о невыполнении обязательств по договору, другая сторона до истечения срока обязательств может потребовать ответственности за неисполнение договора. В соответствии с положениями законов и административных актов торговые, промышленные и административные управленческие ведомства и другие соответствующие административные головные ведомства в рамках своей компетенции отвечают за контроль и решение вопросов, связанных с противозаконными действиями, наносящими ущерб государственным и общественным интересам путем использования договоров. Такие деяния, образующие

состав преступления, по закону преследуются уголовным законом.

б) Особенная часть Закона КНР «О договорах». Закон КНР «О договорах» сохранил и дополнил содержание таких договоров из «Закона о хозяйственных контрактах», «Закона о внешнеэкономических контрактах» и «О технических контрактах», как договор купли-продажи, энергоснабжения, водоснабжения, газоснабжения, теплоснабжения, кредитный договор, договор аренды, подряда, договор строительного подряда, перевозки, складского хранения, технический договор. Вместе с тем в него были включены следующие договоры: финансовая аренда (лизинг), договор дарения, поручения, комиссии, договор о посредничестве. Так и Закона КНР «О договорах» определяет, что «Если Особенная часть настоящего Закона либо прочие законы не содержат четких норм о договорах, применяются положения Общей части настоящего Закона; также по аналогии могут применяться положения Особенной части настоящего Закона либо наиболее схожие положения прочих законов» (ст. 124). Кроме этого, «Морское право», Закон «О страховании», «О поручительстве», «Об авторских правах» содержит нормы, регулирующие договор перевозки, страхования, лицензионный договор авторских прав. Если в этих законах отдельно содержатся положения в отношении договоров, применяются соответствующие положения данных законов, то есть действовать принцип «*lex specialis derogat generali*» – специальный закон вытесняет общий закон.

Разработка и принятие Закона Китайской Народной Республики «О договорах» играют важную роль в правовом регулировании рыночной экономики и защите прав интересов сторон, участвующих в договоре, обеспечивают важную правовую гарантию для развития и процветания рыночных сде-

лок<sup>4</sup>. С принятием закона «О договорах» прекратили действие законы «О хозяйственных контрактах», «О внешнеэкономических контрактах» и «О технических контрактах» с 1981 года, тем самым были устранены несогласованные, противоречивые положения вышеуказанных договоров, было достигнуто единство и систематический характер договорного права. В законе КНР «О договорах» заимствовал опыт договорного законодательства из континентального права и права англо-американской семьи, из международных конвенций<sup>5</sup>, тем самым, Закон КНР «О договорах» содержит более актуальные и тесные связи с китайской социальной реальностью. Одним словом, данным законом была выражена тенденция к улучшению договорного права, что свидетельствовало о вступлении китайского гражданского законодательства на новый этап развития.

---

<sup>4</sup> Сунь Чаосинь. Краткий анализ унификации закона КНР о договорах // Восточная корпоративная культура. 2012. № 1. С. 125 (на кит. яз.)

<sup>5</sup> Хань Шиюань. «Общие положения о международных коммерческих договорах» и развитие закона КНР «О договорах» // Юридическое обозрение в мире. 2015. № 6. С. 81. (на кит. яз.)



## **ОСОБЕННОСТИ УЧАСТИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ИСТЦОВ ПО ДЕЛАМ, РАССМАТРИВАЕМЫМ ДИСЦИПЛИНАРНОЙ КОЛЛЕГИЕЙ ВЕРХОВНОГО СУДА РФ**

**Чубакова Алина Андреевна**

Аспирантка кафедры гражданского процесса юридического факультета  
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова  
alina\_chubakova@list.ru

В настоящей статье проводится анализ норм Кодекса административного судопроизводства РФ, определяющих процессуальные особенности обращения в Дисциплинарную коллегия Верховного суда РФ и участия административных истцов в делах о дисциплинарной ответственности судей. На основе проведенного анализа формулируются предложения по совершенствованию действующего законодательства.

*Ключевые слова:* административное судопроизводство, административный истец, дисциплинарная ответственность судей, статус судей, административная правосубъектность.

В традиции отечественного права принято использовать терминологию, которая позволяет охарактеризовать его участников в соответствии с видом судопроизводства.

В Кодексе административного судопроизводства РФ стороны именуются «административный истец» и «административный ответчик», процессуальное средство защиты – «административный иск». Представляется, что подобная терминология не соответствует характеру правоотношений, возникающих при рассмотрении и разрешении административных споров.

Многие ученые-процессуалисты обращают внимание на то, что специфика административно-правовых отношений требует использования в качестве средства правовой защиты не иска, а жалобы. Так, Д.М. Чечот отмечает: «Характер материально-правового притязания, содержащегося в жалобе, отличается от характера гражданско-правового притязания,

входящего в содержание иска. Все это определенным образом влияет на существенные процессуальные особенности рассмотрения данной категории дел, что в конечном счете ведет к выделению дел, возникающих из административных правоотношений, в отдельный (отличный от искового) вид гражданского судопроизводства»<sup>1</sup>.

Истец и ответчик в гражданском процессе имеют противоположные материально-правовые интересы, спор о которых подлежит рассмотрению судом. Основной целью процесса при этом является разрешение спора о праве.

При рассмотрении дел, возникающих из публичных правоотношений (административных дел) цель судебного разбирательства заключается не в разрешении спора о праве, а в осуществлении судебного контроля за законностью действий государственных и муниципальных органов и их представителей. В связи с этим, подход выработанный ГПК РФ об обозначении сторон публичного производства в качестве заявителя и заинтересованного лица представляется наиболее удачным и соответствующим реальному содержанию статуса участников процесса.

Исковая терминология неразрывно связана со всеми институтами искового производства, и использование ее в тексте КАС РФ автоматически означает заимствование категорий и понятий, не свойственных для административного производства.

Таким образом, в рамках административного судопроизводства видится предпочтительнее использование термина «заявитель».

Возможность лица участвовать в административном процессе, быть стороной по делу связана с наличием у него правосубъектности.

---

<sup>1</sup> Чечот Д.М. Неисковые производства. М.: Юридическая литература, 1973. С. 5–6.

Для административного истца по делам, рассматриваемым Дисциплинарной коллегией, наличие правосубъектности в административном процессе законодатель связывает с наличием статуса судьи.

Статус судьи необходимо рассматривать с учетом всего спектра правовых состояний личности, наделяемой судебскими полномочиями. А именно: 1) судья – носитель судебной власти; 2) судья – лицо замещающее государственную должность; 3) судья – член судейского сообщества; 4) судья – гражданин РФ с ограниченными конституционными правами<sup>2</sup>.

Таким образом, судья как административный истец имеет особый статус. Он одновременно является и носителем власти, и членом судейского сообщества, против которого выступает в процессе.

Административными истцами по административным делам, рассматриваемым Дисциплинарной коллегией, могут быть:

Судьи, полномочия которых досрочно прекращены решением ВККС РФ или ККС субъекта РФ за совершение ими дисциплинарного проступка, либо судьи, в отношении которых принято решение ВККС о наложении дисциплинарного взыскания, либо судьи, оспаривающие результаты квалификационной аттестации;

Председатель Верховного суда РФ.

В соответствии с разъяснениями Пленума ВС РФ наряду с действующими судьями в отношении которых принято решение ВККС или ККС субъекта РФ, правом на обращение в Дисциплинарную коллегию ВС РФ обладают также и судьи, срок полномочий которых истек в связи с достижением ими предельного возраста пребывания в должности, продолжаю-

---

<sup>2</sup> См. подробнее: Ермошин Г.Т. Современные проблемы правового регулирования статуса судей в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 7. СПС КонсультантПлюс.

щие осуществлять свои полномочия до окончания рассмотрения дела по существу дела, начатого с его участием, либо до назначения нового судьи в данный суд<sup>3</sup>.

Между тем, судьи пребывающие в отставке, привлеченные к дисциплинарной ответственности за совершение дисциплинарного проступка или несоблюдение требований и ограничений в виде прекращения отставки, лишены возможности обжалования соответствующие решения ВККС РФ или ККС субъекта РФ в Дисциплинарную коллегия ВС РФ. При этом следует отметить, что последствия прекращения отставки судьи и досрочного прекращения полномочий судьи одинаковы.

Как указал Конституционный Суд РФ в определении от 15 февраля 2005 г. № 5 – О, конституционный статус судьи включает предоставление ему в будущем особого статуса судьи в отставке, из чего исходит и Закон о статусе судей, положения которого во взаимосвязи с нормами Конституции РФ и ФКЗ о судебной системе являются базовыми и, следовательно, исключают в ходе их последующей конкретизации и развития ограничение законодательных гарантий судей, пребывающих в отставке, а также снижение связанных с отставкой материальных гарантий по сравнению с изначально установленными законом. При этом федеральный закон определяет исчерпывающим образом основания прекращения полномочий, при наличии которых судья считается ушедшим в отставку, а приобретение (и сохранение) статуса судьи в отставке связывается лишь с этими установленными федеральным законом основаниями. Право же судьи в отставке на ежемесячное содержание как гарантия независимости действующих судей предоставляется всем судьям, чьи полномо-

---

<sup>3</sup> См., например: п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 2016 г. № 13 «О судебной практике применения законодательства, регулирующего вопросы дисциплинарной ответственности судей». URL: <http://www.vsrfl.ru>.

чия прекращены по основаниям, совместимым со статусом судьи, а правоприменители, разъясняя и применяя положения об отставке судьи, не вправе придавать им значение, расходящееся с их конституционно-правовым смыслом.

Предусмотренный для судей в отставке порядок обжалования решения о ее прекращении, отличный от предусмотренного для действующих судей при прекращении их полномочий, является нарушением Конституции РФ.

Интересным представляется вопрос о возможности подачи административного иска иными лицами, чьи права и законные интересы затрагиваются решением ККС. Такими лицами могут быть члены семьи судьи, полномочия которого досрочно прекращены.

В настоящий момент ст. 230 КАС РФ не наделяет таких лиц правом обращения в Дисциплинарную коллегия Верховного Суда РФ, что является упущением со стороны законодателя.

Одной из составляющих статуса судьи является его социальная защита, и в том числе членов его семьи.

Так, в случае гибели (смерти) судьи в связи с исполнением служебных обязанностей нетрудоспособным членам его семьи, находившимся на его иждивении, ежемесячно выплачивается возмещение в размере ежемесячного денежного вознаграждения судьи за вычетом доли, приходившейся на самого судью.

В случае гибели (смерти) судьи, в том числе пребывавшего в отставке, вследствие причин, не связанных с его служебной деятельностью, нетрудоспособным членам его семьи, находившимся на его иждивении, также ежемесячно выплачивается возмещение в установленных законом размере (ч. 4 ст. 20 Закона «О статусе судей в РФ»).

Досрочное прекращение полномочий судьи влечет за собой значительные негативные последствия для него и его семьи. Он лишается всех гарантий, связанных со статусом

судьи, включая материальное обеспечение и социальную защиту.

В связи с этим члены семьи судьи, перечисленные в ч. 4.2. ст. 20 Закона «О статусе судей в РФ» являются лицами, чьи права и законные интересы могут быть нарушены решением ККС о досрочном прекращении полномочий судьи. Предоставление им права обжалования таких решений в случае смерти самого судьи видится целесообразным, и вытекает из совокупности приведенных норм.

Весьма дискуссионным представляется вопрос о сроках, в течение которых судьи вправе обжаловать принятые в отношении них решения.

В соответствии со ст. 26 Закона об органах судейского сообщества, такой срок составляет 10 дней со дня получения копии соответствующего решения.

Отсутствие нормы о сроках обжалования в КАС РФ, а содержание ее в «непроцессуальном» нормативном акте, представляется существенным недостатком, и указывает на отсутствие системности в правовом регулировании производства по административным делам в Дисциплинарной коллегии.

Предусмотренный законом десятидневный срок, предоставленный участникам дисциплинарной процедуры для обжалования решения ККС, недостаточен для принятия решения о необходимости обжалования решения, ознакомления с материалами дела и формирования правовой позиции. Установленный срок не соответствует и повышенной важности таких общественных отношений.

В условиях таких сокращенных сроков, административный истец лишен возможности должным образом подготовить административное исковое заявление.

При этом стоит учитывать, что в большинстве случаев предшествующий процесс рассмотрения дела в ККС является формальностью, в рамках которого судья не всегда может в полной мере реализовать свои права: собрать необходимые

доказательства, ознакомится с материалами дела и т. д. Заседания по делам о прекращении полномочий судьи зачастую длятся не более 30 минут. Квалификационная коллегия судей также обладает правом рассмотреть вопрос в отсутствие лица, извещенного надлежащим образом о времени и месте заседания, если им не представлены сведения о причине неявки, такие причины признаны коллегией неуважительными либо лицо, участвующее в деле, просило рассмотреть в его отсутствие.

Вследствие этого, после вынесения ККС решения требуется дополнительное время, в том числе, на сбор доказательств в обоснование доводов административного искового заявления.

В целях обеспечения судьям, обращающимся в Дисциплинарную коллегия, эффективного права на судебную защиту представляется целесообразным увеличение срока на обжалование решений ККС.

В соответствии с ч. 2 ст. 230 КАС РФ Председатель Верховного Суда РФ также вправе обратиться в Дисциплинарную коллегия Верховного Суда РФ по вопросу о досрочном прекращении полномочий судьи за совершение дисциплинарного проступка.

Если судьи, в отношении которых принято решение квалификационной коллегии судей о привлечении к дисциплинарной ответственности, обращаются в Дисциплинарную коллегия с целью защиты своих личных прав и законных интересов, то Председатель Верховного Суда РФ использует такое право для защиты публичного интереса.

Право Председателя Верховного Суда РФ на обращение в Дисциплинарную коллегия вытекает из его полномочий, предусмотренных ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», в соответствии с которым, он, в том числе, организует проверку сведений о поведении судей Верховного Суда Российской Федерации, судов общей юрисдикции и арбитражных судов, не соответствующем предъявляемым к ним

Законом Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и кодексом судейской этики требованиям и умаляющем авторитет судебной власти, а также направляет в Дисциплинарную коллегия Верховного Суда РФ обращения о досрочном прекращении полномочий судей Верховного Суда РФ, судов общей юрисдикции и арбитражных судов за совершение ими дисциплинарных проступков в случаях, если Высшей квалификационной коллегией судей Российской Федерации или квалификационными коллегиями судей субъектов Российской Федерации отказано в удовлетворении представлений председателей федеральных судов о прекращении полномочий судей Верховного Суда РФ, судов общей юрисдикции и арбитражных судов за совершение ими дисциплинарных проступков.

Подобный контроль со стороны Председателя ВС РФ призван обеспечить баланс между независимостью судей, которая сама по себе не предполагает бесконтрольности и безответственности, и обязанностями судей перед обществом.

КАС РФ не содержит условий, при которых Председатель ВС РФ может обратиться в Дисциплинарную коллегия ВС РФ. Однако, учитывая исключительный характер такого обращения представляется целесообразным установить четкие критерии для определения случаев, в которых Председатель ВС РФ вправе воспользоваться своими полномочиями.

Таким условием может быть – аналогичное предусмотренному в ГПК РФ, в отношении права Председателя ВС РФ внести представление в Президиум Верховного Суда РФ о пересмотре судебного акта в порядке надзора – допущенные судьей фундаментальные нарушения норм материального или процессуального права, повлекшие за собой серьезные нарушения прав и свобод граждан, в том числе права на доступ к правосудию, права на справедливое судебное разбирательство на основе принципа состязательности и равноправия сторон, либо существенно ограничили эти права.



Поскольку в данном случае имеет место своего рода «экстраординарный» порядок обращения, КАС РФ предусматривает некоторые особенности участия Председателя ВС РФ в качестве административного истца.

Являясь заведомо наиболее сильной стороной в процессе, Председатель ВС РФ, обращаясь в Дисциплинарную коллегию с обращением обязан доказать незаконность и необоснованность решения ККС, с которым он не согласен. Перераспределение бремени доказывания подобным образом обеспечивает баланс между сторонами процесса.

Также стоит отметить, что в случае возбуждения административного процесса по инициативе Председателя ВС РФ, КАС РФ устанавливает пределы проверки Дисциплинарной коллегией обращения. В соответствии со ст. 236 КАС РФ рассмотрение дела по обращению Председателя ВС РФ происходит только в пределах оснований и доводов, изложенных в обращении, тогда как в других случаях коллегия не связана жалобой.

В связи с вышеизложенным, предлагается внести следующие изменения в действующее законодательство: расширить круг лиц, обладающих правом обращения в Дисциплинарную коллегию ВС РФ, увеличить сроки обжалования решений ВККС и ККС субъектов РФ, а также установить условие для обращения в Дисциплинарную коллегию Председателя ВС РФ.

## МОЛОДЫЕ ГОЛОСА

### О КАТЕГОРИИ ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В РОССИИ И ЯПОНИИ

Артемов В.А.

Магистрант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6, veridan7@gmail.com

В статье проведён анализ основных способов нарушения права на деловую репутацию. Показано, что деловая репутация может быть затронута и иными способами, обусловленными её особой правовой природой.

*Ключевые слова:* авторское право, деловая репутация, недобросовестная конкуренция, товарный знак, интеллектуальная собственность, секрет производства.

В обществе, которое можно охарактеризовать как насыщенное огромным количеством информации, современные технологические реформы могут развиваться достаточно быстро. Сегодня этот прогресс связан с международным обществом, и в последние годы этот прогресс был основан на так называемых интеллектуальных правах, таких как патентные права, права на товарные знаки, конфиденциальная деловая информация, авторские права и другие права, связанные с интеллектуальной собственностью и непосредственно деловой репутации. Так, например, вопросы интеллектуальной собственности вызывают ряд проблем и большой интерес в современном обществе.

Действительно, современное гражданское законодательство связывает нарушение деловой репутации только с фактом распространения порочащих сведений. Такой подход

представляется не совсем удачным, поскольку не отражает особенности деловой репутации как объекта гражданских прав. Деловая репутация представляет собой общественную оценку совокупности деловых качеств и показателей ведения предпринимательской деятельности коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей, влияющую (способную повлиять) на их участие в общественных отношениях и их социальное, в том числе имущественное положение. Она возникает исключительно в предпринимательской сфере и может принадлежать только коммерческим юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям, вследствие чего способы её нарушения имеют определённую специфику<sup>1</sup>.

Понятие деловой репутации в теории и практике трактуется неоднозначно. Так, расширительно толкуя термин «деловой» и можно отнести данное определение, как к предпринимательской, так и к иной профессиональной деятельности.

Начнем с того, что интеллектуальная собственность представляет собой указание, которое определяет общие тенденции, касающиеся человеческого творчества и методов управления. В конкретных терминах это означает, что результаты интеллектуальной деятельности людей представлены не только оригинальными и творческими идеями («изобретениями») или («полезными моделями»), уникальными проектами («дизайнами»), но и музыкой, романами, картины или подобными произведениями. Эти работы защищены такими законами, как патентное право, закон полезной модели, закон о дизайне и авторское право. С другой стороны, «торговые наименования или товарные знаки», которые являются показателем деловой активности, являются именами, используемыми для ведения бизнеса. Эти товарные знаки являются именами, созданными пользователем, чтобы указать, какие

---

<sup>1</sup> Хван О.В. Нарушение права на деловую репутацию // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2012. № 6 (25). С. 98.

услуги или продукты могут быть предоставлены под названием «товарный знак» (также называемый брендом). Торговые названия также защищены международными соглашениями и законами о товарных знаках. Узко определенные права, ориентированные на промышленную собственность, такие как законы о товарных знаках, представляющие указание на бизнес, или права на проектирование, права на полезную модель и патентные права, являются результатом интеллектуальной деятельности в производственной сфере, в то время как авторское право относится к деятельности в сфере культуры<sup>2</sup>.

Система защиты объектов интеллектуальной собственности должна предусматривать решение ряда управленческих задач<sup>3</sup>:

- признание и закрепление авторства, приоритета и имущественных прав за разработчиками новшеств. Обеспечение охраны исключительных прав владельцев интеллектуальной собственности на основе патентного и авторского законодательства, а также в режиме ноу-хау и коммерческой тайны;
- принятие действенных мер против правообладателей интеллектуальной собственности, производителей контрафактной продукции;
- предотвращение бесконтрольного вывоза интеллектуальной собственности в другие страны;
- проведение инвентаризации, постановка на баланс и бухгалтерский учет объекта интеллектуальной собственности в качестве нематериальных активов предприятий;
- вовлечение интеллектуальной собственности в хозяйственный оборот, регулирование правовых и коммерческих

---

<sup>2</sup> Ермакова Е.П. Унификация гражданского процессуального права и международного частного права в Европейском Союзе: учебное пособие. М.: РУДН, 2014. С. 25.

<sup>3</sup> Мухопад В.И. Коммерциализация интеллектуальной собственности: Монография / В.И. Мухопад. М.: Магистр: ИНФРА-М, 2010. С. 13–14.

вопросов использования объекта интеллектуальной собственности хозяйственными организациями;

- капитализация и коммерциализация объекта интеллектуальной собственности на основе их эффективного использования в собственном производстве и применения современных форм и методов патентно-лицензионного менеджмента в сфере обмена;

- решение методологических аспектов коммерциализации и вовлечения интеллектуальной собственности в хозяйственный оборот, включая проблемы ее стоимостной оценки;

- решение кадровой проблемы подготовки специалистов-менеджеров, способных обеспечить рациональное и эффективное управление объектами интеллектуальной собственности на федеральном и муниципальном уровнях, а также в экономических структурах разных масштабов и форм собственности;

- приоритетное и эффективное использование потенциала интеллектуальной собственности в инновационном развитии страны для обеспечения экономического роста и решения социальных проблем. Любая из этих проблем может быть объявлена приоритетной с позиции тех министерств, ведомств, служб, которые этими проблемами занимаются.

Но даже при успешном решении отдельных из перечисленных задач такой ведомственный подход вряд ли решит главную задачу этой деятельности – обеспечение эффективного использования всего потенциала интеллектуальной собственности страны и конкретных объектов интеллектуальной собственности его пользователями.

Сравнивая с законодательством Японии, то необходимо отметить что, согласно разделу 2 Закона о товарных знаках предметом мер защиты являются буквы, цифры или их комбинации, используемые для сертификации произведенного коммерческого товара или коммерческого товарного знака сторон, которым было передано использование товарного знака, или роль, которую играют коммерческой деятельно-

стью, определенной товарным знаком или стороной, осуществляющей эту роль занимающиеся использованием товарных знаков для коммерческих операций, таких как производство товаров, продаж и т.д. Использовать эти товарные знаки нужно, чтобы идентифицировать типы коммерческих продуктов как товарные знаки, производимые этими сторонами индивидуально. Закон о товарных знаках установил тот же тип защиты, что и защита, применяемая к товарному знаку для марок, используемых для идентификации услуги, для обеспечения идентификации того же типа услуг, предоставляемых тем же провайдером для лиц, предлагающих эти услуги в таких областях, как трансляция о компании, ресторанный бизнес и т.д.<sup>4</sup>

Кроме того, новые сферы, которые также должны быть защищены<sup>5</sup>, появляются среди сфер интеллектуальной собственности. Среди новых сфер, например, биотехнология, электроника-обработка информации и другие так называемые высокотехнологичные области, которые испытывают колоссальное развитие, например, от разработки компьютерных программ (включая законы об авторском праве) до самостоятельных объектов модификации и т.д. Кроме того, ненадлежащее приобретение и использование коммерческой тайны, такой как списки клиентов или технологии производства, указывают на попытки производства и продажи имитаций продуктов, содержащих контент или качество, представляющие собой товарный знак (например, шампанское или коньяк или другой уникальный региональный товарный знак). Эти виды деятельности, которые равносильны ложному утверждению авторства другим лицом для получения преимуществ, связанных с известным брендом, также пред-

---

<sup>4</sup> Закон Японии «О товарных знаках» (Закон № 127 от 13.04.1959 г. с последними изменениями, внесенными Законом № 16 от 18.04.2008 г.).

<sup>5</sup> Артемьева Ю.А., Ермакова Е.П., Ковыршина Н.А., Русакова Е.П. Способы разрешения споров в разнесистемных правовых порядках. М.: Изд-во Инфотропик, 2017. С. 5.

ставляют собой недобросовестную конкуренцию и, следовательно, регулируются положениями, касающимися ненадлежащей конкуренции и законов, которые направлены на прекращение недобросовестной конкуренции<sup>6</sup>. Деловая репутация может нарушаться и действиями контрагентов, в том числе дебиторами и кредиторами организации, связанными с невыполнением или ненадлежащим выполнением обязательств, что непосредственно тоже влияет на статус деловой репутации.

Роль корпоративной социальной ответственности в формировании деловой репутации, безусловно, важна и для малого бизнеса, однако, как показывает практика, факторы, которые теоретически должны приводить к резкому снижению их репутации, значительных репутационных потерь у них не вызывают<sup>7</sup>.

К сожалению, российские предприниматели нередко не осознают значимость данной категории бизнеса, в то время как зарубежные организации вкладывают огромные ресурсы в формирование и повышение своей деловой репутации.<sup>8</sup>

Таким образом, чтобы избежать и ограничить репутационный и финансовый ущерб от негативной информации, компаниям необходимо обеспечить, чтобы они были готовы идентифицировать и бороться с недобросовестной конкуренцией и как можно быстрее предпринимать правильные шаги, в своем правовом обеспечении.

---

<sup>6</sup> Ермакова Е.П. К вопросу о понятии форм и способов разрешения споров в разнесистемных правовых порядках // Пробелы в российском законодательстве. 2016. № 6. С. 55.

<sup>7</sup> Грекова Г.И., Савина Т.С. Оценка влияния социальной ответственности компании на ее деловую репутацию // Вестник Новгородского государственного университета им. Ярослава Мудрого. 2014. № 82. С. 51.

<sup>8</sup> Нацыпаева Е.А. Современный взгляд на деловую репутацию организаций // Наука и общество. 2014. № 1 (16). С. 131.

## **ЕДИНООБРАЗНЫЕ МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ И КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ В МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛЕ-ПРОДАЖЕ ТОВАРОВ И ИХ ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ**

**Барулина Виктория Павловна**

Студентка IV курса Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
viktoryabarulina@gmail.ru

В данной статье анализируются единообразные материально-правовые и коллизионные нормы, которые используются в договорах международной купли-продажи, а также их непосредственное применение и взаимодействие.

*Ключевые слова:* единообразные материально-правовые нормы, коллизионные нормы, Единообразный закон, lex fori, коллизионная привязка, унификация.

В сущности, высокая степень определенности в отношении применимого права в международных торговых сделках, особенно в отношении международной купли-продажи товаров, может быть достигнута с помощью единообразных материально-правовых норм, а именно путем принятия международных конвенций. Таким образом, большое количество государств может согласиться включить единообразные нормы в свои внутренние правовые порядки. Считается, что такая практика предлагает лучшее решение, чем ее альтернатива – традиционная унификация коллизионных норм, поскольку первая, как представляется, способна решать проблемы, возникающие из самих коллизий законов.

Такое мнение широко признается, несмотря на общеизвестный факт, что получение единообразных международных правовых норм из международных конвенций приводит к возникновению серьезных проблем, связанных с определением их сферы применения относительно внутренних норм общего применения, а также с их классификацией и толкова-



нием. Принятие двух Гаагских Конвенций в 1964 году (Конвенция о единообразном Законе о международной купле-продаже товаров<sup>1</sup> и Конвенция о единообразном законе о заключении договоров о международной купле – продаже товаров), в 1974 году Конвенции ООН Об исковой давности в международной купле – продаже товаров, в 1980 Конвенции ООН О договорах международной купли-продажи товаров (Вена), а в 1983 Конвенции УНИДРУА о представительстве в международной купле-продаже товаров (Женева) показывает солидарность современных предпочтений.

Однако достаточно взглянуть на единообразные основные положения этих конвенций, чтобы убедиться в том, что они не могут полностью избежать взаимодействия с нормами и проблемами международного частного права (например, статья [1(1)(b)] Венской конвенции 1980 года<sup>2</sup> или ст. 4 Гаагской Конвенции 1964 года<sup>3</sup>), касающихся внутренних коллизионных норм договаривающихся государств. Эти нормы были введены в результате принятия международных конвенций об унификации коллизионных норм. Взаимоотношения между единообразными материально-правовыми нормами, содержащимися в конвенции и внутренними материально-правовыми и коллизионными нормами, носят амбивалентный характер. В рамках внутреннего правопорядка государства это приводит к проблеме взаимодействия норм конвенции в сфере применения единообразных норм материального права и коллизионной привязки *lex fori*; или в рамках международного публичного права это приводит к проблеме координации последующих конвенций, унифицирующих правовое регулирование, содержащих материально-правовые

---

<sup>1</sup> URL: <http://www.alppp.ru/law/grazhdanskoe-pravo/mezhdunarodnoe-chastnoe-pravo/11/konvencija-o-edinoobraznom-zakone-o-mezhdunarodnoj-kuple-prodazhe-tovarov--rus--angl-.pdf>

<sup>2</sup> URL: <http://www.cisg.ru/tekst-venskoj-konvencii-polnostyu.php>

<sup>3</sup> URL: <http://legalexpert.in.ua/gaagskaya-konvenciya-ot-01-07-64-o-edinorazovom-zakone-o-mezhdunarodnoj-kuple-prodazhe-tovarov>

или коллизионные нормы. Можно заметить, что последнюю проблему проще решить, чем первую.

Иногда единообразные нормы материального права сами по себе касаются проблемы их положения во внутреннем правопорядке государства, а также применения их в отношении других внутренних правопорядков. Однако существует некоторая неопределенность, и различные документы содержат ряд решений, которых иногда бывает несколько в пределах одного документа.

В целом проблему можно представить, обратившись к следующим моделям:

а) Единообразные нормы материального права обычного происхождения могут рассматриваться как система обязательных внутренних положений, сфера применения которых определяется автономно и поэтому не вступает в конфликт с коллизионными нормами, по крайней мере теми, которые не вытекают из другой международной конвенции. В этом случае вопрос о взаимодействии переносится на уровень взаимосвязанных международных соглашений.

б) Единообразные нормы материального права могут считаться специальным внутренними нормами, поскольку они превалируют над другими общими положениями материального права. Однако они также подпадают под действие коллизионных норм, как общих, так и включенных во внутреннее право в соответствии с другими международными конвенциями.

с) Кроме того, можно рассматривать основной закон, введенный конвенцией, в качестве специального международного частного права, которое отделяется от общего материального и коллизионного права, и с учетом сферы применения Конвенции, будет применяться к некоторым четко определенным вопросам, которые связаны только с договаривающимися государствами-участниками конвенции, на основе взаимности, как указано в специальных правилах Конвенции относительно сферы его применения.

д) С другой стороны, единообразные нормы материального права могут быть применены только тогда, когда на них ссылаются стороны или, когда они действуют как связующий фактор относительно применения правопорядка, который содержит единообразную норму; или

е) Когда договаривающиеся стороны выбирают унифицированные положения, как особую часть внутреннего права, которое применяется только по запросу самих сторон. В этом проявляются их договорные автономии в рамках ограничений, установленных внутренним публичным порядком права, применимого к договору, как установлено в соответствии с привязкой *lex fori*<sup>4</sup>.

Как ни странно, этот последний подход к взаимоотношению между единообразными нормами материального права конвенций и внутренних материальных и коллизионных норм используется в некоторых конвенциях о международной купле-продаже товаров. В настоящее время такой подход также распространен в отношении сферы применения Конвенции 1956 года о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ)<sup>5</sup>.

На первый взгляд, кажется очевидным, что первое из решений, описанных выше, представляется предпочтительным и наиболее подходящим для установления единообразных норм материального права посредством международных конвенций, т.е. для того, чтобы иметь одинаковые материально-правовые положения, касающиеся тех же вопросов и с той же сферой применения и принятые большинством внутренних правопорядков. Это является основным решением, предложенным Гаагскими конвенциями 1964 года<sup>6</sup>. Однако в

---

<sup>4</sup> Petar Sarcevic & Paul Volken eds., *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana (1986), Ch. 12, 390.

<sup>5</sup> URL: [http://www.conventions.ru/view\\_base.php?id=16](http://www.conventions.ru/view_base.php?id=16)

<sup>6</sup> Monaco R. *Relationship between the two Conventions on sale adopted at The Hague in 1964 and the future conventions resulting from the work being done by UNCITRAL*. *Italian Yearbook of International Law*. 1977. P. 55.

то же время они приняли систему оговорок, позволяющую договаривающимся государствам выбирать другие пути. Согласно статье 3 возможно ограничение сферы применения Единообразного закона договорами, у сторон которых есть коммерческие предприятия или их обычное местожительство только на территории различных договаривающихся государств (модель с).

В противном случае, ст. 4 предусматривает, что государство, которое ранее приняло Конвенцию о коллизии законов по тому же вопросу, что и Гаагские конвенции 1964 года, может применять Единообразный закон только в случае, если коллизионные положения последней Конвенции требуют применения правового порядка, содержащего Единообразный закон (модель b). Дополнительная оговорка в ст. 5 первой Гаагской конвенции 1964 года предусматривает, что единообразный закон Конвенции применяется к договору купли-продажи только в том случае, если стороны выбрали его в качестве закона, регулирующего договор (модель d). Кроме того, ст. 3 единообразного закона позволяет договаривающимся сторонам полностью или частично исключить применение Единообразного закона.

Хотя Венская конвенция 1980 года и определяет международный характер купли-продажи, требуя, чтобы у договаривающихся сторон были места ведения бизнеса или коммерческие предприятия в различных государствах, она не определяет автономно свою сферу применения, как это делается в двух Гаагских конвенциях. Ее применение зависит от международного характера дела, так что Конвенция применяется только в том случае, когда заинтересованные государства являются договаривающимися государствами (модель e), или когда привязка *lex fori* одного договаривающегося государства отсылает к применению права другого договаривающегося государства, содержащего Единообразный закон, который так же может быть привязкой *lex fori* (модель b).

Однако ст. 95 предусматривает, что оговорка не ограничивается последним решением. Таким образом, общая материальная применимая норма будет применяться вместо единообразной, если, согласно правилам *lex fori*, места ведения бизнеса договаривающихся сторон не находятся в двух разных договаривающихся государствах. Кроме того, в соответствии со ст. 6 договаривающиеся стороны могут исключить применение Конвенции, отступить от нее или изменить действие ее положений (модель e).

Общеизвестно, что основное решение, представленное в Гаагских конвенциях 1964 года, по большей части не было выполнено и что большинство договаривающихся государств, за исключением Израиля, воспользовались факультативными решениями, предложенными оговорками к конвенциям. В соответствии со ст. 4 Италия сделала оговорку, ограничивающую применение единообразных материально-правовых норм в случаях, когда это применимо в силу Конвенции 1955 года. Эта оговорка применима только к первой из двух конвенций 1964 года.

Женевская Конвенция УНИДРУА о представительстве в международной купле-продаже товаров 1983 года соответствует образцу Венской конвенции. Признавая себя дополнительным текстом последней, Женевская конвенция согласовала свою сферу применения с областью применения Венской конвенции. Следовательно, после того, как определено ее применение *ratione materiae* в ст. 1 и ограничено применение в ст. 3, Женевская конвенция устанавливает требования признания международного характера агентских отношений, которые могут быть представлены в качестве единообразного закона.

Затем, в соответствии с Венской системой, она предусматривает, что для применения Конвенции, представитель должен иметь свое коммерческое предприятие в договариваемом государстве (модель c) или что международное частное право в соответствии с привязкой *lex fori* ведет к

применению права договаривающегося государства, которое содержит Единообразный закон (модель b). Кроме того, в соответствии со ст. 28 договаривающиеся государства могут заявить, что они не будут связаны положениями подп. б п. 1 ст. 2. (Настоящая Конвенция применяется, если только представляемый и третьи лица имеют свои коммерческие предприятия в разных государствах, когда: согласно нормам международного частного права, применимо право Договаривающегося государства.)

Статья 5 разрешает представляемому или посреднику, действующему в соответствии с явно выраженными или подразумеваемыми указаниями представляемого, согласовать с третьими лицами исключение применения Конвенции или при условии соблюдения ст. 11 этой Конвенции отступление от любого ее положения или изменение ее действия.

Существенным качеством Единообразного закона является его применимость к случаям, которые определяются ограничениями, установленными им в своей сфере применения, что позволяет ему выполнять свою задачу обеспечения определенности в договорных отношениях. Тот факт, что эта задача может быть выполнена путем включения Единообразного закона во внутреннюю правовую систему, не должен вводить в заблуждение о том, что касается его реальной природы и специальной цели.

Общие коллизионные привязки *lex fori* не могут быть приспособлены к специальным правилам, в соответствии с которыми международная конвенция определяет сферу применения своего Единообразного закона. Эти правила соответствуют международным интересам по обеспечению унификации законодательства в данной области.

Однако, учитывая тот факт, что существует ряд законодательных актов обычного происхождения, содержащих унифицированные материально-правовые или коллизионные нормы международной купли-продажи товаров, необходимо указать на проблемы, которые возникают в результате взаи-

модействия соответствующих норм, касающиеся сферы их применения. Это достаточно сложно, поскольку конвенции предлагают различные альтернативы решения данного вопроса<sup>7</sup>.

Проблемы, возникающие в результате дублирования конвенций, унифицирующих правовые нормы, можно было бы урегулировать с помощью различных методов. Например, можно исходить из внутреннего правопорядка, где единообразные материально-правовые и коллизионные нормы различного происхождения были применены, а затем следовать их собственной технике толкования (например, принципы специальности или те, что имеют социально значимый результат). Однако здесь мы вновь сталкиваемся с описанными выше альтернативами, касающимися взаимодействия общих и специальных материально-правовых и коллизионных норм.

---

<sup>7</sup> Fletcher I.F. Conflict of Laws and European Community Law. Amsterdam/New York/Oxford. 1982. P. 153.

## **ФИНАНСИРОВАНИЕ АРБИТРАЖА ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ В СИНГАПУРЕ: НОВЫЙ МЕХАНИЗМ РЕГУЛИРОВАНИЯ**

**Боднарь Валерия Валерьевна**

Студентка Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6, [valeriabodnari@mail.ru](mailto:valeriabodnari@mail.ru)

В статье рассматривается новый механизм регулирования финансирования арбитража третьими лицами в Сингапуре. В 2017 году был принят закон, который внес поправки в соответствующие нормативно-правовые акты. Принятие такого закона ознаменовало легализацию финансирования арбитража третьими лицами, которое до этого было запрещено в стране. Предполагается, что это будет способствовать развитию Сингапура в качестве нового центра по рассмотрению международных коммерческих споров.

*Ключевые слова:* арбитраж, финансирование третьими лицами, арбитражный сбор.

Международный коммерческий арбитраж в настоящее время является одним из самых востребованных способов разрешения частноправовых споров международного характера, что неоднократно подчеркивалось в публикациях, посвященных альтернативным способам разрешения споров<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Ермакова Е.П., Ситкарева Е.В. Право Европейского Союза: порядок разрешения частноправовых споров // Сер. Гражданский и арбитражный процесс. М., 2016. С. 167–18; Ивановская Н.В. Альтернативные способы разрешения финансовых споров в Сингапуре // Черные дыры в Российском законодательстве. 2017. № 4. С. 35–38; Ситкарева Е.В. Влияние Регионального центра ЮНСИТРАЛ для Азии и района Тихого океана на развитие правового регулирования в сфере международного коммерческого арбитража // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: Сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского 17 октября 2014 г. М.: РУДН, 2014. С. 171–175; Ситкарева Е.В. Международный коммерческий арбитраж в Малайзии // Сравнительное право



Как отметила Комиссия Европейских Сообществ в одном из своих документов, «арбитраж является делом огромной важности для международной торговли. Арбитражным соглашениям следует придавать возможно наиболее полную силу и признание и приведение в исполнение арбитражных решений следует поощрять»<sup>2</sup>.

Под международным коммерческим арбитражем следует понимать способ разрешения споров, осложненных иностранным элементом, который является альтернативой разбирательству в государственных судах<sup>3</sup>. Существенными особенностями международного коммерческого арбитража являются: наличие арбитражного соглашения, назначение арбитров из числа лиц, не зависящих от участвующих в деле сторон, окончательность и обязательность вынесенного арбитрами решения для сторон спора, а также взаимодействие международных коммерческих арбитражей с государственными судами.

Универсально признанными центрами международного коммерческого арбитража являются Лондон, Париж, Стокгольм, Женева. На протяжении длительного времени они

---

и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах: сборник статей Всероссийской конференции. 24 января 2014 г. М.: РУДН, 2014. С. 193–197; Фролова Е.Е. Правовое регулирование альтернативного разрешения споров между поставщиками и потребителями финансовых услуг в Сингапуре // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Философия, социология, право. 2017. № 24 (273). Вып. 42. С. 157–162; Фролова Е.Е. Понятие финансового спора в соответствии с положениями Закона Новой Зеландии о поставщиках финансовых услуг 2008 г. (с измен. 2014 г.) // Черные дыры в российском законодательстве, 2017. № 4. С. 51–54.

<sup>2</sup> Commission of the European Communities, Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Brussels, 21.04.2009 COM (2009) 175 final (дата обращения: 19.10.2017).

<sup>3</sup> Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: учебник. изд. 2-е. М., 2013. С. 32.

оставались и продолжают оставаться наиболее «популярным» местом проведения разбирательства по согласованному решению сторон арбитража. Тем не менее, нельзя не отметить тенденцию «поворота на восток», а именно все более возрастающую роль Сингапура и Гонконга, которые становятся все более конкурентоспособными площадками при выборе сторонами места рассмотрения спора. Так, например, в 2015 году на разрешение Гонконгского международного арбитражного центра поступило 520 новых споров с совокупным размером требований 6,2 млрд дол. США<sup>4</sup>, в то время как еще в конце 1970-х гг. в Гонконге в год рассматривалось всего около 20 арбитражных споров<sup>5</sup>.

В таких высоких показателях не отстает и Сингапур, где, согласно Ежегодному отчету Международного арбитражного центра Сингапура (*Singapore International Arbitration Centre, SIAC*), было рассмотрено 343 спора на общую сумму 11, 85 млрд дол. США<sup>6</sup>. Это рекордный показатель за последние 10 лет, учитывая тот факт, что не берутся показатели Международного центра медиации (*Singapore International Mediation Centre, SIMC*), а также созданного в 2014 году Сингапурского Международного Коммерческого суда (*Singapore International Commercial Court, SICC*), где арбитражная оговорка предусматривает применение иностранного права.

Такую тенденцию можно объяснить качественно подобранным составом арбитров по разнообразным видам спо-

---

<sup>4</sup> Каримуллин Р.И. Паломничество в Страну Востока: практика международного арбитража в Гонконгском международном арбитражном центре // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 2. С. 120.

<sup>5</sup> The Hong Kong Arbitration Ordinance: Commentary and Annotations / J. Choong, J.R. Weeramantry (eds.). Sweet & Maxwell, 2011.

<sup>6</sup> SIAC Singapore International Arbitration Centre. Annual Report, 2016. URL: [http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual\\_report/SIAC\\_AR\\_2016\\_24pp\\_WEBversion\\_edited.pdf](http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_AR_2016_24pp_WEBversion_edited.pdf) (дата обращения: 19.10.2017).

ров, возможностью для сторон использовать любое избранное в оговорке применимое право, возможностью для сторон привлекать любых представителей, а также приведения в исполнение арбитражных решений по Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года<sup>7</sup>.

В этих условиях новым толчком в развитии международного коммерческого арбитража в Сингапуре станет возможность финансирования разбирательства третьими лицами. 10 января 2017 года в Сингапуре был принят Закон, вступивший в силу в марте 2017 года, согласно которому финансирование арбитража третьими лицами признается законным и не противоречащим публичному порядку действием.

Суть финансирования арбитражного разбирательства третьим лицом заключается в следующем: некая специализированная компания по соглашению с заявителем, одной из сторон спора, берет на себя обязательства покрывать все или часть расходов, связанные с разбирательством. Как правило, эти юридические расходы (*legal fees*) включают арбитражные сборы, расходы на представителя, экспертов и др. Возможна даже ситуация, когда компания-спонсор соглашается оплатить расходы другой стороны в том случае, если так было оговорено с финансируемой стороной спора. Взамен эта компания-спонсор получает компенсацию своих прямых издержек и долю присуждаемой истцу суммы, при этом не имеет значение, завершилось ли дело присуждением компенсации или мировым соглашением. В случае «проигрыша» компания-спонсор ничего не получает.

В условиях развития института финансирования арбитража третьими лицами возникают проблемы, поскольку, с

---

<sup>7</sup>Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 1958 г. URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf> (дата обращения: 19.10.2017).

одной стороны, такое финансирование обеспечивает возможность обращения в арбитраж тем лицам, которые раньше не могли себе этого позволить, но с другой стороны, появляются множество практических, процессуальных и этических вопросов, как то конфликт интересов между сторонами арбитражного разбирательства, риски, которые берут на себя стороны и компании-спонсоры с одной и другой стороны, вопросы конфиденциальности, противоречие публичному порядку и др. В связи с этим представляется логичным в развитых арбитражных юрисдикциях напрямую урегулировать данные вопросы в своем национальном законодательстве, что и было предпринято Сингапуром.

Как уже было отмечено ранее, 10 января 2017 года Парламент Сингапура принял Закон, который вступил в силу 1 марта 2017 года, позволяющий «квалифицированным» организациям предоставлять третьим лицам финансирование международного арбитража, который проходит в Сингапуре.

До принятия данного Закона так называемая доктрина финансирования чужого процесса (*champerty*) и поддержка одной из тяжущихся сторон спора в корыстных целях (*maintenance*) признавались в Сингапуре действиями незаконными и противоречащими публичному порядку. Эта доктрина еще известна как «неправомерное оказание помощи другому лицу в процессе с целью получить участие в выгодах от этого процесса» (*maintenance and champerty doctrine*). Любые соглашения о финансировании процесса третьей стороной были запрещены, в противном случае предусматривалась гражданско-правовая ответственность.

Тем не менее, в принятом законе разъяснено, что несмотря на то, что за финансирование чужого процесса больше не предусмотрена гражданско-правовая ответственность, ранее заключенные соглашения по финансированию арбитража третьим лицом не имеют юридической силы в силу противоречия публичному порядку, т.е. закону не придана обратная юридическая сила.

Несомненным достоинством принятого акта является тот факт, что он называет критерии действительности, которым должен соответствовать контракт либо соглашение по финансированию. Во-первых, компания, которая финансирует разбирательство, должна быть «квалифицированной». Такая компания-спонсор считается «квалифицированной», если ее основной деятельностью является финансирование разбирательств, проводимых на территории Сингапура либо в любом другом месте. Более того, такая компания должна иметь оплаченный уставной капитал либо управлять активами в сумме не менее 5 млн. долл. США либо в эквивалентной сумме, но в иностранной валюте.

Во-вторых, финансирование должно относиться к международному арбитражному разбирательству. Согласно ст. 5(2) Закона Сингапура о международном арбитраже<sup>8</sup>, арбитраж относится к международному, если:

1) на момент заключения арбитражного соглашения по крайней мере одна из сторон этого соглашения ведет свою предпринимательскую деятельность в государстве ином, чем Сингапур;

2) в соответствии с арбитражным соглашением, место арбитража находится за пределами того государства, где стороны занимаются предпринимательской деятельностью;

3) место, где исполняется большая часть обязательств, вытекающих из коммерческих отношений или место, с которым предмет спора более тесно связан.

Арбитражное разбирательство также подпадает под категорию международного, если стороны прямо договорились о том, что предмет арбитражного соглашения относится к более чем одной стране.

---

<sup>8</sup>International Arbitration Act (Chapter 143 A), Act 23 of 1994, revised edition 2002. URL: <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IAA/IAA%20Aug2016.pdf> (дата обращения: 20.10.2017).

При условии соответствия вышеназванным критериям, соглашения по финансированию признаются действительными.

Стоит отметить, что в Гонконге такое требование к финансирующим компаниям не предъявляется. Ордонанс «Об арбитраже»<sup>9</sup>, принятый в том же году в Гонконге, устанавливает, что обязательными элементами финансирования арбитража третьей стороной являются наличие договора о финансировании лиц в письменном виде, отсутствие интереса у финансирующего лица в исходе дела, за исключением только получения выгоды по договору о финансировании, а также получение финансирующим лицом финансовой выгоды только при наличии успешного результата по делу.

Несомненным достоинством принятого в Сингапуре Закона является то, что он предусматривает предоставление гарантий для финансируемых лиц. Если возникнет такая ситуация, что финансирующая компания не является «квалифицирующей», то компания-спонсор в любом случае должна исполнить свои обязательства по договору, и она не может ссылаться на его недействительность. Тем самым, права той стороны спора, которая прибегла к помощи финансируемой компании, защищены.

Также были внесены поправки в Закон об адвокатской деятельности<sup>10</sup>, которые теперь позволяют юристам представлять и направлять таких спонсоров своим клиентам. Они могут давать советы, отбирать и обсуждать условия соглашения о финансировании от лица своего клиента. Более того, юристы наделены правом действовать от имени своих поручителей в любых возникающих из соглашения о финансировании спорах.

---

<sup>9</sup> Arbitration Ordinance, 1 June 2011. URL: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609> (дата обращения: 21.10.2017).

<sup>10</sup> Legal Profession Act (Chapter 161), Original Enactment: 5 of 1981. URL: <http://statutes.agc.gov.sg> (дата обращения: 21.10.2017).

В некоторых случаях в таких действиях юристов можно предусмотреть некую заинтересованность. Во избежание появления конфликта интересов, законодателем было предусмотрено, что юрист, получая вознаграждение за предоставление юридических услуг, которые непосредственно связаны с соглашением о финансировании третьей стороной, не вправе получать какую-либо прямую финансовую выгоду от того, что представил спонсора своему клиенту.

Правило 49 А Правил профессиональной деятельности (профессионального поведения) 2015 г.<sup>11</sup> предусматривает, что при разрешении спора в арбитраже, юрист обязан предоставить суду и всем другим сторонам по делу информацию о существовании заключенного соглашения о финансировании разбирательства третьим лицом, которое относится к спору. Он обязан сообщить наименование и адрес нахождения финансирующей третьей стороны.

Предоставить такую информацию необходимо как можно раньше, как правило, в самом начале спора. Такие требования обусловлены необходимостью избежать любых возможных конфликтов интересов и, соответственно, затягивания процесса.

Безусловно, финансирование арбитража третьими лицами требует дальнейшей детальной регламентации. Уже сейчас начаты разработки соответствующих руководств по вопросам влияния финансирования разбирательства третьей стороной на конфиденциальность спора, на беспристрастность и независимость арбитров при вынесении решений, которые должны быть осведомлены, кто именно вовлечен в процесс и иных.

Тем не менее, нельзя не отметить, что легализация договоров о финансировании арбитража третьими лицами делает Сингапур более привлекательным местом для рассмот-

---

<sup>11</sup> Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015. URL: <http://statutes.agc.gov.sg> (дата обращения: 21.10.2017).

рения спора и возможно в будущем ведущим центром по рассмотрению коммерческих споров, осложненных иностранным элементом.

Несомненным достоинством принятого в Сингапуре закона, который предлагает новый механизм применения финансирования процесса третьей стороной, является то, что потенциальные истцы, которые по определенным причинам ограничены в финансовых ресурсах, теперь вправе на законных основаниях обратиться за помощью к профессиональным финансовым компаниям, готовым покрыть их расходы на разбирательство.

Несмотря на все достоинства рассмотрения спора в международном арбитраже, расходы сторон, покрывающие оплату сбора при подаче иска, оплату услуг представителя, привлеченных экспертов, могут быть очень существенными. Возможна ситуация, при которой потенциальный истец, не в состоянии нести соответствующие расходы, что может сдерживать его от подачи иска. Так, сторона, которая имеет все шансы, чтобы ее требования были удовлетворены, ввиду ограниченности ресурсов вынуждена разрешить спор на невыгодных для нее условиях, либо в целом отказаться от иска.

Представляется возможным предположить, что финансирование арбитража третьими лицами делает более доступным обращение к арбитражу<sup>12</sup>. Еще предстоит оценить возможность злоупотреблений и обеспечение добросовестного использования предоставленной законодателем Сингапура возможности финансирования арбитража третьими лицами.

---

<sup>12</sup> Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах азиатско-тихоокеанского региона / Безбах В.В., Беликова К.М., Бадаева Н.В., Ермакова Е.П., Ивановская Н.В., Кривенко О.А., Протопопова О.В., Русакова Е.П., Ситкарева Е.В. М., 2015.



## **ФУНКЦИИ СОДЕЙСТВИЯ И КОНТРОЛЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО СУДА В ОТНОШЕНИИ АРБИТРАЖА<sup>1</sup>**

**Болтенкова Юлия Андреевна**

Студентка VI курса (магистрант) кафедры гражданского права,  
процесса и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
Julia.boltenkova@yandex.ru

Проводится анализ преимуществ и недостатков реформы в сфере третейского разбирательства. Рассматриваются функции государственных судов по содействию и контролю в отношении арбитража (третейского разбирательства). Выделяются общие черты и различия в осуществлении контроля и содействия. Применен правовой анализ, использованы акты различных отраслей права (гражданского, арбитражного, материального и процессуального).

*Ключевые слова:* государственный суд, арбитраж, контроль, взаимодействие систем судов, функции суда, третейский суд, судебное производство.

В настоящее время, несмотря на либеральное законодательство Российской Федерации о третейских судах, данная форма разрешения споров пока не приобрела всеобщую популярность. Причин послужившим этому основанием насчитывается множество, начиная с недостатков правового регулирования вопросов третейского разбирательства и заканчивая немалочисленным злоупотреблениями в этой сфере. В рамках исследования были выявлены разного рода проблемы третейского разбирательства, такие как зависимость третейских судов от создающих их организаций, формирование состава арбитража, вынесение решений, непрозрачность процедуры назначения арбитров, коррумпированная составляющая, попытки проведения незаконных операций с ис-

---

<sup>1</sup> Исследование подготовлено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта 16-33-01005 «а2» (науч. рук. – Е.П. Русакова).

пользованием третейских разбирательств и прочее. Все эти факторы способствуют недоверию со стороны делового сообщества к данной форме разрешения споров<sup>2</sup>.

В связи с вышесказанным законопроекты о реформе института третейского разбирательства в России непосредственно способствуют формированию абсолютно новой «чистой» среды третейского разбирательства, а это, в свою очередь, неизбежно приведет к массовому использованию данной формы разрешения споров.

На сегодняшний день в законодательстве России нет четкого определения какие виды споров являются арбитрабельными, а какие нет. Отсутствие прямого регулирования сформировало противоречивую судебную практику (в частности, относительно корпоративных споров, споров о правах на недвижимое имущество). В связи с этим предложение об отнесении к арбитрабельным гражданско-правовых споров устранил неопределенность в данной области<sup>3</sup>. Однако, это

---

<sup>2</sup> Ситкарева Е.В. Содействие и контроль государственных судов в отношении арбитража (третейского разбирательства) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 4. С. 49–53. Библиогр.: с. 52–53 (6 назв.). ISSN 1992-8041.

<sup>3</sup> См. ст. 1 проекта ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»: «3. В арбитраж (третейское разбирательство) могут по соглашению сторон передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом.»; п. 3 ст. 1 Закона о МКА в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»: 3. «В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры сторон гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешне-торговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей Российской Федерации, либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находятся за границей Российской Федерации, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Рос-

так или иначе сужает сферу применения арбитража по сравнению с практикой стран с устоявшимися традициями третейского разбирательства. Практика большинства стран разрешает передачу на разрешение третейского суда не только гражданско-правового спора, но и любого спора, по результатам которого можно подписать мировое соглашение, здесь речь идет о спорах трудовых, налоговых и даже антимонопольных.

Вопросы функций содействия и контроля государственного суда в отношении арбитража наиболее остры в данной сфере регулирования. В законодательстве будут заполнены пробелы в законе, которые касаются функций государственного суда по назначению арбитров, отводу арбитров, прекращению их полномочий<sup>4</sup>, так как при отсутствии соглашения сторон относительно применимой процедуры в случае арбитража «ad hoc» арбитражное соглашение становится невозможно принять к исполнению в силу существующих пробелов в действующем законодательстве. Соответственно, существует необходимость прямого указания в арбитражном соглашении или в применимом регламенте для применения вышеуказанных процедур. Суд должен рассматривать назначение или отвод арбитров, прекращение полномочий арбитров с учетом мнения сторон.

---

сийской Федерации.»; ст. 33 АПК РФ в редакции проекта ФЗ О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с принятием ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ»: «Споры из гражданско-правовых отношений, подведомственные арбитражным судам в соответствии с настоящим Кодексом, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда при наличии между сторонами спора действующего арбитражного соглашения».

<sup>4</sup> Русакова Е.П. Рассмотрение гражданских споров арбитражами в РФ // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах: сборник статей Международной научно-практической конференции. М.: РУДН, 2016. С. 35–39.

Содействие государственных судов в отношении арбитража, касающиеся получение доказательств, безусловно способствует популярности третейского разбирательства. В запросе о третейском разбирательстве должны указываться обстоятельства, подлежащие выяснению. Кроме того, одним из оснований для отказа государственного суда в содействии в получении доказательств является неарбитрабельность спора, находящегося на разрешении третейского суда. Однако, суд будет иметь очень ограниченную информацию по существу спора, в связи с чем вывод суда о неарбитрабельности спора будет, с одной стороны, вынесен без полного изучения всех обстоятельств дела, а с другой стороны создаст преюдицию для сторон.

Чтобы избежать споры о компетенции арбитражных судов или судов общей юрисдикции необходимо прямое указание, что компетентным судом, оказывающим содействие третейскому суду, осуществляющему разбирательство с участием юридических лиц, являются арбитражные суды.

В проект изменений в Гражданский процессуальный Кодекс РФ прямо говорит о том, что суд вправе запросить разъяснение иностранного суда, принявшего решение. При этом, следует обратить внимание, что суды в общем как правило не дают разъяснения по принятым решениям.

Наиболее важным положением в Проекте является то, что решение иностранного суда и иностранного арбитражного решения, не требующего принудительного исполнения, будет признано в России «автоматически» без прохождения процедуры исполнения, если только заинтересованное лицо в течение месяца того, как ему стало известно об иностранном арбитражном решении, не заявит возражения относительно признания этого решения в российский суд<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона / Безбах В.В., Беликова К.М., Бадаева Н.В.,

При этом нельзя не обратить внимание, что перечень оснований, по которым российский суд вправе отказать в признании иностранного арбитражного решения, такие же, по которым российский суд вправе отказать в признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража.

Вместе с тем Проект изменений в Арбитражный процессуальный Кодекс РФ указывает, что ходатайство об отказе в признании, должно содержать указание на некоторые обстоятельства, которые не относятся к основаниям для отказа в признании.

В силу этого предлагается исключить ссылку на необходимость указания данных обстоятельств, поскольку их наличие в любом случае не является основанием для отказа в признании иностранного арбитражного или судебного решения.

Кроме того, видится необходимым дать определение понятию некоего «заинтересованного лица». Проект (см. ч. 11 ст. 245<sup>1</sup> АПК РФ) не отождествляет «заинтересованное лицо» и «лицо, в отношении прав или обязанностей которого были приняты соответствующие решения». Согласно Закону РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-I «О международном коммерческом арбитраже» лицом является «сторона, против которой вынесено указанное решение». В силу этого предлагается исключить ссылку на «заинтересованное лицо».

Рассмотрены ключевые вопросы правоприменения нового Проекта в отношении гражданского и арбитражного судопроизводства. Термин «функции содействия и контроля» государственных судов в отношении третейских судов был введен в законодательный оборот с принятием основанного на Модельном законе Комиссии ООН по праву международной торговли «О международном коммерческом арбитраже»

---

Ермакова Е.П., Ивановская Н.В., Кривенко О.А., Протопопова О.В., Русякова Е.П., Ситкарева Е.В. М.: РУДН, 2015.

одноименного Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 г. Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров о таких функциях не упоминает и функции содействия не регламентирует. Представляется правомерной постановка вопроса о введении в законодательство о «внутреннем» третейском суде норм, предусматривающих функции содействия и контроля государственных судов в отношении третейских судов.

Аргументом в пользу сделанного предложения может служить универсальный характер Модельного закона ЮНСИТРАЛ «О международном коммерческом арбитраже». При его разработке был изучен опыт законодательной регламентации третейского разбирательства в различных странах мира, принадлежащих к разным правовым системам. Модельный закон задуман и выполнен как призванный послужить базой для гармонизации национального законодательства не только о международном коммерческом арбитраже, но и о третейском разбирательстве «внутренних споров». Как отмечается в Записке Секретариата Генеральной Ассамблеи ООН от 25 марта 1988 г., Модельный закон приемлем для государств всех регионов мира с различными правовыми и экономическими системами, он пригоден для использования государствами и законодательного регулирования третейского разбирательства споров, которые не являются «международными».

## **ВОЗМОЖНОСТЬ РАСПРОСТРАНЕНИЯ СФЕРЫ ДЕЙСТВИЯ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ НА ЛИЦО, НЕ ПОДПИСЫВАВШЕЕ АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ (ДОКУМЕНТ, ЕГО СОДЕРЖАЩИЙ)**

**Бруцкий Александр Владимирович**

Студент III курса юридического факультета  
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова  
alexander.brutskiy@mail.ru

В данной статье рассматриваются вопросы подходов к распространению сферы действия арбитражного соглашения на лицо, не подписывавшее такое соглашение (документ его содержащий). Автор приходит к выводу о несоответствии двух антагонистических по отношению друг к другу подходов (условно сформированных по отношению к сфере действия арбитражного соглашения – ограничительного и расширительного) и предлагает третий «сбалансированный» подход к действию арбитражного соглашения по кругу лиц.

*Ключевые слова:* арбитражное соглашение; подходы к определению сферы действия арбитражного соглашения; арбитраж (третейское разбирательство); международный коммерческий арбитраж.

### **Введение**

В практике арбитражей встречаются случаи, когда исковое заявление о неисполнении договорных обязанностей, возникших на основании договора, содержащего арбитражное соглашение, предъявляются к лицу, формально, не являющемуся стороной контракта.

Первым вопросом, возникающим после предъявления такого искового заявления, является наличие у арбитража компетенции на разрешение спора между сторонами. Таким образом, возникает коллизия, в том числе, между проарбитрабельным подходом (ч. 8 ст. 7 ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – ФЗ об Арбитраже) и договорной природой коммерческого арбитража (ч. 1 ст. 7 ФЗ об Арбитраже).

Одним из распространенных способов её разрешения является признание отсутствия у арбитража компетенции на разрешение спора между сторонами (Постановление МКАС при ТПП от 17.01.2011 по делу № 85/2010). Данный подход, хотя и соответствует букве закона, по нашему мнению, не является верным и обоснованным, поскольку игнорируются фактические взаимоотношения сторон, а вопрос лишь исследуется на уровне наличия или отсутствия документа.

Актуальность данной работы обуславливается наличием практической проблемы определения компетенции арбитража на разрешения спора между сторонами в данном случае, а также необходимостью более глубокого теоретического осмысления данной проблемы.

### **Подходы к определению сферы действия арбитражного соглашения**

В доктрине и на практике конкурируют (обобщённо) два подхода к определению сферы действия арбитражного соглашения *in personam*, а именно: ограничительный подход и расширительный подход.

#### **Ограничительный подход**

Данный подход исходит из невозможности принудить лица к обращению в арбитраж по спору, в отношении которого такое лицо не заключало арбитражное соглашение (US District court, Southern District of New York № 98, 14.05.2000), невозможности обязанности стороны на разрешение спора арбитражем при отсутствии согласия с её стороны (US District court, Southern District of New York № 1 civ. 5044, 27.09.2001).

При этом указывается, что суды не должны презюмировать наличие согласия сторон на разрешение споров в арбитраже пока не имеется явных и убедительных доказательств согласия сторон на разрешение споров в арбитраже



(First Options of Chicago Inc. v. Kaplan, 514 U.S. 944, 115 S. Ct. at 1924, 131 L.Ed.2d. 985 (1995)).

Для определения наличия согласованного между сторонами арбитражного соглашения необходимо определить наличие явного и недвусмысленного намерения сторон на разрешение спора в арбитраже (US District court, Eastern District of Louisiana, 08.01.2002; Schults v. Metro. Life Ins. Co. 872, F.2d 676, 679 (5th Cir. 1989)).

Для констатации акцепта арбитражного соглашения конклюдентными действиями необходимо установление наличия волеизъявления стороны именно на акцепт арбитражного соглашения (Определение ВАС от 18.11.2013 № ВАС-15675/2013 по делу №А50-288/2013).

Данный подход является более формалистичным и в большей степени нацелен на проверку формы (способа) оформления правоотношений сторон, нежели их сущности.

#### **Расширительный подход**

Данный подход, наоборот, исходит из возможности распространения арбитражного соглашения на лиц, в нем не участвующих, по средствам ряда теорий (US District court, Southern District of New York № 98, 14.05.2000; US District court, Southern District of New York № 1 civ. 5044, 27.09.2001):

- заключение соглашения по средствам отсылки к стандартным формулам;
- заключение соглашения агентом;
- прокалывание вуали;
- вступление в договорные отношения по средствам акцепта конклюдентными действиями оферты, содержащей арбитражное соглашение;
- эстоппель.

Более того, в рамках данного подхода, само понятие арбитражное соглашение толкуется расширительным обра-

зом, так что включает в себя любое соглашение, обязательное для его сторон, заключенное в письменной форме о передаче споров между сторонами на разрешение в определенный арбитраж (US District court, District of Connecticut, 14.03.2000). В данном деле суд признал заключенным между сторонами арбитражное соглашение, содержащееся в исполненном банком запросе на открытие аккредитива.

Считается, что исполнение оферты, содержащей арбитражное соглашение, является, также, и акцептом арбитражного соглашения конклюдентными действиями (Tribunale supermo, 14.07.1998). Наличие воли обеих сторон на разрешение между ними споров в арбитраже признается достаточным для констатация наличия заключенного между ними арбитражного соглашения (Tribunale supermo, 07.07.1998).

Для признания факта заключения арбитражного соглашения необходимо установить намерение сторон на определение способа разрешения споров между ними (Supreme court, 20.08.2001, Civil Appeal No. 5537 of 2001).

При этом если соглашение, исходя из его текста, не ведет к противоречивости или абсурдности, то за таким соглашением должна признаваться юридическая сила (оно должно считаться обязательным для сторон) (Supreme court, 20.08.2001, Civil Appeal No. 5537 of 2001).

Соответственно, данный подход, наоборот, фокусирует внимание на фактических отношениях сторон, нежели на форме их закрепления сторонами.

### **Сбалансированный подход**

Приведенные подходы, по сути, противоречат и противостоят друг другу. Ограничительный подход более сконцентрирован на форме отражения взаимоотношений (договоренностей) сторон, тогда как фокус расширительного подхода обращен именно на фактические взаимоотношения сторон, а не на их отражение (форму).

Противоречие между приведенными подходами, в том числе, мировоззренческое. Выбор первого или второго зависит от того, что понимать, в том числе, под правом – совокупность норм, установленных законодателем и обеспеченных силой государственного принуждения или нечто иное не являющееся синонимом позитивного законодательства.

Полагаем, что ни один из приведенных выше подходов не может в полной мере претендовать на исключительность его применения. При применении ограничительного подхода, коммерческий арбитраж, как институт независимого и профессионального разрешения споров, будет, по нашему мнению, ограничен сверх формальными рамками, мешающими его развитию. С другой стороны, при исключительном применении расширительного подхода, наоборот ущемит основополагающее право на судебную защиту, поскольку лицо будет лишено возможности отстаивать свою позицию в государственном суде, производство в котором, дешевле, нежели в арбитраже, что также нарушит право на доступ к правосудию.

Соответственно, каждое конкретное дело должно рассматриваться с учетом его особенностей, то есть по усмотрению суда, ввиду невозможности выбора отдельной парадигмы. Таким образом, именно арбитражу (компетентному суду) предстоит определять, какую из концепций применить к конкретному спору, с учетом его обстоятельств и проарбитрабельного подхода.

С другой стороны, сказать, что суду (арбитражу) принадлежит дискреционное усмотрение по определению подхода, подлежащего применению – ровным счетом ни сказать ничего. При рассмотрении любого дела, разрешении любых вопросов, возникающих в рамках производства по делу у суда (арбитража) имеется определенная доля усмотрения. В каких-то делах она больше, в каких-то меньше, но она, в любом случае, присутствует, в том числе, как следствие теории свободной оценки доказательств.

Возвращаясь к теме, необходимо отметить, что при разрешении вопроса о наличии или отсутствии арбитражного соглашения суду необходимо иметь какой-то набор параметров и критериев.

Полагаем, что между приведенными ограничительным и расширительным подходами имеется «золотая середина», хотя буквально данная «середина» будет куда более «расширительной», нежели «ограничительной».

Итак, учитывая, что арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило ли правоотношение договорный характер или нет (ч. 1 ст. 7 ЗРФ о МКА, ч. 1 ст. 7 ФЗ об Арбитраже). Также под арбитражным соглашением понимается соглашение, устанавливающее взаимные права и обязанности сторон по вопросам способа, формы и процедуры разрешения возможного спора, а не соглашение, определяющее взаимные гражданские права и обязанности сторон, хотя и закаченное в форме гражданско-правового договора (п. 19 Обзора практики Коллегии по экономическим спорам – Обзор судебной практики ВС РФ № 4 за 2016 год, Определение ВС РФ от 02.11.2016 № 306-ЭС16-4741).

Полагаем, что определяющим аспектом арбитражного соглашения является именно сделочная природа такого соглашения. Сделкой признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). При этом для заключения договора необходимо согласованное выражение воли двух и более сторон (п. 3 ст. 154 ГК РФ). Таким образом, основополагающим является наличие согласованной воли сторон на заключение такого соглашения. Следовательно, линия разграничения между признанием наличия или отсутствия заключенного арбитражного

соглашения является определение наличия или отсутствия волеизъявления сторон на заключение такого соглашения.

Следует также отметить, что невозможно требовать наличия явного волеизъявления сторон на заключение арбитражного соглашения, поскольку стандарт доказывания *clear and convincing evidence*<sup>1</sup> чужд большинству гражданско-правового регулирования, основывающегося на стандарте доказывания *preponderance of the evidence (balance of probabilities)*<sup>2</sup>, в частности отраженном в ст. 65 АПК РФ.

Полагаем, что для констатации наличия заключенного арбитражного соглашения необходимо установление наличия волеизъявления сторон на разрешение споров в конкретном арбитраже, но такое согласие презюмироваться не может. Более того, данное согласие может следовать из действий стороны, в частности из акцепта договора конклюдентными действиями или арбитражное соглашение может признаваться заключенным в качестве мер защиты добросовестного участника обязательства на основании п. 2 ст. 10 ГК РФ. Стандарт доказывания по данному основанию, учитывая презумпцию добросовестности (п. 5 ст. 10 ГК РФ), напротив должен быть повышенным (*clear and convincing evidence*), по сравнению с общегражданским – *preponderance of the evidence (balance of probabilities)* (на повышенное бремя доказывания недобросовестности указывает ВС РФ в п. 1 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 за 2015 год от 26.06.2015<sup>3</sup> и Определении ВС РФ от 15.12.2014 по делу № 309-ЭС14-923).

Соответственно при применении «сбалансированного подхода» с одной стороны фокус внимания, все таки, остается не на форме закрепления правоотношений сторон, а на сущности таких отношений, с другой стороны, права на су-

---

<sup>1</sup> Повышенный стандарт доказывания.

<sup>2</sup> Общегражданский стандарт доказывания.

<sup>3</sup> Раздел – Практика коллегии по экономическим спорам ВС РФ подраздел – I. Основные положения гражданского законодательства.

дебную защиту и на рассмотрение дела тем судом, к подсудности которого рассмотрение данного дела отнесено не будет подвергаться несоразмерным ограничениям и достижение эффективного судебного контроля будет возможно.

### **Заключение**

Полагаем, что именно применение «сбалансированного подхода» обеспечит соблюдение противоречащих друг другу интересов и, на сколько это возможно, обеспечит защиту от злоупотребления процессуальными правами сторонами.

## СИСТЕМА УПРАВЛЕНИЯ АКЦИОНЕРНЫМИ ОБЩЕСТВАМИ

**Гауда Виктория**

Магистр кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,

В статье рассматриваются отдельные аспекты формирования и функционирования системы управления акционерными обществами. Анализируются принципы, порядок и модели корпоративного управления. Также дается характеристика российским особенностям системы управления акционерными обществами.

*Ключевые слова:* акционерное общество, органы управления, система управления

Кризис, образовавшийся в конце XX века (1980-х годов) послужил причиной для расширения новых организационно-правовых форм субъектов хозяйствования для решения сложившихся хозяйственных проблем<sup>1</sup>. Одной из таких сложных форм предпринимательства является компания, которые занимаются акционерной деятельностью, так называемые «акционерные общества» (далее АО).

По данным Федеральной налоговой службы Российской Федерации, количество акционерных обществ, сведения о которых содержатся в ЕГРЮЛ: в 2014 году составило 142366 ед., в том числе закрытые 110149 ед., открытые 28652 ед.; в 2015 году составило 126074 ед., в том числе закрытые 98313 ед., открытые 24270 ед.; в 2016 году составило 102293 ед., в том числе закрытые 81705 ед., открытые 19904 ед. Официальная статистика удостоверяет, что на про-

---

<sup>1</sup> Dudin M.N., Ivashchenko N.P., Frolova E.E., Arzumanova L.L., Voykova N.A. Development of Russian Venture Entrepreneurship by Activating Project Financing of Innovation Activity. *Espacios*. 2017. Vol. 38 (№ 33). P. 28.

тяжении многих лет идет сокращение общего количества созданных акционерных обществ, что связано с многочисленными трудностями и проблемами в деятельности данной организационно-правовой формы юридического лица<sup>2</sup>.

Согласно российскому законодательству, в акционерном обществе к органам управления относятся:

- общее собрание акционеров;
- совет директоров (наблюдательный совет);
- единоличный исполнительный орган (генеральный директор);
- коллегиальный исполнительный орган (правление, дирекция);
- ревизионная комиссия.

В зависимости от специфики деятельности акционерного общества, его размеров и решаемых задач может существовать различная структура органов управления<sup>3</sup>.

Наиболее распространенной является трехуровневая система управления (рис. 1).



**Рис. 1. Трехуровневая структура управления акционерным обществом**

<sup>2</sup> Прокошин В.А., Косаренко Н.Н. Финансово-правовое регулирование предпринимательской деятельности в современной России. М.: Флинт, 2017. 208 с.

<sup>3</sup> Пухарт А.А. Понятие и содержание принципа диспозитивности в гражданском процессуальном праве Российской Федерации // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. М.: РУДН, 2015.



В большинстве средних акционерных обществ при трехуровневой структуре управления исполнительным органом является единоличный исполнительный орган (директор, генеральный директор). Для крупных акционерных обществ, с большим числом акционеров целесообразно иметь два исполнительных органа – единоличный и коллегиальный. При такой структуре акционеры получают больше возможностей по контролю за действиями менеджмента. Для кредитных организаций в форме акционерного общества наличие двух исполнительных органов вообще является обязательным<sup>4</sup>.

В небольших акционерных обществах (с числом акционеров менее 50) функции совета директоров (наблюдательного совета) может исполнять общее собрание акционеров. В этом случае имеет место двухуровневая структура органов управления (рис. 2).



**Рис. 2. Двухуровневая структура управления акционерным обществом**

В двухуровневой структуре органов управления также может быть либо один (единоличный) исполнительный орган управления, либо два (единоличный и коллегиальный).

Каждый из органов управления акционерного общества принимает решения по вопросам деятельности общества в соответствии со своей компетенцией.

---

<sup>4</sup> Галкина М.В., Ермаков С.Л., Фролова Е.Е., Ястребов О.А. Экономические и правовые основы функционирования банковского сектора Российской Федерации: научно-практическое издание. Иркутск: Репроцентр А1, 2011. С. 385–388; Ермаков С.Л., Фролова Е.Е. Банковское дело: курс лекций. Иркутск, 2010. С. 371.

Компетенция органа управления акционерным обществом – это допустимый перечень вопросов, которые орган управления в соответствии с законом вправе рассматривать и принимать по ним решения.

Компетенция делится на исключительную и альтернативную. Исключительная компетенция – это часть вопросов компетенции, которая не может быть передана другим органам общества. Альтернативная компетенция – это часть вопросов компетенции органа управления, которая может передаваться на решение другим органам управления.

Важная роль отводится оценке системе управления, от эффективности которого напрямую зависит благосостояние фирмы в долгосрочной перспективе. Подавляющее большинство инвесторов готовы платить за акции той компании, где корпоративное управление внедрено и работает, даже если текущие финансовые показатели уступают конкурентам.

Термин «система управления акционерными обществами» сегодня можно встретить в разных отраслях экономической науки. В силу широты применения понятия у него отсутствует единое определение. Так, например, международная финансовая корпорация (IFC) системой управления называет «структуры и процессы руководства компаниями и контроля за ними». Эксперты Федеральной службы по финансовым рынкам добавляют к этому определению обязательную связь управления и экономических показателей работы хозяйственных обществ, отмечая, что частью системы управления должно быть привлечение и наращивание капитала.

Наиболее полным можно назвать определение, сформулированное Организацией экономического сотрудничества и развития: система управления акционерными обществами – это система управления и контроля над компанией, имеющая обязательную структуру. В системе должно существовать распределение прав и обязанностей между участниками корпоративных отношений (руководство, акционеры и

др. лица) и четкие правила для принятия решений. В рамках корпоративного управления определяются задачи компании, средства на реализацию этих задач и контроль<sup>5</sup>.

Независимо от подхода, система управления акционерными обществами содержит общие элементы<sup>6</sup>:

1. Сформированная система управления компанией и контроля за ее деятельностью. Собрание акционеров вырабатывает ключевые решения, которые впоследствии реализуют менеджеры высшего звена.

2. Структура, определяющая распределение прав и обязанностей между участниками корпоративного управления.

3. Правила принятия решений, рамки для достижения целей и контроля над результатами работы компании.

Под акционерным обществом понимается организация с коммерческими целями, уставный капитал которой сформирован за счет выпуска акций с одинаковой номинальной стоимостью. Лица, владеющие акциями общества (далее акционеры) не несут ответственности по образующимся долгам фир-

---

<sup>5</sup> Ермаков С.Л., Галкина М.В., Фролова Е.Е. Основные макроэкономические подходы к комплексной оценке качества управления банками в условиях неустойчивой экономической среды. Эффективность корпоративного управления // Актуальные проблемы права и отраслевого законодательства: материалы Всероссийской научно-практической заочной конференции, посвященной 80-летию Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина и 80-летию Байкальского государственного университета экономики и права. Иркутск: Изд-во Байкальского государственного университета, 2012. С. 8–23; Фролова Е.Е. Риск-ориентированный подход в формировании организацией политики управления рисками // Правозащитник. 2016. № 2. С. 1; Dudin M.N., Frolova E.E., Vysotskaya N.V., Pukhart A.A., Galkina M.V. Improving Professional Competence of the Staff as a Strategic Factor for Sustainable Development of Companies//The journal of business and retail management research. 2017. Vol. 12. № 1. P. 132–142.

<sup>6</sup> Ростовцева А.М. Акционерное общество как субъект предпринимательской деятельности [Электронный ресурс] // Общество и право. 2012. № 1 (38). URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/aktsionernoeobschestvo-kak-subekt-predprinimatelskoj-deyatelnosti> (дата обращения: 02.10.2017).

мы, их риск ограничивается лишь понесенными убытками в рамках стоимости акций. Деятельность созданного акционерного общества регулируется федеральными законами и ГК РФ. На практике зачастую данная форма юридического лица применяется для компаний крупного и среднего бизнеса<sup>7</sup>.

Акционерное общество, будучи самостоятельным субъектом гражданских правоотношений, имеет обособленное имущество и несет ответственность по своим обязательствам, осуществляет права и обязанности от своего имени. Однако акционерное общество не может быть создана и вести деятельность без физических лиц, которые выступают в качестве особых участников правоотношений – учредителей и органов управления юридического лица.

Акционерное общество – это объединение капиталов, высшая форма организации, которая способна привлечь максимальный объем денежных ресурсов от акционеров, не прибегая к заемным средствам. Но у акционеров могут быть интересы, противоречащие друг другу. Как правило, у них отсутствуют личные доверительные связи, существуют свои, зачастую противоречивые точки зрения на управление акционерным обществом. Представляется, что подобное коллективное управление в силу огромного количества внутренних противоречий не может быть эффективным – именно по этой причине для обеспечения здоровой экономической ситуации на рынке в отношении акционерных обществ во всем мире используется структура органов корпоративного управления, состоящая из нескольких звеньев<sup>8</sup>.

Система управления акционерными обществами формулирует единые «правила игры», стабилизирует процесс

---

<sup>7</sup> Самойленко С. С. Современный рынок: Правила игры. М.: Экономист, 2014. 286 с.

<sup>8</sup> Хечиев А.Е. К вопросу об управлении акционерными обществами: историко-правовой аспект // Евразийский юридический журнал. 2017. № 1 (104). С. 135–137.

управления, способствует росту доверия к компании со стороны потенциальных инвесторов, государственных органов и других заинтересованных лиц<sup>9</sup>.

Система управления акционерными обществами должна строиться на понимании того, что долгосрочный успех компании – это результат коллективной работы, в которой участвуют не только собственники и топ-менеджеры, но также рядовые сотрудники, инвесторы, поставщики, кредиторы и другие партнеры. Взаимовыгодное сотрудничество с каждым заинтересованным лицом – и есть вклад в эффективное развитие и высокую конкурентоспособность предприятия<sup>10</sup>.

Управление акционерным обществом означает деятельность руководителей и менеджеров, которые занимаются текущей работой и реализацией поставленных задач. Это в первую очередь взаимодействие заинтересованных лиц во всех аспектах деятельности компании, его цель – наладить механизмы, которые обеспечат баланс интересов всех участников акционерных отношений. Это более высокий, если угодно, политический уровень, нежели ежедневное плановое руководство. Пересекаются два понятия, в основном, в области стратегии развития предприятия, поскольку этот вопрос напрямую связан с деятельностью высшего менеджмента<sup>11</sup>.

Выделим следующие характерные черты эффективной системы управления акционерными обществами:

- прозрачность;

---

<sup>9</sup> Селивановский А., Андрюшова Е. Раскрытие и предоставление информации о конфликте интересов в деятельности совета директоров акционерного общества // *Хозяйство и право*. 2016. № 6 (473). С. 19–37.

<sup>10</sup> Семенова М.В. Понятие непубличного хозяйственного общества // *Успехи современной науки*. 2017. Т. 6. № 2. С. 23–28.

<sup>11</sup> Радченко А.И. Роль единоличного исполнительного органа в деятельности корпорации // *Успехи современной науки*. 2017. Т. 7. № 3. С. 142–146.

- раскрытие финансовой и другой информации о работе фирмы;
- наличие внутренних механизмов контроля над работой менеджеров;
- защита прав и интересов всех акционеров;
- выработка стратегии компании.

Важность системы управления акционерными обществами можно оценивать с разных точек зрения. Хорошо управляемые компании добиваются высоких результатов в долгосрочной перспективе, им проще получить доступ к капиталу. Высокие стандарты управления снижают риски при инвестировании. Это связано с наличием в таких компаниях высокооплачиваемых управленцев высокой квалификации. Для инвестора это повод предоставить капитал по меньшей стоимости. Компании со сформировавшимся корпоративным управлением обеспечивают прирост ресурсов для акционеров, работников и страны в целом, вносят вклад в экономику и в конечном итоге помогают обществу жить и развиваться<sup>12</sup>.

Можно отметить следующие факторы, которые способствуют повышению эффективности системы управления акционерными обществами:

1. Наличие четко сформулированных стратегических ориентиров. Нововведения в производстве, маркетинге, управлении ресурсами и т.д. должны быть обоснованы стремлением опередить конкурентов и предотвратить потерю рыночных позиций. При этом важно постоянно следить за тем, чтобы экономический эффект от нововведений был выше затрат на их внедрение<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Филиппова Т.А., Коваленко Е.Ю. Корпоративное управление: актуальные проблемы правового регулирования // Известия Алтайского государственного университета. 2016. № 3 (91). С. 159-163.

<sup>13</sup> Скворцова Т.А. Структура управления акционерным обществом [Электронный ресурс] // Scientific World. URL: [www.sworld.com.ua/index.php/ru/economy-411/mechanism-of-regulation-of-the-economy-411/11100-411-0441](http://www.sworld.com.ua/index.php/ru/economy-411/mechanism-of-regulation-of-the-economy-411/11100-411-0441) (дата обращения: 02.10.2017).

2. Минимизация управленческих расходов. В ситуации, когда расходы на управление выше, чем положительный результат, должен встать вопрос о перестроении всей системы менеджмента или отдельных ее звеньев.

3. Совершенствование внутрифирменной структуры. Ощутимый эффект на практике дает, например, переход от функционально-структурной модели компании к процессно-ролевой или матричной. Не всегда это возможно, но в этом случае сокращается число иерархических уровней, развивается горизонтальный (сетевой) тип управления, сокращается разрыв между руководителем и исполнителем. В итоге повышается мобильность всей системы и скорость ее работы<sup>14</sup>.

4. Институциональные аспекты, развитие нормативно-правовой базы. Это фактор, относящийся прежде всего к компетенции государства. Для развития экономических систем, которые соответствовали бы мировым стандартам, необходимо создание технологических и экономических институтов, которые учитывали бы и мировой бизнес-опыт, и российские традиции, формирующие характер предпринимательства в России. Необходимой также является политика инноваций.

Очевидно, что чем выше уровень системы управления акционерными обществами, тем эффективнее работа руководства и тем больше вероятность достижения компанией стратегических целей. Для того чтобы оценить эту взаимосвязь более достоверно, применяются различные подходы. Один из наиболее известных подходов носит название *Balanced Scorecard* – модель, разработанная Р. Капланом и Д. Нортон. Основная идея метода – объединить в сжатом виде все финансовые и нефинансовые показатели работы компании. Принято выделять четыре блока информации, не-

---

<sup>14</sup> Солдаткина Р.Н. Решение собраний как основание возникновения гражданско-правовых отношений // Бюллетень науки и практики. 2017. № 9 (22). С. 169–174.

обходимой руководителю для принятия решений: «Финансы (экономика)», «Рынок (клиенты)», «Бизнес-процессы» и «Инфраструктура (сотрудники)». Все блоки связываются между собой причинно-следственной цепочкой. В рамках каждого вырабатываются конкретные показатели эффективности (индикаторы), далее происходит сравнение плановых и фактических данных. В итоге руководитель получает информацию, достаточную для формулирования правильных выводов, касающихся эффективности реализации стратегии в каждой из областей. Таким образом, Balanced Scorecard – это средство не только мониторинга системы управления акционерными обществами, но и эффективный инструмент для стратегического планирования<sup>15</sup>.

Для интеграции в мировое бизнес-сообщество и выхода на международный рынок российским предприятиям необходимо добиваться высоких позиций в рейтинге. Это становится прямым подтверждением качества системы управления акционерными обществами и эффективности бизнеса.

Анализ эффективности системы управления акционерными обществами можно проводить, используя показатели, в достижении которых оно традиционно играет важную роль:

1. Повышение эффективности деятельности компании. Система управления акционерными обществами делает бизнес-процессы более рациональными, обеспечивает строгую подотчетность менеджеров разных уровней, сокращает риски, снижает капитальные затраты. Построение четкой системы управления акционерными обществами позволяет избежать дорогостоящих разбирательств в суде, которые возникают между участниками корпоративных отношений из-за несовпадения интересов, коррупции, сомнительных сделок и

---

<sup>15</sup> Тягай Е.Д. «Корпоративные отношения» и «корпоративные права» в новой редакции ГК: особенности нормативного определения и толкования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 11. С. 63–69.



т.д. Система предполагает единогласное соблюдение добровольно принятых стандартов и законодательства.

2. Облегчение доступа к рынкам капитала. Компании с успешно работающей системой управления пользуются повышенным доверием со стороны инвесторов. Здесь также важна прозрачность: имея информацию о деятельности фирмы, инвесторы имеют возможность оценить перспективы и риски. Это увеличивает лояльность, даже если открытые данные носят негативный характер, поскольку резко снижается неопределенность. Размер привлеченных инвестиций и объем капитализации – это конкретные показатели экономической деятельности компании. Профессиональный интернет-журнал для руководителей «Генеральный директор» в одной из статей 2014 года приводит мировую статистику, согласно которой в США и Великобритании за акции компаний с эффективным корпоративным управлением инвесторы готовы платить на 18% больше, чем за ценные бумаги аналогичных фирм с менее развитой управленческой практикой. В Италии этот показатель составляет 22%, в Индонезии – 27%<sup>16</sup>.

3. Снижение затрат на привлечение капитала, рост стоимости активов компании. Эффективная практика системы управления акционерными обществами не только способствует росту инвестиций, но и позволяет получать заемные средства на более выгодных условиях (сниженные процентные ставки, увеличенные сроки возврата и т.д.). Она находит отражение и в фирменных котировках. Специалисты ОАО «Норильский никель» проводили исследование, доказывая, что качество системы управления способно существенно повысить привлекательность акций. Они опрашивали лондонских биржевых аналитиков и инвестиционных консультантов из разных компаний. В результате изучения и анализа экспертных мнений был сделан вывод, что качественная систе-

---

<sup>16</sup> Тищенко Г.В. Изменения законодательного регулирования акционерных обществ: проблемы и последствия // Экономика. Бизнес. Банки. 2016. Т. 2. С. 9–24.

ма управления способна обеспечить рост капитализации на 37%.

Система управления акционерными обществами делает обязательными принципы открытости, прозрачности и честности компании, а это – прямые составляющие положительной репутации.

В условиях глобализации характерные черты каждой модели смешиваются и видоизменяются. Однако, так или иначе, внимание сконцентрировано на «трех китах»:

- определение роли и уровня независимости совета директоров;
- качество внутреннего аудита и контроля;
- степень раскрытия информации.

В России преобладает «инсайдерская» модель системы управления акционерными обществами (с низкой степенью раскрытия информации), которую отличают высокие затраты на удержание собственности. Не признается принцип разделения прав собственности и контроля. Однако стоит отметить, что Россия – единственная из стран СНГ, в которой разработан и действует Кодекс корпоративного поведения. Он основан на официальных принципах ОЭСР, адресован участникам рынка ценных бумаг, направлен на защиту прав инвесторов, содержит рекомендации по раскрытию информации и улучшению корпоративного управления в целом. Следование положениям Кодекса, действительно, помогает сократить или полностью исключить нарушения прав акционеров, типичные для России. Однако отечественная практика все еще сильно отстает от международной.

Эксперты отмечают следующие черты, присущие российским системам управления акционерными обществами:

- совмещение владения и управления одним лицом;
- слабые механизмы контроля над деятельностью фирмы (наемный руководитель подчиняется, как правило, только ведущему акционеру, а не всем акционерам);

– низкая прозрачность операций, сложность в получении информации о реальном финансовом состоянии компании, владельцах, сделках;

– использование незаконных или неэтичных методов работы: арест акций, недопуск акционеров на собрание, увод активов и т.д.

И без того непростая ситуация осложняется до сих пор недружественной к бизнесу государственной политикой. Многим компаниям невыгодно повышать прозрачность, поскольку это делает их уязвимыми перед контролирующими органами и силовыми структурами, несмотря на то, что много было сделано на пути преодоления такой ситуации. Все еще высокий уровень коррупции сохраняет риск для акционеров лишиться собственности через вмешательство чиновников. Наблюдается большой разрыв между уровнем жизни состоятельных и малообеспеченных людей, отсюда – разница в ценностях и отношении к целям компании.

Другая острая проблема – дефицит опытных менеджеров. На практике руководство фирмой часто осуществляют акционеры, которые могут действовать практически бесконтрольно, проводить сделки в личных интересах, пренебрегать финансовой политикой компании в целом, спускать большие объемы работы на подчиненных.

Из всего вышесказанного можно сделать вывод, что идеальной модели системы управления акционерными обществами вообще и в России в частности еще не существует. Тем не менее тенденция укрепления самого этого понятия и осознание его важности в обществе и среди главных акционеров есть. Очевидно и развитие корпоративного управления с опорой на зарубежный опыт. Для его окончательного укрепления необходимо участие органов исполнительной и законодательной власти, судебной-правовой и налоговой систем, а также самих компаний, заинтересованных в существовании российской модели системы управления акционерными обществами.

## ОТРАЖЕНИЕ ПРИНЦИПА ЭСТОППЕЛЬ В ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ 1980 ГОДА

Горбачева Анна Игоревна

Студентка IV курса Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
Науч. рук.: к.ю.н., доцент кафедры гражданского права  
и процесса и международного частного права РУДН *Е.П. Русакова*  
anka.gorbachyowa@yandex.ru

Данная статья содержит краткий анализ положений Венской конвенции 1980 о договорах международной купли-продажи товаров, направленный на выявление правовых механизмов защиты прав сторон, схожих по своему содержанию с конструкцией эстоппеля.

*Ключевые слова:* эстоппель, добросовестность, справедливость, противоречащее поведение, venire contra factum proprium

Эстоппель как урегулированный правовыми нормами принцип широко известен странам англо-саксонской правовой семьи. В самом широком смысле, эстоппель является юридическим понятием, непосредственно связанным с большим количеством правовых доктрин о справедливости. Однако, несмотря на то, что в странах континентальной правовой семьи данный термин, как правило, нормативно не закреплен, конструкции по смысловому содержанию аналогичному эстоппелю существуют и функционируют. Этимологически «эстоппель» происходит от старого французского слова «estoppe» – «остановить» или же другого понятия «estoupail» – «стопорная пробка»<sup>1</sup>, что по сути отражает сущность данного принципа.

Конвенция 1980 года по своей юридической природе представляет международное соглашение, которое унифицируют основные правила поведения, касающиеся международной купли-продажи товаров. Ответ на вопрос, касающийся-

---

<sup>1</sup> URL: <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C3S2makale10.pdf>

ся регулирования эстоппеля в рамках Венская конвенции, неоднозначен, поскольку в формулировках соглашения он не упоминается. Однако, можно предположить, что некоторые положения данного соглашения явно отражают идеи «защиты доверия» и «запрета противоречий».

Признается, что принцип добросовестности, лежащий в основе учения об эстоппеле, является общим принципом *Lex Mercatoria*. Статьи 1.7 и 1.8 принципов UNIDROIT<sup>2</sup> международных коммерческих договоров, статья 1.106 «Принципов европейского договорного права»<sup>3</sup> и несколько статей Венской конвенции 1980 года можно рассматривать в качестве примеров, содержащих конструкции по смыслу аналогичные эстоппелю.

Согласно ст. 1.8, принципов UNIDROIT сторона не должна действовать непоследовательно с тем пониманием, которое она вызвала у другой стороны, и на которое эта сторона разумно полагалась. В этом отношении главная задача принципа эстоппель – воспрепятствовать стороне получить преимущества и выгоду как следствие своей непоследовательности в поведении в ущерб другой стороне, которая добросовестным образом положила на определенную юридическую ситуацию, созданную первой стороной. Из этого явствует, что принцип «*venire contra factum proprium*» – запрета нарушения своего предыдущего поведения» прямо выражен и урегулирован в вышеуказанном акте. Конвенция 1980 года не содержит подобного запрещающего положения, однако идея добросовестности имеет принципиальное значение для толкования ее содержания<sup>4</sup>. В этой связи следует остановиться на анализе некоторых положений:

---

<sup>2</sup> URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>

<sup>3</sup> URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html#1s1>

<sup>4</sup> Кузнецов М.Н. Международное частное право. Общая часть: лекции, прочитанные в Российском университете дружбы народов в 2004–2014 гг.: учебное пособие. М., 2015. С. 115.

Правила, содержащиеся в статье 7, на которые влияет немецкая концепция «*treu und glauben*», касаются интерпретации договоров<sup>5</sup>. Как ни парадоксально, но в Конвенции отсутствует норма, налагающая на стороны обязанность добросовестного поведения. Тем не менее статья 7 может рассматриваться как общее положение о важности принципа добросовестности как фундаментального принципа, соответствующего духу Венской конвенции. Несмотря на формулировку статьи, существует мнение, что содержащиеся в ней принципы, могут применяться также и для толкования соглашения сторон (см. напр. мнение Эндерляйна/Маскоу<sup>6</sup>) и даже налагают на стороны обязательство действовать в соответствии с этими принципами (см. решение апелляционного суда Гренобля<sup>7</sup>). Вопреки судебным решениям, прямо указывающим в соответствии с буквальным смыслом статьи (см. Фарнворта, пара. С<sup>8</sup>), что принцип добросовестности относится только к толкованию Конвенции (см. решение МТП<sup>9</sup>), большинство судей и исследователей тяготеют к приданию ему более существенной роли (см. мнение Сим, раздел IV-А-6<sup>10</sup>).

Статья 16 о правилах отзыва оферты может также рассматриваться как положение, воплощающее в себе признаки доктрины эстоппеля. В ст. 16 (2)b в общем смысле изложен принцип о том, что лицо не должно действовать противоречиво. Исходя из её формулировки можно определить, что она защищает право адресата оферты разумно полагаться на по-

---

<sup>5</sup> Chwenzer, Ingeborg / HACHEM, Pascal, “Article 7 of the CIsG”, Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods (CISG) / ed. Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 96

<sup>6</sup> URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein-art08.html#art081a>

<sup>7</sup> URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>

<sup>8</sup> URL: [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=122100](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=122100)

<sup>9</sup> URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>

<sup>10</sup> URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html#iv>

ступившее предложение и действовать соответствующим образом.

Ученые предполагают, что вышеуказанная норма является отражением «теории разумной уверенности». Согласно данной концепции право оферента отозвать предложение блокируется, для того чтобы предотвратить возможность возникновения недобросовестного поведения в отношении адресата оферты. Поскольку ситуация оказалась бы несправедливой в случае, если оферент, который знал или должен был знать о том, что адресат оферты полагается на предложение, остающееся открытым, все равно отозвал бы его. Так называемая «разумная уверенность» может возникнуть в связи с разного рода заявлениями со стороны оферента, определяющими его намерение, до или в ходе сделок. Также в некоторых сферах существуют обычаи, указывающие, что определенные оферты априори являются безотзывными, если прямо не указано иное<sup>11</sup>.

Следует также отметить, что Конвенция 1980 требует, чтобы адресат оферты действовал согласно её условиям. Это объясняется тем, что действие, осуществленное в соответствии с положениями оферты, обладающей свойством обязательности, может служить стартом для производства товаров, приобретения материалов, заключения других контрактов, проведения дорогостоящих расчетов или аренды складских помещений, то есть началом исполнения договора. В этой ситуации суд или арбитраж, которые будут применять Конвенцию для разрешения правовой проблемы, должны запретить оференту осуществить отзыв оферты.

Встречаются мнения, что в структуре ст. 16 смешиваются два конкурирующих подхода. Первый пункт статьи отражает общее правило, регулирующее отзыв оферты, в то время как второй устанавливает два исключения из него. Не-

---

<sup>11</sup> Dimatteo Larry. "Critical issues in the Formation of Contracts Under the Cisg." *Belgrade Law Review*. Year, 2011. No 3. P. 75.

которые комментаторы определяют их как правила «твердого предложения». Выдвигаются предположения относительно того, что норма, закрепленная в ст. 16«а» отождествляет привычное правовым системам континентальных стран понятие безотзывности («irrevocability»), в то время как правило, содержащееся в подп. «b», аналогично понятию «обязательственный эстоппель» («promissory estoppel»), присущему странам англо-саксонской семьи<sup>12</sup>. Отсюда следует, что подп. (b) п. (2) можно рассматривать в качестве доказательства общего принципа эстоппель. Часть ученых, однако, трактует его в расширительном аспекте, придавая значение «venire contra factum proprium» – запрета противоречащего поведения в целом.

Важно заметить, что на этапе определения применимого права правовые институты, понятия и термины толкуются в большинстве случаев в соответствии с национальным законодательством. Как правило, независимо от того, содержится ли в нормативно-правовых актах конкретное понятие «эстоппель», схожие правовые конструкции обеспечения добросовестности существуют во многих правовых системах. Венская конвенция в свою очередь содержит некий компромисс между схожими по содержанию правовыми механизмами двух различных правовых семей, тем самым унифицирует их и стирает различия в понимании.

Одним из интересных дел, касающихся концепции estoppel, разрешенных на основании Венской конвенции, является спор о договоре купли-продажи клатрата между канадским продавцом и американским покупателем. Решение было вынесено районным судом южного округа Нью-Йорка в 2002 году. Американская корпорация Geneva Pharmaceuticals, которая разрабатывает, производит и распространяет препарат для разжижения сгустков крови, запросила образцы кла-

---

<sup>12</sup> Dimatteo Larry. “Critical issues in the Formation of Contracts Under the Cisg.” *Belgrade Law Review*. Year, 2011. No 3. P. 87.



трата у канадской компании Barr Corporation, которая через два дня их предоставила<sup>13</sup>. Впоследствии покупатель отправил продавцу справочное письмо, в котором сообщил о подаче заявки в Федеральное управление по лекарственным средствам для утверждения препарата. В течение срока обработки информации продавец заключил эксклюзивный договор купли-продажи с другой компанией.

После утверждения Федеральным управлением препарата Geneva Pharmaceuticals отправила Barr Corporation заказ на покупку 750 кг клатрата, который канадская компания не приняла. Покупатель предъявил иск продавцу в связи с нарушением контракта и потребовал, чтобы суд запретил осуществить отказ от выполнения обязательства («estopped»). Покупатель утверждал, что в данной сфере существует обычай, суть которого заключается в том, что покупатели могут полагаться на подразумеваемые обязательства по поставкам («implied supply commitments»). Суд, установив регулирование контракта Венской конвенцией, определил, что предоставление образцов со стороны продавца было офертой в соответствии со ст. 14 (1), и покупатель принял предложение на основании ст. 18 (3). В соответствии с подразумеваемо заключенным («implied-in-fact») договором продавец был обязан предоставить клатрат, если покупатель даст ему с коммерческой точки зрения разумное уведомление о заказе, (каковым было уведомление о направлении препарата на утверждение в Федеральное управление). Таким образом, Суд применил ст. 16(2)(b) Конвенции в том смысле, в котором она устанавливает модифицированную форму обязательственного эстоппеля («promissory estoppel»), не требующей соблюдения критериев предвидимости или ущерба.

---

<sup>13</sup> The U.S. District Court for the Southern District of New York. 21 August 2001. URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020821u1.html>.

В рамках данной работы также следует рассмотреть положения ст. 29 Конвенции, связанные с изменением сторонами договора. Вторая часть второго пункта статьи однозначно определяет содержание понятия эстоппеля, где первостепенное значение придается тому факту, что сторона *полагалась* на поведение другой стороны. Статья 29 (2) Конвенции признает волю сторон договориться о возможности изменения или прекращения письменного контракта исключительно в письменной форме. Это положение также применяется к ситуациям, при которых стороны соглашаются с другими формальностями, такими как подпись нотариуса или присутствие свидетеля. Исследователи считают, что это положение ограничивает сферу применения вышеуказанного требования установлением запрета на противоречащее поведение в качестве эквивалента применения доктрины эстоппеля<sup>14</sup>.

Важная проблема связана с возможностью рассматривать «заявления» стороны и соответствующее полагание на них противоположной стороны как основание для применения ст. 29 (2) Венской конвенции, так как во 2 пункте указывается, что в качестве такого основания выступает непосредственно «поведение». В принципах UNIDROIT содержится аналогичное правило. Однако, например, в ст. 2. 106 Принципов европейского договорного права помимо «поведения» упоминаются и «заявления». Ученые, используя расширительное толкование понятия «поведение», считают, что «заявления» также могут рассматриваться в рамках ст. 29, но только в том случае, если полагание на них другой стороны имело принципиальное значение для исполнения договора<sup>15</sup>.

Следует отметить, что ситуация, при которой одна сторона полагается на поведение другой, должна сопровождаться определенными действиями. Считается, что ст. 29 (2) предполагает их активный характер. Например, изготовление

---

<sup>14</sup> Guide to Article 29. URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp29.html>.

<sup>15</sup> Viscasillas Perales, Pilar. Modification and Termination of the Contract (Art. 29 Cisg) // Journal of Law and Commerce. Year. 2005. Vol. 25. P. 176.

договорно согласованных товаров в соответствии с устно внесенными изменениями в спецификации, явившиеся причиной значительных расходов для этой цели или изменившие финансовое планирование при полагании на заявления другой стороны<sup>16</sup>.

Важным в данном контексте является дело, рассмотренное в рамках арбитража Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft of Austria в 1994 году<sup>17</sup>. Между австрийским продавцом и немецким покупателем был заключен договор купли-продажи листового проката. Стороны договорились о том, что товары будут поставляться в рассрочку на условиях FOB Rockstock. Получив первые две поставки, покупатель перепродал товар бельгийской компании, которая затем отправила их португальскому производителю. Португальская компания отказалась принять товар по причине обнаружения дефектов. В ответ на уведомление немецкого покупателя о несоответствии товара и просьбу возместить ущерб австрийский продавец выразил отказ в своем письме, не обосновывая его по существу.

В ходе разбирательства арбитр установил, что покупатель не выполнил договорные обязательства, связанные с осмотром товара и уведомлением о несоответствии. Однако поведение продавца было признано своеобразным отказом в дальнейшем сослаться на невыполнение данных обязательств. В качестве основания для принятия решения арбитр применил ст. 7 (2), сослался на ст. 16 (2) b и 29 (2) Конвенции. В силу того, что продавец не воспользовался сразу своим правом отклонить жалобу покупателя по причине ее несвоевременного направления, данное нарушение не является для него важным. Согласно позиции арбитра, основной момент заключался в том, что даже после подачи жалобы продавец активно контактировал с покупателем в коммерческой

---

<sup>16</sup> Viscasillas. 2005. P. 178.

<sup>17</sup> Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft of Wien. 15 June 1994. URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>.

плане, (как впоследствии выяснилось основная цель продолжения торговых отношений заключалась в получении информации в отношении португальского конечного клиента и бельгийского посредника). Кроме того, от продавца неоднократно поступали заявления покупателю, из которого последний мог разумно сделать вывод о том, что продавец не будет ссылаться на вышеуказанные обстоятельства.

Этот случай можно считать значимым в арбитражной практике, поскольку было установлено, что лишение права возражения на основании запрета «противоречивого поведения» является общим принципом, который отражен в Конвенции. Согласно положениям решения, «аргументация основана на принципе добросовестности и тесно связана с доктриной эстоппеля». Правовая позиция стороны считается утраченной, если её поведение явно демонстрирует, что она не желает пользоваться правом на защиту, а другая сторона действует полагаясь на эту ситуацию<sup>18</sup>.

### **Заключение**

Поскольку Конвенция 1980 является своеобразным компромиссным механизмом, сглаживающим дисбаланс между различными методами и принципами правовых систем, можно признать соответствующим действительности, что в ней содержатся признаки эстоппеля как общего принципа правового регулирования, поскольку он отражает ценности, которые по сути присущи как странам англосаксонской правовой семьи, так и романо-германской. В этой связи можно сделать вывод о том, что доктрина эстоппеля представляет собой гибридный принцип, который находит свое выражение в странах общего права посредством учения об эстоппеле, а странах континентального права через принцип добросовестности и соответственно является важным правовым регулятором в рамках Венской конвенции.

---

<sup>18</sup> Безбах В.В., Пучинский В.К. Гражданское и торговое право зарубежных стран: уч. пособие с грифом Минвуза РФ. М.: МЦФЭР, 2004. С. 707.

## ТРАНСГРАНИЧНЫЕ БАНКРОТСТВА

**Клюева Вера Михайловна**

Студентка V курса Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
kastlbklv@mail.ru

В праве зарубежных стран недостаточно четко регламентированы этапы процедуры трансграничного (cross-border) банкротства. Институт банкротства настолько обширен, что включает в себя большой пласт как материально-правовых, так и процессуальных отношений.

Банкротство имеет не только частноправовое значение, но затрагивает и публичные интересы. Публичный интерес в отношениях, касающихся трансграничного банкротства, иллюстрируется несколькими аспектами:

1. Зачастую (как показывает опыт регулирования различных государств) положения и нормы о банкротстве носят императивный характер.

2. Кредиторы, зачастую, не обладают тем уровнем процессуальной грамотности, без которого затруднительно отстаивать свою позицию в судебном процессе, поэтому государство озабочено защитой их интересов.

3. Существуют акты международно-правового характера о признании cross-border банкротств, в которых вниманию судей предлагается подробный список аспектов, ввиду которых процедуру банкротства, инициированную в иностранном суде, представляется возможным не признать<sup>1</sup>.

Трансграничная несостоятельность (иногда называемая международной несостоятельностью) регулирует обращение

---

<sup>1</sup> Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment, art. 1(m). Para 11 of the Official Commentary to the Convention and Protocol gives as an example to the fact that in certain systems are not eligible for insolvency proceedings.

с финансовыми проблемными дебиторами, когда такие дебиторы имеют активы или кредиторов в более чем одной юрисдикции. Как правило, трансграничная несостоятельность больше связана с несостоятельностью компаний, которые действуют в более чем одной стране, а не с банкротством физических лиц. Как и в ситуации с традиционными коллизионными нормами, трансграничная несостоятельность сосредоточена на трех областях: выборе правовых норм, правил юрисдикции и применении правил судебных решений. Вместе с тем основное внимание уделяется признанию иностранных должностных лиц в деле о несостоятельности и их полномочиям<sup>2</sup>.

Существует три теории относительно администрирования трансграничной несостоятельности<sup>3</sup>:

Территориальный подход, по которому каждая страна применяет свои собственные законы о несостоятельности внутри страны в отношении всего имущества должника и всех кредиторов, которые находятся в пределах его юрисдикции. Этот подход не признает экстерриториального аспекта законодательства о несостоятельности.

Универсалистский подход (или универсальный подход), в соответствии с которым любые процедуры трансграничной несостоятельности будут управляться в соответствии с одним глобальным режимом несостоятельности, и все активы должника распределяются одним владельцем бюро по делам о несостоятельности независимо от того, где находятся активы или заявители<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 3 т. Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М.: БЕК, 2001. С. 8.

<sup>3</sup> Собина Л.Ю. Международные тенденции и особенности признания иностранных банкротств в России // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 11. С. 21–24; 2010. №12. С. 26–30.

<sup>4</sup> Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М.: Статут, 1999.

Гибридный подход. В теории или практике существует ряд гибридных подходов, в том числе:

Модифицированный универсализм, в соответствии с которым отдельные страны стремятся определить наиболее подходящую юрисдикцию для проведения разбирательства, а все другие государства будут сотрудничать с такими процедурами и облегчать их (с учетом ограничений публичной политики).

Кооперативный территориализм, который широко основывается на территориалистическом подходе, дополненном многосторонними конвенциями<sup>5</sup>.

Исторически сложилось так, что большинство правовых систем разработаны на территориальной основе, и это справедливо в отношении законов о банкротстве, как и в других областях. Вместе с тем с самого начала предпринимались отдельные попытки налаживания трансграничного сотрудничества в вопросах несостоятельности<sup>6</sup>.

В 1889 году в Монтевидео было подписано семь договоров с целью гармонизации международного частного права в государствах-участниках (Аргентина, Боливия, Парагвай, Перу и Уругвай), один из которых касался регулирования банкротств между государствами-членами. Договор был обновлен в 1930 году и широко предусматривал систему, которая была более близкой к территориализму, чем универсаль-

---

<sup>5</sup> Ситкарева Е.В. Новеллы определения права, применимого к частноправовым отношениям трансграничного характера // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сборник статей Международной научно-практической конференции памяти профессора В.К. Пучинского. 18 октября 2013 года. [Место защиты: Рос. ун-т дружбы народов]. М., 2010. 181 с.

<sup>6</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / под ред. В.А. Туманова. М.: Юристъ, 2003. С. 205–220. С. 2003; Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ // 2016. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. URL: [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/arbitration/2010Arbitration\\_rules\\_status.html%C2%A0](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules_status.html%C2%A0) (дата обращения: 07.06.2017 г.).

ность, предусматривая многократные административные процедуры банкротства в разных штатах для транснациональных компаний.

В 1933 году Дания, Финляндия, Исландия, Норвегия и Швеция подписали в законе Конвенцию о банкротстве Северных стран, которая действует сегодня и облегчает управление трансграничными банкротствами в регионе Скандинавии.

В 1980-х годах Международная ассоциация юристов опубликовала типовой закон – Типовой международный акт о несостоятельности, но в конечном итоге эта модель не была принята ни одной страной, и попытка была неудачной. Каждое принятое арбитражное решение или соглашение на любом иностранном языке должно сопровождаться присяжным переводом. Законом установлена фиксированная плата за рассмотрение дела в арбитражном фонде, и она напрямую зависит от количества выбранных медиаторов.

Проблема злоупотреблением подсудностью в виде *forum shopping* в данной работе была рассмотрена с различных ракурсов. Мотивация совершения миграции перед процедурой банкротства не всегда очевидна. Рассмотрение проблемы *forum shopping* с ракурса защиты интересов кредиторов показало, что *forum shopping* может иметь положительные последствия для кредиторов должника, если миграция была ими одобрена или инициирована. В других случаях защита интересов кредиторов обеспечивается применением специальных законов, посвященных защите кредиторов или деликтным правом. Тем не менее, использование *forum shopping* ограничивается различными способами в особенности институтом центр основных интересов.



## УЧАСТИЕ В ОТКРЫТОМ КОНКУРСЕ. ЗАКУПКИ

**Козин Дмитрий Евгеньевич**

Студент Российского университета дружбы народов

В настоящей статье рассматривается вопрос участие организации в открытом конкурсе, проводится анализ всей процедуры участия в закупке от момента приготовления заявки на участие в конкурсе и до момента заключения контракта с заказчиком. Исследуются процессы и законодательная база конкурсных процедур.

*Ключевые слова:* конкурс, закупки, тендеры, участие в закупке, 44-ФЗ, 135-ФЗ, 223-ФЗ, участие в конкурсе, торги, госзакупки, zakupki.gov.ru.

### **Участие в открытом конкурсе – что, где, как?**

Если ваша организация решила стать участником открытого конкурса, для участия в нем ей необходимо знать, как:

- 1) подготовить заявку;
- 2) внести обеспечение заявки;
- 3) подать заявку;
- 4) принять участие в процедуре вскрытия конвертов;
- 5) внести обеспечение исполнения контракта;
- 6) заключить контракт.

С такими познаниями у нее будет больше шансов победить и получить выгодный контракт.

### **Этап 1. Изучить условия закупки и подготовить заявку**

Чтобы принять участие в закупке, нужно:

- изучить условия закупки;
- запросить документацию (если это необходимо);
- подготовить заявку.

#### **1. Изучить условия закупки**

Чтобы правильно подготовить заявку, участник должен понять условия закупки, которые заказчик заложил в извещение и документацию.

При этом нужно обратить особое внимание на критерии оценки заявок. Их можно разделить на стоимостные и нестоимостные.

К первым относят:

- 1) цену контракта;
- 2) расходы на эксплуатацию и ремонт товаров, использование результатов работ.

Ко вторым относят:

- 1) качественные, функциональные и экологические характеристики объекта закупки;
- 2) квалификацию участников закупки, в том числе наличие у них:

- финансовых ресурсов;
- оборудования и других материальных ресурсов на праве собственности или ином законном основании;
- опыта работы, связанного с предметом контракта;
- деловой репутации;
- специалистов и иных сотрудников определенного уровня квалификации.

По этим критериям заказчик будет оценивать заявку. То есть потенциальному участнику нужно предложить заказчику наилучшие условия исполнения контракта<sup>1</sup>.

## **2. Запросить документацию**

После того как потенциальный участник изучит извещение, он вправе запросить у заказчика документацию (ч. 4 ст. 50 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», далее – Закон № 44-ФЗ). Это нужно для того, чтобы иметь на руках необходимые документы и примерные формы для заполнения.

---

<sup>1</sup> Гражданское право: учебник: в 2 т. / под ред. Б.М. Гонгало. Т. 1. 2-е изд. перераб. и доп. М.: Статут, 2017.

Участник должен направить запрос в письменном виде. В документе обязательно надо указать информацию об открытом конкурсе: его наименование и предмет, а также иные сведения для идентификации закупки (например, ее номер).

К запросу необходимо приложить документ об оплате предоставления документации, если заказчик установил такое требование.

Заказчик обязан ответить на такой запрос в течение двух рабочих дней после того, как получит его. То есть запрос нужно направить так, чтобы участник успел изучить ответ, подготовить заявку и подать ее.

Участник также может скачать конкурсную документацию из единой информационной системы на сайте [zakupki.gov.ru](http://zakupki.gov.ru) без обращения к заказчику.

### **3. Подготовить заявку**

Если организация изучила условия закупки и решила участвовать в конкурсе, то нужно составить заявку. Она должна учитывать все требования заказчика<sup>2</sup>.

**Форму заявки** заказчик может привести в составе документации. Если она есть, то стоит взять ее за основу. Если нет, то можно составить самому с учетом инструкции по ее заполнению, которую разработал заказчик. Она должна входить в состав документации (п. 4 ч. 1 ст. 50 Закона № 44-ФЗ).

**Состав заявки** можно разделить на части:

- информация об участнике и его документы. В эту часть заявки входят реквизиты, учредительные документы, декларация о том, что участник отвечает единым требованиям Закона № 44-ФЗ, и другие документы;

---

<sup>2</sup> Руководство по закупкам: учеб. пособие / под ред. Н. Дмитри, Г. Пига, Дж. Спаньоло; пер. с англ. М. М. Форже, Е.В. Хилинской под ред. И.В. Кузнецовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. 695, [9] с. – ISBN 978-5-7598-1000-1 (в пер.).

- предложение участника в отношении объекта конкурса. Если речь идет о закупке товара, то здесь участник должен предложить цену единицы товара и указать страну его происхождения;

- платежное поручение о перечислении обеспечения заявки или банковская гарантия.

Остальные документы участник предоставляет не во всех случаях, а только если заказчик установил дополнительные требования. К примеру, это могут быть копии ранее заключенных контрактов, которые подтвердят квалификацию участника.

Если участник не предоставит какой-либо из обязательных документов, то заказчик вправе отклонить его заявку<sup>3</sup>.

Полный перечень документов и информации, которые может включать в себя заявка участника, устанавливаются ч. 2 и 3 ст. 51 Закона № 44-ФЗ.

**Требования к оформлению заявки** в письменной форме приводит ч. 4 ст. 51 Закона № 44-ФЗ:

- все листы и тома заявки надо прошить и пронумеровать;
- в ее состав должна входить опись документов;
- участник должен скрепить заявку печатью (если она есть) и подписью.

Однако заказчик не имеет права отказать в допуске к участию в конкурсе лицам, которые не прошиты и не пронумерованы заявку. Соблюдать такие требования по оформлению участники должны, чтобы подтвердить, что они:

- подали предложение от своего лица;

---

<sup>3</sup> Русакова Е.П. Рассмотрение гражданских споров Арбитражами в РФ // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах: сборник статей Международной научно-практической конференции. М.: РУДН, 2016. С. 35–39.

- несут полную ответственность за подлинность информации (ч. 4 ст. 51 Закона № 44-ФЗ).

Если объем заявки очень большой, то стоит разделить ее на тома. Но делать это или нет – решает сам участник. Это его право, а не обязанность (письмо Минэкономразвития России от 23 мая 2016 г. № Д28и-1328).

### **Этап 2. Внести обеспечение заявки**

Чтобы участвовать в конкурсе, нужно внести обеспечение заявки. Такое требование в равной степени относится ко всем участникам.

Есть два способа его исполнить:

- внести денежные средства на расчетный счет заказчика;
- оформить банковскую гарантию.

Каким из них воспользоваться – участник выбирает самостоятельно.

Денежные средства должны поступить на счет заказчика до дня рассмотрения и оценки заявок. В ином случае заказчик вправе считать, что участник обеспечение не предоставил, и отклонить его заявку (ч. 5 ст. 44 Закона № 44-ФЗ).

Банковская гарантия должна отвечать требованиям ст. 45 Закона № 44-ФЗ. Так, срок ее действия должен охватывать период, который равен не менее чем двум месяцам с даты окончания срока подачи заявок. Сведения о гарантии должен содержать реестр банковских гарантий ЕИС (ч. 8 ст. 45 Закона № 44-ФЗ).

### **Этап 3. Подать заявку**

Участник вправе подать только одну заявку в отношении каждого предмета закупки (лота). Если несколько граждан участвуют в конкурсе на создание произведения искусства и литературы, то они подают общую заявку и считаются одним участником. Если документация предусматривает несколько видов поисковых научно-изыскательских работ в рамках одного лота, то участник вправе подать заявку только

в отношении одного из видов работ. Такой порядок приводят ч. 7–9 ст. 51 Закона № 44-ФЗ.

Место и сроки приема заявок заказчик указывает в извещении. А о порядке и форме их подачи участник может узнать из документации<sup>4</sup>.

Участник должен подать заявку **в письменной форме** в запечатанном конверте, который не позволяет просматривать ее содержание до вскрытия. Заявку **в форме электронного документа** заказчик примет, если такую форму допускает конкурсная документация и функционал ЕИС.

Заказчик обязан принять и зарегистрировать каждую поступившую заявку. Он обязан сделать это и в том случае, если на конверте нет информации об участнике.

Если конверт с заявкой поступит после истечения срока подачи заявок, заказчик его не вскрывает и возвращает по адресу, который указан на конверте.

Если участник решит изменить или отозвать свою заявку, то должен это сделать до начала процедуры вскрытия конвертов.

#### **Этап 4. Принять участие в процедуре вскрытия конвертов**

Присутствовать на процедуре вскрытия конвертов – право, а не обязанность участника.

Конкурсная комиссия вскрывает все поступившие конверты в один день. Это происходит в срок, который указывает документация.

При этом заказчик обязан предоставить всем участникам, которые подали заявки на участие, или их представителям:

---

<sup>4</sup> Руководство по закупкам: учеб. пособие / под ред. Н. Димитри, Г. Пи́га, Дж. Спаньоло; пер. с англ. М.М. Форже, Е.В. Хилинской, под ред. И.В. Кузнецовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. 695, [9] с. ISBN 978-5-7598-1000-1 (в пер.).

- возможность лично присутствовать при вскрытии конвертов либо
- полную информацию о процедуре в режиме реального времени. Например, это возможно посредством видеотрансляции через веб-камеру аналогично тому, как проводят онлайн-семинары.

Комиссия обязана записать процедуру на аудио- или видеоносители. При этом участники конкурса вправе вести такую запись самостоятельно.

Если во время вскрытия конвертов комиссия обнаружит две (или более) заявки от одного участника, то она вернет их ему без рассмотрения.

Об этом говорят ч. 3, 4 ст. 52 Закона № 44-ФЗ.

После вскрытия конвертов комиссия объявляет присутствующим информацию об участнике и условия исполнения контракта, которые он предложил в заявке. Все параметры заявки, которые служат критериями оценки, комиссия вносит в протокол.

После этого процедура вскрытия конвертов заканчивается и начинается этап рассмотрения и оценки заявок. Заказчик проводит его без участников закупки.

Он рассматривает заявки в течение не более чем 20 дней с даты вскрытия конвертов. Конкурсная комиссия вправе отклонить заявку, если участник или сама заявка не отвечают требованиям документации.

После того, как заказчик разместит протокол рассмотрения заявок в ЕИС, любой участник будет вправе направить заказчику запрос о даче разъяснений результатов конкурса. Это нужно сделать в письменной форме или в форме электронного документа.

В течение двух рабочих дней с даты поступления этого запроса заказчик обязан представить ответ в письменной или электронной форме.

Если участник не согласен с результатами конкурса, то вправе обжаловать их в порядке Закона № 44-ФЗ. Это может

сделать в том числе участник, подавший единственную заявку на участие.

#### **Этап 5. Внести обеспечение исполнения контракта**

Если участник стал победителем конкурса, то перед тем как подписать контракт, нужно внести обеспечение исполнения контракта<sup>5</sup>.

Размер обеспечения заказчик прописывает в извещении, документации и проекте контракта (ч. 1 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

Участник вправе предоставить заказчику обеспечение исполнения контракта одним из двух способов.

**Способ 1. Перечислить денежные средства на счет заказчика** (ч. 3 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

Реквизиты счета заказчик указывает в документации.

**Способ 2. Оформить банковскую гарантию** (ч. 3 ст. 96 Закона № 44-ФЗ).

Для ее оформления нужно:

- 1) выбрать банк, который выступит гарантом исполнения обязательств по контракту;
- 2) уточнить условия выдачи банковской гарантии и перечень документов, которые требует банк;
- 3) убедиться, что выданная гарантия отвечает требованиям ст. 45 Закона № 44-ФЗ.

#### **Этап 6. Заключить контракт**

Порядок действий участника для того, чтобы заключить контракт, определяет ч. 3 ст. 54 Закона № 44-ФЗ.

Участник должен:

- 1) подписать проект контракта, который ему направил заказчик;

---

<sup>5</sup> Руководство по закупкам: учеб. пособие / под ред. Н. Димитри, Г. Пига, Дж. Спаньоло; пер. с англ. М.М. Форже, Е. В. Хилинской, под ред. И.В. Кузнецовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. 695, [9] с. ISBN 978-5-7598-1000-1 (в пер.);



2) представить заказчику все экземпляры контракта и документы о внесении денежных средств в качестве обеспечения его исполнения (или банковскую гарантию).

Это нужно сделать в течение не более чем 10 календарных дней после того, как заказчик разместит в ЕИС протокол рассмотрения и оценки заявок.

Если участник нарушит этот срок, то заказчик признает его уклонившимся от заключения контракта. В результате возникнет риск того, что:

1) участник попадет в реестр недобросовестных поставщиков (ч. 2 ст. 104 Закона № 44-ФЗ, подробнее см. Когда организацию могут включить в реестр недобросовестных поставщиков: основания, процедура и Как добиться исключения сведений из реестра недобросовестных поставщиков);

2) заказчик удержит денежную сумму обеспечения заявки или предъявит требование по гарантии к банку, который потом взыщет деньги с участника (ч. 13 ст. 44 Закона № 44-ФЗ);

3) заказчик обратится в суд с иском о возмещении убытков, причиненных уклонением от заключения контракта (ч. 4 ст. 54 Закона № 44-ФЗ).

Если победитель уклонился от заключения контракта, заказчик сможет подписать его с участником, заявке которого комиссия присвоила второй номер.

## **ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ ИНСТИТУТА КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**Коньгин Д.В.**

Магистрант 2-го года обучения кафедра гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов

В данной статье автором анализируются основные особенности становления и развития института компенсации морального вреда в Российской Федерации от периода зарождения государственности на Руси до конца XX века. При написании статьи были изучены труды российских ученых-юристов, занимающихся данной проблематикой не только в России, но и за рубежом.

*Ключевые слова:* гражданское право; компенсация морального вреда; история гражданского права в РФ; правоприменение.

Защита таких существенных прав человека как право на жизнь, здоровье, честь и достоинство представляет собой наиболее актуальную проблему, исследуемую современной наукой юриспруденции. Однако, данная проблематика интересна не только современным ученым юристам, еще со времен первых государств философы и юристы тех времен задумывались над этим.

В России наука, законодательство и практика применения института компенсации морального вреда ведут свою историю практически с самого зарождения государственности на территории России. Самым существенным и хорошо изученным источником права тех времен является – Русская Правда X–XI вв. включающая в себя нормы, предусматривающие материальную ответственность за нанесение неимущественного вреда. В данном правовом акте можно наблюдать целый ряд норм, защищающих такие неимущественные права человека, как жизнь, здоровье и честь. К примеру, за кражу или незаконное пользование чужой вещью Русская Прав-

да предусматривала помимо возмещения имущественного вреда еще и денежную компенсацию за так называемую «обиду». Конкретно, подобная норма содержалась в «статье» 34 Пространной редакции Русской Правды, данная норма говорит, что при краже коня, оружия или одежды виновный помимо возвращения украденного обязан уплатить собственнику имущества 3 гривны за обиду<sup>1</sup>. Также, уже в те времена устанавливалась материальная ответственность за посягательства на честь и достоинство личности, к примеру, на Руси той эпохи серьезнейшим оскорблением для мужчины было нанесение вреда целостности его усов и бороды, противоправность данного деяния содержится в «статье» 7 Краткой редакции Русской Правды. Данная норма предполагает выплату потерпевшему по 12 гривен за усы и бороду. Немало внимания уделяется материальной ответственности за посягательство на честь и достоинство человека, например, за такое, как рвение усов и бороды как символ мужественности или за удар не обнажённым мечом.<sup>2</sup>

Впоследствии право на возмещение материальной компенсации за убийство (вира) и нанесение оскорбления осталось и в более поздних правовых актах, а именно Судебниках 1497 и 1550 годов. Каждый из данных судебныхников содержит определенные нормы, которые позволяли взыскать в пользу потерпевшей стороны определенную денежную компенсацию за нанесение ему виновным лицом «бесчестья», размер данной компенсации определялся тем, к какому сословию принадлежало лицо понесшее вред.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Пространная редакция Русской Правды, 11 в. Памятники русского права. М., 1956. Вып. IV. С. 232–261. URL: [http://his95.narod.ru/rus\\_pr2.htm](http://his95.narod.ru/rus_pr2.htm)

<sup>2</sup> Русская правда (Краткая редакция), 11 в. Тихомиров М.Н. Пособие по изучению Русской Правды М., 1953. С. 75–86. URL: <http://zakon.rin.ru/cgi-bin/view.pl?id=542&>

<sup>3</sup> Голубев К.И., Нарижний С. В. Компенсация морального вреда как способ защиты неимущественных благ личности. С. 66.

В общих чертах нормы, описывающие правила по возмещению материальной компенсации за личную «обиду», существовали в Соборном Уложении 1649 года. Они продолжали действовать вплоть до XVII в. При правлении Петра первого были дополнены положениями об оскорблении чести и Воинский, и Морской Уставы, а при правлении Екатерины Второй был издан Манифест о поединках 1787 года<sup>4</sup>. Данный манифест выделял три рода обиды: словами, письмом и действием, каждый род обиды пояснялся и влек определенное наказание, помимо прочего были предусмотрены отягчающие обстоятельства<sup>5</sup>.

Хоть Манифест о поединках и запрещал проведение дуэлей, но для российского дворянина той эпохи было нормальным и естественным реагировать на оскорбление именно вызовом на дуэль, но никак не требованием о возмещении денежной компенсации за оскорбление, таким образом высшее сословие предпочитало сатисфакцию действием, а не в денежном эквиваленте, так как считало, что это только сильнее опорочит и допустимо только лишь для «подлого» сословия.

Великая Октябрьская социалистическая революция внесла серьезные корректировки в менталитет населения России, но при этом отношение к институту компенсации морального вреда все также оставалось отрицательным, хотя и по иным основаниям. Широко распространённым мнением было представление о недопустимости существования данного института на территории Советской России, что вылилось в почти столетие отрицания института компенсации морального

---

<sup>4</sup> Боев А.А. Институт возмещения морального вреда в русском дореволюционном праве // Юрист. 2004. № 2. С. 60.

<sup>5</sup> Манифест от 21 апреля 1787 г. «О поединках». URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/58105678:0>

вреда, не признание ни самого понятия морального вреда, ни возможности его компенсации вплоть до 1990 года<sup>6</sup>.

Судебная практика того периода, опиравшаяся на господствующую в то время доктрину, характеризовалась «закостенелостью» в вопросе института компенсации морального вреда, и суды с неизменным порядком не принимали изредка подававшиеся иски о компенсации за нанесенный моральный вред в денежном эквиваленте<sup>7</sup>.

Главным принципом данной доктрины являлось то, что институт компенсации морального вреда рассматривался как классово чужеродный социалистическому обществу постреволюционной России. Основными доводами той доктрины были утверждения о том, что не представляется возможным рассчитать достоинство советских граждан в денежном эквиваленте, при этом напрочь отвергали идею о том, что сутью данного института является не выведение денежного эквивалента неимущественным правам, а в обязанности причинителя данного вреда перед потерпевшем, направленном на нивелирование полученных им нравственных и психических страданий. И соответственно в данном контексте деньги выступают уже не как эквивалент полученных страданий, а как источник позитивных эмоций, способный хотя бы частично компенсировать негативный эффект, причиненный психике человека, как следствие нарушения его неимущественных прав<sup>8</sup>.

Но после полного становления социализма на территории СССР, все дискуссии по поводу института компенсации морального вреда полностью прекратились и как результат правильной, целенаправленной пропаганды в общественном

---

<sup>6</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М.: МЦФЭР, 2004. С. 423.

<sup>7</sup> Зейц А. Возмещение морального вреда по советскому праву // Ежегодник советской юстиции. 1927. № 47. С. 1465.

<sup>8</sup> Брауде И. Возмещение неимущественного вреда // Революционная законность. 1926. № 9. С. 12.

правосознании укоренилось представление об институте компенсации морального вреда в денежной форме, как о совершенно чуждом и противном советскому гражданину явлении. Помимо этого, в средствах массовой информации довольно часто упоминались сатирические и довольно гротескные статьи и высказывания по поводу компенсации морального вреда. Также стоит отметить, что, несмотря на подобные негативные дефиниции по отношению к данному институту, была распространена практика предъявления исков о компенсации морального вреда советскими гражданами против иностранных граждан и юридических лиц. Как отмечал Малеин Н.С., «...и практика СССР шла по пути предъявления исков о возмещении морального вреда в тех случаях, когда, например, повреждение здоровья или причинение смерти советского гражданина произошли в капиталистической стране и дело рассматривалось судом по законодательству места совершения правонарушения («принцип» приносился в жертву во имя получения валюты)»<sup>9</sup>.

В шестидесятые годы прошлого века возобновилась дискуссия по поводу данного института, в силу того, что область гражданско-правового регулирования включает помимо имущественных, еще и личные неимущественные отношения<sup>10</sup>. Поддержка введения принципа компенсации морального вреда осуществлялась в работах В.А. Тархова<sup>11</sup>, С.Н. Братуся<sup>12</sup>, А.М. Беляковой<sup>13</sup> и др. Также существенным

---

<sup>9</sup> Малеин Н.С. О моральном вреде. Государство и право. 1993. № 3. С. 33.

<sup>10</sup> Бадаева Н.В. Защита владения в континентальной системе права // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». 2007. № 5. С. 160.

<sup>11</sup> Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973. С. 23.

<sup>12</sup> Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 202.

<sup>13</sup> Белякова А.М. Имущественная ответственность за причинение вреда. М.: Юридическая литература, 1979. С. 10.

доводом за институт компенсации морального вреда было то, что в законодательстве других социалистических стран данный институт был закреплен и использовался, к примеру, в Польской Народной Республике, Чехословацкой Социалистической Республике, Германской Демократической Республике и ряде других<sup>14</sup>.

Наиболее существенный аргумент против института компенсации морального вреда в денежном эквиваленте заключался в том, что практически не представляется возможным объективно и полно оценить психический вред в денежном эквиваленте. Данная позиция представляла мнение о присущем гражданскому праву принципу эквивалентного возмещения, ссылаясь на то, что при причинении ущерба личным неимущественным правам и другим нематериальным благам принцип эквивалентности недопустим<sup>15</sup>.

Впервые легализация понятие морального вреда в российском законодательстве произошла 12 июня 1990 г. с принятием Закона СССР «О печати и других средствах массовой информации»<sup>16</sup>. При этом, данный закон не раскрывал понятия морального вреда, а лишь в 39 статье (вышеуказанного закона) предусматривал, что моральный вред, причиненный гражданину в результате распространения средством массовой информации не соответствующих действительности сведений, порочащих честь и достоинство гражданина, либо причинивших ему иной неимущественный ущерб, возмещается по решению суда средством массовой информации, а также виновными должностными лицами и гражданами. Также, данная статья предусматривала компенсацию мо-

---

<sup>14</sup> Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. М.: Изд. группа ФОРУМ–ИНФРА-М, 1997. 240 с.

<sup>15</sup> Бадаева Н.В. Институт владельческой защиты в римском праве и его рецепция в странах континентальной Европы // Юридические записки. 2011. № 1(24). С. 73.

<sup>16</sup> Закон СССР от 12.06.1990 № 1552-1 «О печати и других средствах массовой информации». URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/6321206:0>

рального вреда в денежном эквиваленте, сумма которого должна быть определена судом.<sup>17</sup>

Существенный прогресс по определению понятия морального вреда на законодательном уровне был достигнут путем принятия Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 31 мая 1991 г.<sup>18</sup>, которые определяли моральный вред как «физические или нравственные страдания».<sup>19</sup>

Законодательные органы, «новообразованной» на тот момент Российской Федерации, решили, что правильнее будет включить положения о компенсации морального вреда в отдельные нормативно-правовые акты<sup>20</sup>: Закон РФ от 19 декабря 1991 г. «Об охране окружающей природной среды»<sup>21</sup>, Закон РФ от 27 декабря 1991 г. «О средствах массовой информации»<sup>22</sup>, Закон РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав

---

<sup>17</sup> Об институте ответственности в праве стран АТР см.: Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография / В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева [и др.]. М.: РУДН, 2015.

<sup>18</sup> Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (утв. ВС СССР 31 мая 1991 г. № 2211-1) URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=972;fld=134;dst=100004;rnd=203280.9071234206065129;ts=02032803426748502225665>

<sup>19</sup> Беликова К.М., Гребенников В.В. Правовые основы межсистемного взаимодействия органов судебной власти с другими направлениями правоохранительной деятельности: опыт Аргентины // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия Юридические науки. 2012. № 2. С. 140-146.

<sup>20</sup> Русакова Е.П. Рассмотрение гражданских споров арбитражами в РФ // сборник статей Международной научно-практической конференции. М.: РУДН, 2016. С. 35-39.

<sup>21</sup> Закон РСФСР от 19 декабря 1991 г. N 2060-1 «Об охране окружающей природной среды». URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/6256989:0>

<sup>22</sup> Закон РФ от 27.12.1991 N 2124-1 (ред. от 05.04.2016) «О средствах массовой информации». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=196366;fld=134;dst=100000001,0;rnd=0.9488068556007675>



потребителей»<sup>23</sup>, Правила возмещения работодателями вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, утвержденные постановлением ВС РФ от 24 декабря 1992 г.<sup>24</sup>, Закон РФ от 22 января 1993 г. «О статусе военнослужащих»<sup>25</sup> и др.

Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении №10 от 20 декабря 1994 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»<sup>26</sup> провел анализ отдельных аспектов применения норм законодательства, затрагивающих проблемы компенсации морального вреда. Данное постановление привело к укреплению единообразия правоприменения и унификации законодательства о компенсации морального вреда, по вопросам конкуренции нормативно-правовых актов. Но к сожалению, данное постановление так и не дало существенно новых решений для установления единообразия в сфере определения размера компенсации за понесённый моральный вред.

---

<sup>23</sup> Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 13.07.2015) «О защите прав потребителей». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=182775;fld=134;dst=1000000001,0;rnd=0.42628723194652174>

<sup>24</sup> Постановление ВС РФ от 24.12.1992 N 4214-1 «Об утверждении правил возмещения работодателями вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанными с исполнением ими трудовых обязанностей». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=8598;fld=134;dst=100009;rnd=203280.11563713935440156;;ts=0203280037786326747008325>

<sup>25</sup> Закон РФ от 22.01.1993 N 4338-1 (ред. от 24.11.1995) «О статусе военнослужащих». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=8600;fld=134;dst=1000000001,0;rnd=0.8621460219222963>

<sup>26</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.1994 № 10 (ред. от 06.02.2007) «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=66230;fld=134;dst=1000000001,0;rnd=0.5436850453194633>

## АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РФ

**Кошелев Антон**

Магистрант 1-го года обучения кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

В данной статье проанализирована и рассмотрена акционерная организационно-правовая форма ведения предпринимательской деятельности в Российском праве. Дается общее представление акционерного общества в праве РФ и выделены существенные особенности данной организационно-правовой формы.

*Ключевые слова:* акционерное общество, публичное акционерное общество, непубличное акционерное общество, юридическое лицо, акция, эмиссия, акционер, общее собрание акционеров, совет директоров, исполнительный орган, директор, подписка, фонд.

На данный момент роль акционерных обществ в современном мире является очень значительной. Являясь экономическим субъектом правоотношений, акционерные общества оказывают существенное влияние на политику государства и самого общества благодаря своим масштабам деятельности<sup>1</sup>. Примером активного участия акционерного общества в рассмотрении политических вопросов может служить использование руководством нашей страны ПАО «Газпром» для достижения определенных результатов на международном политическом уровне. Подобное влияние акционерных

---

<sup>1</sup> Дудин М.Н., Лясников Н.В., Сенин А.С., Толмачев О.М., Никишина И.В., Погребинская И.А., Фролова Е.Е. Государственное регулирование экономики: учебное пособие для бакалавров и магистров. М.: Элит, 2017. С. 376; Дудин М.Н., Лясников Н.В., Иващенко Н.П., Фролова Е.Е. Россия в системе мировой экономики и международных связей в условиях инновационной трансформации социально-экономических систем: монография. М.: Русайнс, 2017. С. 194.

обществ признано многими известными цивилистами и не подлежит оспариванию. Вот как писал известный правовед советско-российского периода времени В.А. Туманов (20.10.1926–09.06.2011): «Власть этих акционерных обществ столь велика и столь очевидна, что сами буржуазные авторы сравнивают ее с властью феодалов периода раннего средневековья»<sup>2</sup>.

Как и во многих странах, ключевым звеном в российской экономике являются коммерческие предприятия, созданные и функционирующие в акционерной организационно-правовой форме. Данная организационно-правовая форма юридического лица имеет ряд отличительных особенностей от других форм. Во-первых, это возможность выпускать акции для привлечения финансовых средств и увеличения собственного капитала. Во-вторых, возможность любого лица быть инвестором и акционером данного общества (только у ПАО) и отсутствие каких-либо ограничений на количество таких инвесторов. И третьей особенностью является система управления обществом, более сложная, чем в других организационно-правовых формах, но столь необходимая для эффективного функционирования компании, целями которой являются достижение определенных результатов в коммерческой деятельности. Далее в данной статье я более подробно разберу эти особенности акционерных обществ, как положительные, так и отрицательные<sup>3</sup>.

Необходимо отметить, что акционерное общество является юридическим лицом и в соответствии с Российским законодательством имеет все соответствующие атрибуты (печать, фирменное название, бланки, счет, устав). Правоспо-

---

<sup>2</sup> Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: сборник зарубежного законодательства / под ред. В.А. Туманова. М., 1995.

<sup>3</sup> Суханов Е.А. Предпринимательские корпорации в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации // Журн. рос. права. 2015. № 1. С. 8.

способность акционерное общество обретает с момента государственной регистрации общества в установленном законодательством порядке. Порядок государственной регистрации юридических лиц при их создании, реорганизации и ликвидации регулируются и регламентируются главой 3 Федерального Закона от 08.08.2001 № 129 «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»<sup>4</sup>. Моментом регистрации акционерного общества является внесение соответствующей записи регистрационным органом в единый государственный реестр юридических лиц. В Российском законодательстве регистрацией юридических лиц занимается Федеральная Налоговая Служба (далее – ФНС РФ). В отличие от других организационно-правовых форм акционерные общества после государственной регистрации в качестве юридического лица обязаны также проходить регистрацию эмиссии акций в Центральном Банке Российской Федерации (далее – ЦБ РФ). Таким образом, для осуществления предпринимательской деятельности акционерное общество должно быть зарегистрировано соответствующими органами как юридическое лицо и как эмитент акций в соответствии с действующим законодательством. Местом регистрации акционерного общества является место фактического нахождения общества, если уставом не оговорено иное.

В законодательстве Российской Федерации к акционерным обществам, как к форме гражданских правоотношений, относятся множество нормативно-правовых актов, но основным и специализированным источником правового регули-

---

<sup>4</sup> Федеральный закон от 08.08.2001 № 129-ФЗ (ред. от 30.10.2017) «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

рования акционерных обществ является Федеральный Закон от 26.12.1995 № 208 «Об акционерных обществах»<sup>5</sup>.

Данный закон регламентирует порядок жизнедеятельности любого акционерного общества на территории Российской Федерации. На март 2017 года ФЗ №208 «Об АО» имеет 14 глав, включающих в себя 94 статьи, в которых очень подробно и досконально изложено, что такое акционерное общество, как его организовывать и ликвидировать, как в нем должны быть выстроены системы управления, владения и распоряжения, как акциями, так и активами, какие требования действующего законодательства должны выполняться при функционировании общества.

В соответствии с Гражданским Кодексом и ФЗ № 208 «Об АО» акционерные общества подразделяются на два вида – публичные акционерные общества (далее – ПАО) и непубличные акционерные общества (далее – АО), что должно быть отражено в уставе и наименовании определенного акционерного общества.

Российское законодательство основным различием между ПАО и АО устанавливает возможность ПАО проводить размещение своих акций и других эмиссионных ценных бумаг посредством открытой подписки, т.е. осуществлять их свободную продажу любым лицам (физическим и/или юридическим) в соответствии с действующим законодательством РФ. Также в процессе функционирования ПАО акционеры вправе отчуждать свои акции третьим лицам без согласования с другими акционерами. АО не обладает таким правом и не может размещать свои акции и/или иные эмиссионные бумаги посредством открытой подписки, а также предлагать свои бумаги для приобретения неограниченному кругу лиц каким-либо иным образом (п. 2 ст. 7 ФЗ № 208 «Об АО»). ПАО наравне с АО также может проводить закрытую под-

---

<sup>5</sup> Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «Об акционерных обществах».

писку на выпускаемые акции, если иное не оговорено в уставе ПАО и не противоречит требованиям правовых актов РФ (п. 2, ст. 39 ФЗ № 208 «Об АО»). В АО все акции размещаются между учредителями или иным кругом лиц, оговоренным заранее.

Основой любого акционерного общества является уставный капитал, вносимый учредителями в определенных размерах и долях при учреждении общества и являющийся денежным выражением стоимости имущества общества. В качестве вноса в уставный капитал могут выступать не только денежные средства, но и оборудование, недвижимость, торговый знак, интеллектуальная собственность. Взамен вносимого имущества учредитель получает в качестве оплаты право участия в обществе, подтверждаемое определенным количеством акций. На данном этапе все, размещаемые между учредителями, акции являются именными, а их количество, номинал, категория, а также права, которые предоставляют эти акции своему владельцу, должны быть определены уставом акционерного общества. С этого момента акционер уже не может вернуть назад акции и потребовать возврата внесенного им имущества, он может только продать, подарить, завещать свои акции другому лицу, т.е. уступить право участия в обществе. Данный принцип построения отношений является гарантией того, что акционерное общество будет функционировать в прежнем режиме независимо от решений о выходе из участников общества одного или нескольких акционеров<sup>6</sup>.

Создание и функционирование акционерного общества может осуществляться в рамках любой формы собственности: частной и/или государственной. Конечно же, допустимы и смешанные виды собственности, но в любой форме соб-

---

<sup>6</sup> Юридические лица в российском гражданском праве: моногр.: в 3 т. Т. 1 / А.В. Габов, О.В. Гутников, С.А. Сеницын. М.: ИНФРА-М, 2015. С. 254.

ственность общества является частной и принадлежит конкретному обществу.

На данный момент акционерное общество в нашей стране представляет из себя наиболее совершенный и отрегулированный правовой механизм для осуществления экономической деятельности на основе объединения капиталов различных лиц. На основании изученного и проанализированного действующего законодательства, регулирующего деятельность акционерных обществ в РФ, автор пришел к трем основным преимуществам-особенностям акционерной формы хозяйствования над остальными организационно-правовыми формами:

- возможность юридического лица (организации, компании, предприятия) привлекать в свой капитал дополнительные инвестиции с фондового рынка;
- возможность свободного выхода участника юридического лица из бизнес-процесса путем простого отчуждения своих акций;
- возможность эмиссии привилегированных акций, строго устанавливающих права их владельцев (размер дивиденда, ликвидационная стоимость, наличие или отсутствие права голоса на общем собрании акционеров).

Все остальные положения и возможности акционерной организационно-правовой формы так или иначе встречаются в иных формах ведения предпринимательской деятельности.

Основных отличительных недостатков-особенностей акционерной организационно-правовой формы тоже три:

- открытость юридического лица, т.е. общество обязано создавать годовые отчеты, отчитываясь о прибыли и убытках;
- отсутствие контроля за перепродажей акций общества;
- двойное налогообложение (сначала общество платит налог на прибыль и в различные фонды, затем каждый акционер платит налог на дивиденды (13%)).

Структура управления акционерным обществом существенно отличается от структур управления другими обществами, являясь более сложной и многоуровневой:

- наивысшим органом является общее собрание акционеров, выражающих волю собственников общества;
- контролирующим и управляющим органом является совет директоров;
- систему исполнительных органов составляют: директор, правление, управляющие, должностные лица, служащие.

Подобная структура управления юридическим лицом оправдала себя на практике в реализации капиталоемких предпринимательских проектов за счет демократизма в принятии решений и иерархической подчиненности.

Между, перечисленными выше, органами управления в акционерных обществах существует строгое разграничение прав, обязанностей и полномочий, связанных с управлением обществом.

Исходя из задач, целей и специфики деятельности каждое акционерное общество само выбирает наиболее удобный способ управления с учетом действующего законодательства<sup>7</sup>. Выбор структуры управления должен соответствовать масштабу и характеру поставленных целей. В процессе функционирования предприятия (акционерного общества) структура управления может изменяться акционерами.

Также акционерное общество обязано иметь ревизионную комиссию, осуществляющую контроль за текущей финансово-хозяйственной деятельностью общества (глава XII, ФЗ № 208 «Об АО»). Ревизионную комиссию, как правило, не рассматривают как орган управления, но в связи с тем, что

---

<sup>7</sup> Русакова Е.П. Рассмотрение гражданских споров Арбитражами в РФ // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах: сборник статей Международной научно-практической конференции. М.: РУДН, 2016. С. 35–39.



эффективная предпринимательская деятельность не может осуществляться без надежной системы контроля со стороны собственников бизнеса, юридическое сообщество относит ревизионную комиссию к инструментам органов управления, помогающим им в управлении обществом<sup>8</sup>.

Действующее законодательство, несмотря на ряд недоработок и пробелов, в фундаментальной основе очень скрупулезно регулирует деятельность, полномочия и компетенции органов управления в акционерном обществе. Соглашаясь с В.В. Долинской о слишком большом пласте диспозитивного регулирования отношений и функций органов управления в акционерном обществе, стоит взглянуть на это мнение не со стороны законодателя, а со стороны акционера-предпринимателя. Со стороны собственника бизнеса, чем меньше ограничений, тем лучше – становится больше возможностей для маневра, для новых управленческих решений, для выстраивания бизнес-процессов под потребности и вызовы рынка. Таким образом, законодатель как бы предоставляет каркас, скелет для ведения предпринимательской деятельности, а внутреннюю отделку и внешний облик формирует по своему усмотрению предприниматель. В руках акционеров остается два рычага для управления органами управления и ограничения их полномочий: устав общества и внутренние документы. Таким образом, например, совет директоров, благодаря внутренним документам (правилам, инструкциям, распоряжениям) имеет широкие возможности ставить исполнительные органы в нужные для них рамки деятельности<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского: уч. пособие с грифом Минвуза РФ. М.: МЦФЭР, 2004.

<sup>9</sup> Гражданское право: учебник: в 3 т. / отв. ред. В.П. Мозолин. 2-е изд., перераб. и доп. Т. 2. М.: Изд: ООО «Перспект», 2016. С. 178.

Успешность и прибыльность акционерного общества зависит от всех его органов управления – и от совета директоров, и от единоличных исполнительных органов, и, в большей степени, от самих акционеров. В российской практике нередки случаи пренебрежительного отношения акционеров к осуществлению своих прав. «Спящие» акционеры являются очень опасной тенденцией на российском акционерном рынке. Владение акциями подразумевает активное участие акционеров в жизнедеятельности компании, накладывает обязанности по управлению имуществом общества и бремя его содержания. Недостаточно активная реализация своих прав акционерами создает благодатную почву для злоупотреблений и нарушений другими руководителями общества. Пользуясь пассивностью акционеров, исправно получающих дивиденды, эти недобросовестные руководители решают больше свои финансовые вопросы нежели, чем заботятся о процветании общества, нанося вред и самому обществу, и другим акционерам. В обществе у всех должно постоянно присутствовать понимание, что любое нарушение или злоупотребление не останется без внимания со стороны акционеров общества, а виновный понесет заслуженное наказание. Очень часто встречаются случаи, когда акционер со значительным пакетом акций несколько лет не принимал участия в общих собраниях акционеров, а потом с удивлением узнавал, что компания находится на грани банкротства. Каждый акционер общества должен осознавать, что как-бы идеально не была выстроена система управления в акционерном обществе, какими бы финансовыми гениями не были директора и управленцы компании, без их активного участия, контроля и определенных усилий, общество ждет разложение.

### **Заключение**

Сама конструкция акционерного общества появилась в Российской Федерации в связи с потребностью нашей эко-

номики в осуществлении крупных проектов, требующих концентрации крупного капитала. Данная форма позволяет проводить сложнейшие комбинации по перемещению капиталистической собственности за счет простой купли-продажи акций. Примерами успешных акционерных обществ могут служить такие компании как ПАО «Газпром», ПАО «РЖД», ПАО «Лукойл», ПАО «Северсталь» и т.д.

## АРБИТРАЖ В КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКЕ<sup>1</sup>

**Крамаренко Владимир Олегович**

Студент 2-го курса магистратуры  
кафедры истории права и государства Юридического института  
Российского университета дружбы народов

Арбитраж в Китайской Народной Республике возник в середине XX века и в настоящее время такие арбитражные центры как Китайская Морская арбитражная комиссия (СМАС) и Китайская международная торгово-экономическая арбитражная комиссия (СИЕТАС) известны не только в Китае, но и во всем Азиатско-Тихоокеанском регионе. СИЕТАС постоянно совершенствует свои правила. В 2015 году появилась возможность объединение нескольких процессов в один, вступление в процесс третьих лиц, соединение требований из разных договоров и назначения чрезвычайного арбитра. Кроме того, появился специальный регламент, касающийся процедуры представления доказательств и доказывания, что так же является прогрессивным шагом, для упрощения процедуры. Производимые процедурные изменения дают свой положительный результат, о чем свидетельствуют статистические данные арбитражей. За последние десять лет существования Китайской Пекинской Комиссии в 2015 году было подано наибольшее количество заявлений о разрешении споров.

*Ключевые слова:* Китай, судебные решения, СИЕТАС, арбитраж, народные суды, подсудность, иностранный элемент, Китайская Пекинской Комиссия, юрисдикция.

Арбитраж в Китайской народной республике является наиболее предпочтительной формой разрешения споров. Это обусловлено тем, что в настоящее время существует множество альтернатив, которые находят своё широкое применение. К ним может относиться как выбор процедурных правил, так и выбор арбитражного органа.

---

<sup>1</sup> Исследование подготовлено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта 16-33-01005 «а2» «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС» (науч. рук. – *Е.П. Русакова*).

Арбитраж КНР по некоторым аспектам отличается от арбитража других стран. Пожалуй, самым главным отличием будет являться тот факт, что как правило специальный арбитраж не находит своего применения на территории Китая в связи с действующим законодательством КНР<sup>2</sup>. Только официальные признанные учреждения могут проводить арбитраж на территории Китая. При выборе сторонами арбитража, основные и процедурные нормы могут быть ограничены. Стороны могут самостоятельно выбрать арбитра, но только из предлагаемых списков учреждения арбитража. В КНР все арбитражные учреждения разделены по двум типам разрешения споров:

1. Разрешение внутренних споров;
2. Урегулирование споров с участием иностранного элемента, и который в свою очередь делится на два учреждения:

- A. Морская арбитражная комиссия;

- B. Китайская комиссия по Торговому Арбитражу и Международной Экономике.

В настоящее время самым известным арбитражным органом КНР является СИЕТАС<sup>3</sup>. Помимо того, что СИЕТАС является одним из самых широко используемых органов арбитража в мире, он стал приравниваться как к Стокгольмской Торговой палате, так и к Международной Торговой палате.

СИЕТАС учреждает списки арбитров таким же образом, как и все остальные учреждения арбитража КНР. Однако главным отличием СИЕТАС от остальных арбитражных

---

<sup>2</sup> Русакова Е.П. Порядок рассмотрения финансовых споров в Китайской международной Торгово-Экономической Арбитражной Комиссии (ChinaInternationalEconomicandTradeCommission – СИЕТАС) // Пробелы в российском законодательстве. М.: Изд. Дом Юр-ВАК, 2016. № 6. С. 52–54. ISSN: 2072-3164. (Входит в перечень ВАК).

<sup>3</sup> См.: Салли Харпол. Сквозь тернии Арбитража // Китай – Бизнес-Обзор. 1 сентября 2016. Т. 25. № 5. С. 33.

учреждений будет являться преобладание значительного числа иностранных граждан. Согласно последним данным в 2016 году списки СИЕТАС включали в себя 498 арбитров, 351 из которых были представители материкового Китая, 22 из Гонконга, 125 из 25 стран мира<sup>4</sup>. Однако по сравнению с международными стандартами вознаграждение иностранных арбитров до сих пор остается достаточно невысоким. В связи с этим на судебных разбирательствах СИЕТАС не часто встречаются иностранные арбитры. В отличие от других арбитражных учреждений СИЕТАС рассматривает споры между сторонами, которые, по сути, не являются зарубежными. Речь идет о внутренних Китайских юридических лицах. Для разрешения подобных споров предусматриваются специальные списки арбитров, которые исключают иностранных граждан.

СИЕТАС отводится важная роль в разрешении споров между сторонами. В отличие от других арбитражных учреждений слушания СИЕТАС имеют свои отличия. Так скажем в СИЕТАС арбитры не устанавливают даты слушаний и не решают такие вопросы, как законность и существование арбитражного соглашения. Согласно договорным условиям, правилам СИЕТАС и действующему законодательству, арбитражная комиссия в дополнение к рассматриваемым фактам выносит решения, основываясь на принципах «достоверности» и «справедливости». Согласно общей международной практике арбитражная комиссия принимает во внимание вышеперечисленные принципы только по изъятию сторон спора. Тем не менее складывается тенденция к тому, что СИЕТАС склоняется в сторону увеличения автономии от действующих условий арбитража КНР.

Помимо СИЕТАС в Китае насчитывается более 150 местных арбитражных комиссий. Все комиссии осуществля-

---

<sup>4</sup> См.: Майкл Мосер. Арбитраж СИЕТАС: история успеха? // Журнал Международного Арбитража. 2016. № 27. С. 30.

ют свои полномочия на основании закона об арбитраже КНР. Раннее арбитраж рассматривал исключительно внутренние споры и существовал лишь в крупных городах Китая, таких как: Гуанчжоу, Шанхай, Пекин. Сегодня мы можем наблюдать совершенно иную ситуацию. Помимо увеличения арбитражных комиссий, арбитры были наделены полномочиями по разрешению споров, связанные с иностранным элементом. Внушительное количество споров рассматривает Пекинская Арбитражная Комиссия (далее – ПАК), которая является лидером по числу обращений, связанных с иностранным элементом. Стоит отдельно подчеркнуть, что местные комиссии не являются правительственными единицами. Их относят к гражданским учреждениям, так как с правительством они остаются связанными лишь по таким направлениям как подбор персонала и финансирование. Как и суды они остаются достаточно восприимчивыми к давлению со стороны местных органов власти. Статус местных комиссий, который, по сути, является квазиправительственным, отражается в их внутренних правилах. Например, ПАК может передать Народным Судам Китая юрисдикцию по решению тех проблем, которые могли возникнуть в ходе арбитража. ПАК одна из первых получила финансовую независимость. Начиная с августа 1999 года, ПАК находится на полном самофинансирование исключительно за счет арбитражных платежей. До недавнего времени комиссии в Шэньчжэне, Шанхае и Гуанчжоу получили такую же финансовую независимость<sup>5</sup>.

Развитие ПАК и иных местные арбитражные учреждения является существенным вкладом в потребности Китая в относительно прозрачных и независимых юридических учреждениях. Из-за сжатого периода рассмотрения дел, низ-

---

<sup>5</sup> См.: Джерома А. Кохен, Адам Кирни. Новая Пекинская Арбитражная Комиссия. Как вести бизнес в Китае. Ч. IV, Гл. 3. Нью-Йорк: Juris Publishing, Inc., 2016.

ких цен на услуги и огромного желания соответствовать международному уровню, ПАК стала реальной альтернативой иностранным арбитражным судам и СИЕТАС.

На протяжении пяти лет, ПАК рассматривает чуть более 700 дел, что делает её активно функционирующим местным учреждением арбитража в КНР. Приблизительно около 50% рассматриваемых споров связаны с торговыми контрактами, тогда как остальные споры касаются строительства и машиностроения, инвестиций в специальные проекты, передачи технологий, операций с ценными бумагами и недвижимости. Ежегодно ПАК рассматривает более 30 дел, в которых одна из сторон является предприятием с иностранными инвестициями или иностранной фирмой.

Секретариат ПАК предоставляет административную поддержку арбитрам и сторонам спора, а также несет ответственность за организацию рассмотрения споров, подготовку и расшифровку стенограмм, вынесение решений, а также пересмотр рассматриваемых дел.

ПАК насчитывает 220 арбитров, 70 из которых рассматривают споры, связанные с иностранным элементом. Все 70 арбитров владеют английским и иными иностранными языками. Большинство арбитров представляют материковый Китай и лишь около 10 арбитров представляют Тайвань и Гонконг. ПАК в ближайшие годы не планирует привлекать иностранных арбитров, обосновывая тем, что возникают финансовые ограничения. Примерно 20% арбитров ПАК являются и арбитрами СИЕТАС. Как отмечают многие исследователи для ПАК это не является серьезной проблемой. Однако главным приоритетом при рассмотрении споров в арбитражах Китая до сих пор остается качество арбитража. В связи с этим в ПАК изначально формируются списки из чуть более 300 арбитров, а затем исключается чуть меньше половины и дополнительно добавляются эксперты. В результате в итоговом списке остается не больше 80 арбитров.



ПАК не назначает арбитрами своих собственных служащих, в отличие от СИЕТАС<sup>6</sup>. Только в чрезвычайных случаях может произойти обратное, если по каким-либо причинам не будет найден другой арбитр или заместителем генерального секретаря ПАК будет получено специальное разрешение. Отдельно стоит отметить, что все специально уполномоченные лица, такие как председатель или вице-председатель ПАК вправе осуществлять функции арбитра. Это обусловливается неполным рабочим днем, который устанавливается для специально уполномоченных лиц.

В ПАК, также, как и в СИЕТАС не предоставляется биография арбитров, в отличие от большинства международных арбитражей. Отказ от подобной практики вызван тем, чтобы максимально исключить подкуп или оказание давления на арбитров со стороны агентов или сторон.

Надо сказать, что правила арбитража КНР основывается на положениях законодательства об Арбитраже, а также соответствует международной практике.

В отличие от других местных арбитражных комиссий, ПАК проводит слушания достаточно в интенсивном режиме. Ответчику отводится всего 15 дней на внутренние споры и 45 дней на споры, связанные с наличием иностранного элемента. Любые контртребования стороны обязаны регистрировать в течение 45 дней со дня получения уведомления об арбитраже. На практике установленные сроки являются достаточно гибкими, так как их несоблюдение фактически не оказывает влияние на исход дела. Аргументы сторон не предоставляются к рассмотрению до тех пор, пока они не являются в зале заседания.

---

<sup>6</sup> Русакова Е.П. Рассмотрение гражданских споров арбитражами в РФ // Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах: сборник Международной научно-практической конференции. Москва, РУДН, 22 января 2016 г. М.: РУДН, 2016. С. 35–39 (Входит в перечень РИНЦ).

ПАК и СИЕТАС разрешает иностранным гражданам и иностранным адвокатам выступать в роли агентов. Однако в случае наличия «соответствующей причины» число иностранных граждан в ПАК может быть ограничено до трех человек. До 1999 года действовало ограничение не более двух человек, даже если при рассмотрении дел особой сложности. До рассмотрения дела проводится устное слушание, которому отводится два неполных рабочих дня.

Решение арбитража немного значит в случае, если оно не может быть исполнено. Если в качестве ответчика выступает Китайский субъект, предположить, что у него будет находиться существенный актив за границей представляется маловероятным. В связи с этим исполнение решения в пределах КНР становится для него единственной реально доступной альтернативой. Исполнение решения арбитражного органа КНР вне Китая может быть фактически не так проблематично, чем если бы наблюдалось обратное.

Процесс исполнения решений арбитражных органов достаточно сложен. Однако, если сравнить арбитражные решения с судебными постановлениями, может показаться, что особых сложностей не возникает. Согласно данным Исследовательского института Арбитража при Китайской Внешней Палате чуть больше четверти заявлений по исполнению решений СИЕТАС, связанные с иностранным элементом, ежегодно отклоняются.

СИЕТАС – это арбитражный орган, который ранее рассматривал споры, связанные только с иностранным элементом. Решения СИЕТАС регулировались ст. 260 ГПК КНР, которая в свою очередь позволяла судам отказывать в исполнении решений только по ограничительному числу процессуальных причин, совместимых с общепринятой международной практикой. В настоящее время деление арбитражных органов по их тождественности, на основании ГПК КНР, а не по виду рассматриваемых споров, больше не отвечает целям политики, которая в свою очередь реализуется посредством

данной правовой нормы. Однако эта норма действует и в наше время.

Решения СИЕТАС подлежат дальнейшей защите, чего, например, невозможно сказать касательно решений местных арбитражных комиссий: они входят в область компетенции Постановления Высшего Народного Суда об арбитраже, связанном с иностранным элементом от 1995 года. Согласно этому Постановлению, если Китайский суд предлагает не исполнять решение, вынесенное иностранным арбитражным органом, или решение внутреннего Китайского органа арбитража, например, СИЕТАС, касательно спора, связанного с зарубежными странами, он должен получить одобрение от Народного Суда провинциального уровня, которому он подчиняется. Народный Суд провинциального уровня в свою очередь должен получить одобрение Высшего Народного Суда, если тот согласится с отказом в исполнении решения. Как и в случае со статьей 260 ГПК КНР, применимость Постановления зависит от тождественности органа арбитража, а не сущности рассматриваемых споров. Таким образом, арбитраж, связанный с иностранным элементом, осуществленный одной из местных комиссий не будет подлежать защите.

## **ЭЛЕКТРОННОЕ СООБЩЕНИЕ КАК ДОКАЗАТЕЛЬСТВО В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ РФ**

**Лучкина Татьяна Константиновна**

Студент 1-го курса магистратуры юридического факультета  
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова  
luchkina95@yandex.ru

В условиях стремительного развития науки и техники большое значение приобретает электронная корреспонденция (в частности, электронные сообщения), которая все чаще используется в качестве доказательств в арбитражном процессе. Развитие электронного судопроизводства в России требует правовой оценки такого средства доказывания как электронное сообщение.

*Ключевые слова:* судопроизводство, арбитражный процесс, электронное правосудие, средства доказывания, электронные документы, электронные сообщения.

В рамках настоящего исследования последовательно будут рассмотрены следующие вопросы: правовая природа электронного сообщения как доказательства, оценка допустимости и достоверности сообщений электронной почты, форма электронного сообщения для его представления в суд, доказательственный статус электронного сообщения в правопорядках зарубежных стран.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 года №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» электронное сообщение – это информация, переданная или полученная пользователем информационно-телекоммуникационной сети (обмен письмами по e-mail, sms-, mms-сообщения)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

Электронные сообщения не рассматриваются как электронные документы, соответственно, электронная подпись не является для них неотъемлемым реквизитом, что следует, в частности, из Приказа Казначейства РФ от 3 ноября 2010 года № 287<sup>2</sup>.

### **1. Правовая природа электронного сообщения.**

В процессуальной науке правовая природа электронного сообщения определяется неоднозначно. В теории процессуального права распространено мнение о том, что электронные сообщения следует относить к письменным доказательствам на том основании, что такие средства доказывания содержат в себе человеческую мысль, что является признаком письменных доказательств.

Сопоставляя письменное доказательство и электронное сообщение, можно выделить следующие признаки, отличающие сообщение электронной почты от письменного доказательства. Во-первых, форма электронного сообщения, отличная от формы письменного документа. Во-вторых, нетрадиционный способ фиксации информации, закрепленной в электронном сообщении. Данная информация может быть представлена на бумажном носителе в качестве заверенной копии, но при этом оригинал сохраняется в памяти компьютера. В-третьих, процессуальный порядок получения такого доказательства как электронное сообщение, который, безусловно, отличен от порядка получения письменного доказательства.

Если же говорить о сопоставлении электронного сообщения с вещественными доказательствами, то следует отметить, что содержанием вещественных доказательств являются те сведения о фактах, которые суд воспринимает непосредственно визуальным путем либо с помощью экспертов, способствующих определению содержания конкретного вещественного доказательства. Процессуальная форма веще-

---

<sup>2</sup> URL: <http://docs.cntd.ru/document/902255635>.

ственного доказательства и его источник совпадают в этом доказательстве. К электронному сообщению данный критерий может быть отнесен с трудом, хотя бы по той причине, что сообщение электронной почты может быть создано как человеком, так и автоматизированной системой.

Соответственно, электронное сообщение обладает рядом характеристик, которые ставят под сомнение его отнесение к письменным доказательствам и, тем более, к вещественным. Выделение же электронного сообщения в качестве самостоятельного средства доказывания представляется сомнительным. Электронное сообщение обладает рядом признаков, которые индивидуализируют его, но являются недостаточными для выделения сообщения электронной почты в самостоятельную группу доказательств.

В настоящее время электронное сообщение законодательно отнесено к письменным доказательствам, несмотря на то, что статус сообщения электронной почты в настоящее время до конца не определен.

## ***2. Оценка допустимости и достоверности электронного сообщения.***

В соответствии с ч. 3 ст. 75 АПК РФ электронные сообщения могут быть отнесены к письменным доказательствам. Однако если рассматривать электронные сообщения как средства доказывания, возникает масса вопросов, связанных с оценкой их допустимости и достоверности.

В соответствии с ч. 3 ст. 75 АПК РФ, документы, полученные посредством электронной связи, допускаются в качестве письменных доказательств в случаях, предусмотренных АПК РФ, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или договором<sup>3</sup>. ВАС РФ в своем письме от 25 мая 2004 года № С1-7/УП-600 попытался разъяснить содержание этой нормы и привел перечень феде-

---

<sup>3</sup> Будылин С.Л. Электронное сообщение как документ и доказательство. Закон. 2014. № 10. С. 7.

ральных законов, которые бы могли содержать перечень случаев, упомянутых в ч. 3 ст. 75 АПК РФ<sup>4</sup>. Однако эти законы не содержат перечень таких случаев.

Согласно ст. 75 АПК РФ электронные сообщения также допускаются в качестве письменных доказательств, если стороны в своем договоре предусмотрели возможность ведения электронной корреспонденции. На практике суд часто не признает электронные сообщения надлежащими доказательствами, если стороны по каким-либо причинам не обозначили в своем договоре возможность обмена информацией посредством электронных сообщений. Такая позиция подвержена критике, и в ее опровержение можно привести Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24 февраля 2012 года по делу № А40-93546/11-1-548<sup>5</sup>.

В то же время распространена судебная практика, иллюстрирующая случаи, когда стороны не урегулировали в договоре возможность ведения электронной корреспонденции, и суд тем не менее признавал электронные сообщения надлежащими доказательствами<sup>6</sup>.

По мнению М.В. Жижиной, значительные трудности при исследовании и оценке судом электронных сообщений связаны с определением достоверности данного доказательства. Средством определения подлинности электронного со-

---

<sup>4</sup> Письмо ВАС РФ от 25.05.2004 № С1-7/УП-600 «О федеральных законах, применяемых арбитражными судами в соответствии с содержащимися в АПК РФ отсылочными нормами». текст официально опубликован не был. СПС КонсультантПлюс.

<sup>5</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.02.2012 по делу № А40-93546/11-1-548. текст официально опубликован не был. СПС КонсультантПлюс.

<sup>6</sup> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 8 августа 2012 г. по делу № А53-11601/2011. текст официально опубликован не был. СПС КонсультантПлюс.

Постановление ФАС Центрального округа от 21.01.2010 № Ф10-5994/09 по делу № А14-3050/2009/122/15. текст официально опубликован не был. СПС КонсультантПлюс.

общения может выступать содержащаяся в нем служебная информация, то есть, IP-адрес отправителя, ID-сообщения, почтовая программа, дата, время, отправитель и получатель данных<sup>7</sup>.

### **3. Форма электронного сообщения для его представления в суд.**

Не менее важным вопросом является форма электронного сообщения для его направления в суд. В процессуальном законодательстве России отсутствуют требования относительно формы электронных средств доказывания. Однако в судебной практике выработаны следующие формы представления электронного сообщения в суд<sup>8</sup>.

1) Распечатка – отпечатанная на принтере копия электронного сообщения. Данный документ должен быть надлежащим образом заверен, чаще всего стороной по делу. Как правило, распечатка признается допустимым доказательством, когда сторона не оспаривает ее подлинность.

Следует подчеркнуть, что оригинал электронного сообщения представить в суд не представляется возможным, в связи с чем стороны могут направить в суд только надлежащим образом заверенную копию электронного сообщения.

Между тем, с учетом развития компьютерных технологий возникает угроза изменения содержащейся в электронном сообщении информации до ее представления в суд в виде распечатки. В настоящее время способ защиты информации, содержащейся в электронном сообщении, например, такой как квалифицированная электронная подпись, отсутству-

---

<sup>7</sup> См.: Жижина М.В. Документы, полученные посредством электронной связи: практика использования в гражданском и арбитражном судопроизводстве. Арбитражные споры. 2013. № 3. С. 94–102.

<sup>8</sup> Решетняк В.И., Смагина Е.С. Информационные технологии в гражданском судопроизводстве (российский и зарубежный опыт): учебное пособие. М.: Городец, 2017. С. 193–200; Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2014. С. 138.



ет. Но в то же время простота использования электронной переписки без дополнительных средств защиты и является причиной массового использования участниками гражданского оборота электронных сообщений.

#### 2) Осмотр сообщения судом.

На основании определения суда об удовлетворении ходатайства о предварительном обеспечении доказательств судебный пристав производит осмотр электронных сообщений, что фиксируется в акте осмотра.

#### 3) Нотариальный протокол.

Основанием для осмотра электронной корреспонденции выступает заявление заинтересованного лица с просьбой об обеспечении доказательств, которое направляется нотариусу.

Нотариус осматривает электронный почтовый ящик, после чего фиксирует результаты осмотра в протоколе осмотра доказательств.

#### 4) Экспертное заключение.

Достоверность электронных сообщений может быть установлена посредством проведения компьютерно-технической экспертизы. Экспертиза назначается, как правило, по ходатайству сторон, в том случае, когда возникают сомнения относительно подлинности представленных участниками процесса документов.

Экспертиза электронных доказательств – сравнительно новое понятие для гражданского судопроизводства России, однако на практике суды довольно часто обращаются за помощью специалистов в области информационных технологий. Компьютерно-техническая экспертиза может быть классифицирована следующим образом: техническая экспертиза компьютеров и их комплектующих, экспертиза служебных данных и программного обеспечения, экспертиза информации на машинных носителях.

#### **4. Доказательственный статус электронного сообщения в правовых порядках зарубежных стран.**

Если же обратиться к зарубежному опыту, то Федеральный Верховный Суд Германии определяет электронное сообщение как электронный документ, состоящий из последовательности данных в конкретном файле. В Гражданском процессуальном уложении Германии (далее – ГПУ Германии) правовой режим электронных сообщений как доказательств регулируется отдельным параграфом. В соответствии с §371a ГПУ Германии электронные сообщения, имеющие квалифицированную электронную подпись, имеют доказательственную силу частных документов.

Стоит отметить, что в гражданском обороте Германии такие сообщения практически не применяются участниками правоотношений ввиду сложности процедуры электронной цифровой подписи. Намного чаще контрагенты обмениваются электронными сообщениями, не имеющими электронную цифровую подпись. Исходя из положений §371a ГПУ Германии, электронные сообщения без электронной цифровой подписи не регулируются данной статьей. Таким образом, процессуальное право Германии не содержит конкретных положений, которые бы регулировали правовой режим сообщений электронной почты как доказательств. Подобная ситуация создает, в свою очередь, ряд противоречий.

В §371a ГПУ Германии в качестве требования, предъявляемого к электронному документу, выступает наличие электронной цифровой подписи. По мнению законодателя, такой подход позволяет облегчить бремя доказывания, так как квалифицированная электронная подпись обладает высоким стандартом безопасности. Очевидно, что электронное сообщение не соответствует данному требованию, так как направляется участниками гражданского оборота без электронной подписи. Как следствие, оценка судами Германии доказательственной силы электронного сообщения без квалифицированной электронной подписи неоднозначна.

Следует отметить, что в правоприменительной практике Германии существует положительная тенденция принятия, исследования и оценки сообщений электронной почты без квалифицированной электронной подписи. Принцип свободной оценки доказательств в Германии рассматривается шире, чем в отечественном правопорядке. Согласно позиции Верховного суда Германии, суд в процессе доказывания не связан нормами Гражданского процессуального уложения Германии, а также предусмотренными им средствами доказывания. Следовательно, сообщения электронной почты, не имеющие квалифицированной электронной подписи, могут быть допустимыми доказательствами и могут быть оценены судом в порядке §286 ГПУ Германии по правилам оценки доказательств.

С учетом вышеизложенного можно заключить, что электронные сообщения без квалифицированной электронной подписи являются доказательствами с неопределенным или не до конца определенным статусом в правопорядке Германии.

В процессуальной науке Германии существуют различные точки зрения относительно статуса электронных сообщений как доказательств. По мнению Шрайбера, все доказательства, выражающие человеческие мысли неписьменным образом, не относятся к документам<sup>9</sup>. Соответственно, такие средства доказывания являются предметом осмотра, что следует из §371 ГПУ Германии.

Подход, согласно которому к документам относятся только те доказательства, которые выражены письменным образом, некоторыми учеными был оценен как слишком узкий<sup>10</sup>. Более того, в науке немецкого права было высказано мнение, согласно которому, электронные документы и их

---

<sup>9</sup> Schreiber. Die Urkunde im Zivilprozess. Berlin, 1982. S. 42.

<sup>10</sup> Musielak. Grundkurs ZPO. 2 Aufl. München, 1993. S. 248.

репродукции также должны быть отнесены к такому средству доказывания как документы<sup>11</sup>.

В соответствии со ст. 1001 Федеральных правил о доказательствах США письменные документы состоят из букв, слов, цифр либо их эквивалентов, выполненных от руки, на пишущей машинке, печатанием, фотостатированием, фотографированием, магнитными импульсами, механической или электронной записью или иными формами собирания сведений. Соответственно, электронное сообщение может быть отнесено к письменным документам согласно процессуальному праву США.

В США электронное сообщение признается допустимым доказательством, если его содержание и авторство подтверждено. В качестве подтверждения могут выступать свидетельские показания, письменная декларация получателя о том, что сообщение извлечено из его компьютера, и что прилагаемая распечатка является его верной копией<sup>12</sup>.

В заключение следует отметить, что перспективы развития арбитражного процесса РФ сводятся к дальнейшему развитию электронного правосудия, а также к активному использованию электронных доказательств. Такое средство доказывания как электронное сообщение должно быть урегулировано нормами АПК РФ более детально с учетом стремительного развития электронного правосудия. Представляется, что в положения АПК РФ стоит включить нормы о форме электронного сообщения для его представления в суд. Помимо этого, в ст. 75 АПК РФ следует конкретизировать положение о договорном порядке регулирования использования документов, полученных посредством электронной связи.

---

<sup>11</sup> Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. М., 2000. С. 117.

<sup>12</sup> Будылин С.Л. Электронное сообщение как документ и доказательство. Закон. 2014. № 10. С. 3.

## **ЗАЩИТА ПРАВ ВЛАДЕЛЬЦЕВ КРЕДИТНЫХ КАРТ В ЕС**

**Мосесов Роман Юрьевич**

Магистрант кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

В рамках представленной статьи проанализированы процессы защиты прав владельцев кредитных карт в странах Европейского Союза.

*Ключевые слова:* защита прав, владельцы карт, кредитные карты, страны ЕС, персональные данные.

Регламент стран ЕС предусматривает особый порядок защиты владельцев кредитных карт, полученных на территории стран ЕС. Важный раздел затрагивает интересы в сфере защиты и обработки персональных данных. С целью изучения европейской практики предлагается обратиться к законодательству. В апреле 2016 года европейской комиссией было принято постановление, уравнивающие права владельцев кредитных карт в странах ЕС.<sup>1</sup>

Изменения коснулись сферы защиты и обработки персональных данных. Прежняя директива об обработке и хранении персональных данных имела ограниченное действие, распространялась не на все страны ЕС и не включала такие широкие права для защиты прав владельцев кредитных карт. Новое постановление распространяется на весь мир, при условии, что деятельность по сбору, хранению и обработке данных касается жителей стран ЕС.

При этом действие нового закона распространяется на физических и юридических лиц, использующих в рамках

---

<sup>1</sup> Линников А.С., Карпов Л.К. Международно-правовые стандарты регулирования банковской деятельности: монография. М.: Статут, 2014. С. 80.

пластиковых продуктов кредитную линию. Действие нового регламента распространяется на все организации и лиц, собирающих и хранящих персональные данные владельцев кредитных карт, полученных в странах ЕС. Это интернет-магазины и все сайты электронной коммерции, которые собирают как минимум такую информацию о владельцах, как имя, фамилия и номер мобильного телефона.

В странах ЕС предусмотрена обязательная сертификация организаций, которые занимаются сбором и хранением персональных данных о владельцах кредитных карт. Требования к хранению и обработке данных значительно были ужесточены. Причина заключается в том, что в последнее время случалось слишком много утечек информации, а сервера, где хранятся данные о владельцах карт, подвергались хакерским атакам.

В рамках GDPR действует целый свод правил, который жестко регулирует деятельность компаний, которые занимаются сбором и хранением персональных данных. Для этого документа характерен принцип экстерриториальности. Это означает, что регламент распространяется на все компании и лица, которые собирают персональные данные о субъектах ЕС. Нарушение прав владельцев кредитных карт карается строгими штрафными санкциями, чаще всего компаниям назначаются штрафы в процентном соотношении к их коммерческому обороту.

При несоблюдении требований по защите и порядку хранения персональных данных компанию ожидает штраф в размере до 4% от годового оборота компании. При этом узнать о нарушениях может как надзорная организация, так и сам владелец кредитной карты, который заметит нарушение и уведомить в установленном порядке надзорный орган. Регулирующие органы и пользователи кредитных карт должны

уведомляться о любых сбоях в работе серверов, где хранятся персональные данные владельцев<sup>2</sup>.

На это компаниям отводится 72 часа, при нарушении сроков владелец карты имеет право обратиться в суд и получить компенсацию за ущерб. Для владельцев кредитных карт в странах ЕС предусмотрен широкий круг прав. Во-первых, каждый владелец имеет право обратиться в свой банк и узнать, для каких целей и в каких случаях были использованы его персональные данные. Пользователи кредитных карт имеют право передать право на хранение своих данных другому процессору по письменному заявлению.

Для этого налажена работа инфраструктуры по хранению данных. А вся информация представлена в электронном виде. Во-вторых, по запросу пользователя компания обязана удалить все персональные данные. К примеру, при закрытии счета пользователь выставляет требования об уничтожении сохраненных данных. И банк это требование исполняет. Поскольку по европейскому законодательству предусматривается, что владельцем личных данных является только сам клиент банка, банку он передает свои личные данные в аренду с целью предоставления ему банковских услуг.<sup>3</sup>

Кроме того, европейским законодательством усовершенствована система по защите владельцев кредитных карт от мошеннических операций. Клиенты европейских банков имеют возможность оспорить списания по своим картам. При этом неважно, были ли проведены эти операции через терминалы банка или через интернет-банк. Европейская

---

<sup>2</sup> Гончаров А.И., Гончарова М.В. Правовое регулирование банковской деятельности в Европейском союзе // Бизнес. Образование. Право. Вестник Волгоградского Института бизнеса. 2012. № 4 (21). С. 277.

<sup>3</sup> Корнилов Э.Г. Защита прав потребителей при рассмотрении гражданских дел в судах общей юрисдикции: дис. ... канд. юрид. наук / Э.Г. Корнилов. М., 2013. С. 172.

практика показывает, что опротестовать операцию и вернуть свои средств можно даже без обращения в суд<sup>4</sup>.

Для этого владельцу карты достаточно обратиться с заявлением в банк. На банк обязательно возлагается обязанность провести внутреннее расследование и установить, действительно ли пострадал клиент. Самому клиенту не нужно ничего доказывать в подтверждение своих слов. Таким образом, при обнаружении несанкционированного списания владельцу кредитной карты, выданной банком ЕС, достаточно обратиться в банк с заявлением. Сама организация проведет расследование и установит, были ли нарушены права клиента. При положительном решении средства возвращаются на карту владельца<sup>5</sup>.

При этом банки в странах ЕС дорожат своей репутацией и готовы компенсировать убытки даже в таких случаях, когда не представляется возможным установить, в действительности ли от мошеннических действий пострадали интересы клиентов. В связи с принятием нового регламента в сфере защиты личных данных банки обязаны заключить с клиентами новые договора на обслуживание банковских кредитных карт. Положения этих договоров должны учитывать все требования, подготовленные комиссией ЕС. В случае нарушения этого правила клиент имеет право обратиться за компенсацией вреда, поскольку он дал право на хранение своей информации банку, а тот не подчинился регламенту ЕС, как следствие, поставил под угрозу защиту и безопасность его личных данных<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Ермакова Е.П. Унификация гражданского процессуального права и международного частного права в Европейском Союзе: учебное пособие. М.: РУДН, 2014. С. 25.

<sup>5</sup> Ермакова Е.П., Ситкарева Е.В. Унификация норм о применимом праве в Европейском Союзе // Современное право. 2014. № 12. С. 130.

<sup>6</sup> Пьянкова А.Ф. Субъект малого предпринимательства как слабая сторона в договоре // Безопасность бизнеса. 2014. № 3. С. 38–39.



Внутренний регламент предусматривает еще несколько важных прав с целью защиты интересов кредитных карт. Так, банкам запрещается проводить рекламные кампании для привлечения новых клиентов с указанием информации, которая может быть истолкована двояко. К примеру, банк предлагает оформить кредитную карту без начисления процентов в первый год обслуживания. В самом договоре банковского обслуживания имеется ссылка на то, что правило распространяется только на безналичные операции. Клиент в этом случае имеет право подачи жалобы на банк и истребования компенсации, поскольку проведение рекламных кампаний с неоднозначной трактовкой предложений карается суровыми штрафными санкциями<sup>7</sup>.

В целом европейское законодательство предусматривает широкий набор инструментов для защиты владельцев кредитных карт. Так, клиент имеет право на защиту своих интересов от своего имени или от имени доверителя. Имеет право свободно распоряжаться переданной на хранение и обработку личной информации<sup>8</sup>.

При этом он может обязать банк удалить всю информацию о себе в тех случаях, когда он закрывает кредитную карту или обязать банк передать свои данные другому процессору при переводе на обслуживание в другую банковскую организацию. Кроме того, владельцам кредитных карт ЕС проще реализовать свои права в сфере защиты финансовых интересов. При обнаружении мошеннических действий со своей картой владельцу достаточно обратиться в банк. При этом клиент не обязан доказывать свою непричастность к совершению операций с картой.

---

<sup>7</sup> Ермакова Е.П., Ситкарева Е.В. Право Европейского Союза: порядок разрешения частноправовых споров: учебное пособие. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 101.

<sup>8</sup> Линников А.С., Карпов Л.К. Международно-правовые стандарты регулирования банковской деятельности: монография. М.: Статут, 2014. С.80.

## ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ИСПОЛНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В РФ

Омаровский А.А.

Магистрант 2-го года обучения кафедры гражданского права и процесса и международного частного права Юридического института Российского университета дружбы народов

В настоящей статье раскрывается сущность ответственности исполнительных органов юридического лица. Автор осуществил анализ законодательства и судебной практики, посвящённых порядку привлечения к ответственности лиц, причинивших убытки юридическому лицу.

*Ключевые слова:* исполнительный орган, единоличный исполнительный орган, коллегиальный исполнительный орган, гражданско-правовая ответственность, убытки.

Юридическое лицо – это один из субъектов гражданского права. Юридические лица несут самостоятельную юридическую ответственность. Особенность юридических лиц как субъектов заключается в том, что они являются обезличенными<sup>1</sup>. Иными словами, формирование воли (волеизъявление) юридического лица происходит через его исполнительные органы. Лица, которые *de facto* осуществляют определённые действия от имени юридического лица, могут причинить ему ущерб. В этом случае такие органы несут гражданско-правовую ответственность<sup>2</sup>.

Под влиянием положений действующего корпоративного законодательства в доктрине сформировалась позиция о том, что исполнительные органы юридического лица можно

---

<sup>1</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. М.: МЦФЭР, 2004. С. 256.

<sup>2</sup> Об ответственности юридических лиц в праве стран АТР см.: Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография / В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева [и др.]. М.: РУДН, 2015.

классифицировать на единоличные и коллегиальные<sup>3</sup>. Под единоличным исполнительным органом следует понимать физическое лицо, которое самостоятельно, без доверенности осуществляет полномочия, связанные с выражением воли юридического лица вовне (директор, генеральный директор и т.п.), а также, как отмечает О.В. Дмитриев, управляющую компанию, которая осуществляет соответствующие функции на основе договора, являющегося основанием возникновения обязательств<sup>4</sup>. Коллегиальный исполнительный орган, соответственно, состоит из нескольких лиц, которые должны действовать сообща в интересах представляемого юридического лица.

Подобная классификация нашла своё отражение в законодательстве, регламентирующем ответственность исполнительных органов юридического лица. Ответственность исполнительных органов юридического лица установлена в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ), Федеральном законе «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (далее – Закон об унитарных предприятиях), Федеральном законе «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО) и в Федеральном законе «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО). Отметим, что коллегиальные исполнительные органы юридического лица как таковые не несут ответственности: она возлагается на лиц, чьи действия повлекли причинение организации убытков.

Общая норма об ответственности исполнительных органов юридического лица закреплена в ст. 53.1 ГК РФ. Так, в силу п. 1 ст. 53 ГК РФ лицо, уполномоченное действовать от

---

<sup>3</sup> Абова Т.Е., Кабалкин А.Ю. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: в 3 т. Т. 1 [Электронный ресурс]. М.: Изд-во Юрайт, 2007. URL: <http://lawbook.online/pravo-lektsii-grajdanskoe/statya-organyiyuridicheskogo-19514.html> (дата обращения: 13.11.2017).

<sup>4</sup> Дмитриев О.В. Органы управления в системе органов юридических лиц // Вестник Омского Университета. Серия: Право. 2010. № 3 (24). С. 98.

имени юридического лица, обязано возместить юридическому лицу убытки, если будет доказано, что действия (бездействие) такого лица являлись недобросовестными и неразумными. Таким образом, специальный состав гражданско-правового нарушения, связанного с недобросовестностью участников гражданских правоотношений, не опровергает презумпцию добросовестности (п. 5 ст. 10 ГК РФ): истец должен доказать, что единоличный исполнительный орган или член коллегиального исполнительного органа юридического лица действовали недобросовестно. Однако данная презумпция может изменить направление своего действия. В судебной практике сформировалась позиция о том, что если истец представил доказательства недобросовестности (неразумности) действий единоличного органа (члена коллегиального органа), а ответчик отказался давать пояснения относительно данных доказательств, или из таких показаний явным образом следует их неполнота, то суд может признать действия ответчика недобросовестными, а, значит, возложить на него бремя доказывания добросовестности исполнительного органа (пп. 4, 5 п. 1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах, связанных с возмещением убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»<sup>5</sup> (далее – Постановление № 62).

Ответственность за убытки, причинённые обществу, могут нести не только единоличные исполнительные органы юридического лица, но и коллегиальные (п. 2 ст. 53.1 ГК РФ). В этом случае должно быть соблюдено два условия:

---

<sup>5</sup> Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах, связанных с возмещением убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Солидарность. 28.08-04.09.2013. № 31.

1. Член коллегиального исполнительного органа юридического лица не принимал участия в голосовании, действуя при этом добросовестно.

2. Данное лицо проголосовало за принятие решения, вследствие которого лицу были причинены убытки. При этом члены коллегиальных исполнительных органов, проголосовавшие «за», несут солидарную ответственность (п. 4 ст. 53.1 ГК РФ).

Указанные положения дублируются в специальных законах, устанавливающих ответственность исполнительных органов юридических лиц разных организационно-правовых форм. Тем не менее, существует ряд дополнений и отличий. В каждом конкретном случае изменяется перечень субъектов, которые имеют право обратиться с иском в суд в защиту интересов общества. Так, при причинении убытков государственному (муниципальному) унитарному предприятию правом на подачу иска обладает собственник имущества данной организации (ч. 3 ст. 25 Закона об унитарных предприятиях); в хозяйственных обществах к таким субъектам относят само общество или его участника, а в акционерных обществах – общество и участника (или их совокупностью), владеющего не менее 1 % размещённых акций (п. 5 ст. 44 Закона об ООО, п. 5 ст. 71 Закона об АО).

В силу п. 10 Постановления № 62 участник юридического лица, обратившийся в суд, признается действующим в интересах такого лица. Значит, при оценке обстоятельств дела суд не должен принимать во внимание аргументы, связанные с тем, что на момент причинения убытков истец не являлся участником юридического лица.

Понятия «недобросовестность» и «неразумность» могут трактоваться широко. В ГК РФ отсутствует характеристика данных терминов. В ст. 53.1 ГК РФ лишь сказано, что к недобросовестным и неразумным действиям (бездействию) может относиться совершение сделок, выходящих за рамки

обычного хозяйственного оборота или иные действия, не соответствующие нормальному предпринимательскому риску.

Критерии недобросовестности и неразумности установлены в пп. 2 и 3 Постановления № 62. В данном акте представлен исчерпывающий перечень случаев, в которых исполнительный орган (его члены) считается действовавшим в ущерб интересам юридического лица.

Лицо считается действующим недобросовестно, если имеет место хотя бы один из указанных аспектов:

1. Наличествует конфликт личных интересов лица, действующего от имени организации (аффилированных с ним лиц), и самой организации, кроме случаев, когда такая информация была заблаговременно раскрыта, а действия лица были одобрены в соответствии с законно установленным порядком.

2. Соккрытие информации о совершённой сделке, или предоставление ложных или неполных сведений по ней.

3. Совершение сделки без соответствующего одобрения со стороны иных органов юридического лица.

4. Уклонение от передачи документов, свидетельствующих о нанесении обществу убытков, после прекращения полномочий лица, виновного в их причинении.

5. Лицо заведомо знало о том, что его действия (бездействие) не отвечают интересам юридического лица. Например, условия сделки являются заведомо невыгодными (предоставление и встречное предоставление отличаются минимум в два раза), или контрагент заведомо неспособен исполнить обязательство.

Неразумными следует считать следующие действия:

1. Принятие решения без учёта информации, имеющей значение в конкретной ситуации.

2. Не совершение действий, направленных на получение такой информации.

3. Совершение сделки без соблюдения обычно требующих внутренних процедур одобрения сделки (в частности, согласование с бухгалтерией, юридическим отделом и т.п.).

Все указанные основания могут стать основанием для возложения на исполнительный орган (его членов) ответственности за причинение убытков юридическому лицу. Тем не менее, существуют условия, которые могут позволить освободить лицо от ответственности. Ответчик, который может быть признан недобросовестным на основании совокупности доказательств по делу, освобождается от ответственности, если докажет одно из обстоятельств:

1. Сделка, совершённая им, является частью взаимосвязанных сделок, объединённых общей хозяйственной деятельностью, в результате которых предполагалось, что юридическое лицо сможет извлечь прибыль.

2. Невыгодная сделка была заключена с целью предотвращения ещё больших убытков.

При определении убытков, причинённых обществу, необходимо учитывать их природу. Очевидно, что такие убытки могут быть обусловлены сделками, заключаемыми юридическим лицом с другими участниками гражданских правоотношений. Однако исходя из п. 4 Постановления № 62 действия (бездействия) исполнительных органов юридического лица (его членов) могут стать основанием для привлечения общества к административной ответственности. Потери, вызванные данным юридическим фактом, также признаются убытками.

Ответственность за причинение убытков обществу является полной по своей сути. Поэтому в силу п. 5 ст. 53.1 ГК РФ ограничение или устранение ответственности за убытки, причинённые обществу, на основании соглашения его участников, недопустимо. Оно является ничтожным.

Введение положений, на основании которых исполнительные органы юридического лица (их члены) несут ответственность перед обществом, обусловлено сложившейся су-

дебной практикой. Дело в том, что гражданско-правовая ответственность, основанная на недобросовестных действиях, возникает только в том случае, если в гражданском законодательстве имеется специальный состав правонарушения<sup>6</sup>.

Таким образом, полномочия исполнительных органов юридического лица не являются безграничными. Правило, согласно которому участники не несут ответственности за действия юридического лица, не распространяется на случаи, когда действия (бездействие) такого субъекта квалифицируются в качестве недобросовестного.

---

<sup>6</sup> Belikova K.M., Badaeva N.V., Frolova E.E., Dudin M.N. Concept and Different Types of Restrictive Business Practices in the Legal Orders of BRICS Countries (the case of China, India, Russia and South Africa) // *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. Vol. VIII. Iss.2 (24). 2017. P. 404-410; Dudin M.N., Frolova E.E., Belikova K.M., Badaeva N.V. Particularities of Legal Regulation and Harmonization of Proprietary Rights Legislation in the Rsa, Brazil and China // *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. 2017. Vol. 7. № 5. P. 1026–1036.



## **НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ СДЕЛОК ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКИ ГЕРМАНИЯ**

**Рябцев М.Ю.**

Магистрант 2-го года обучения кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов

Науч. рук.: к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права РУДН *Н.В. Бадаева*

Положения об обязательственном праве содержатся в Германском гражданском уложении 1896 г. Автор статьи исследует понятие «сделка» по немецкому законодательству, а также положения о недействительности сделок и их видах.

*Ключевые слова:* сделка, Германское гражданское уложение, недействительность сделки, ничтожная сделка, частично недействительная сделка, ФРГ.

Германское гражданское уложение (ГГУ) 1896 г.<sup>1</sup> является основным источником гражданского права Федеративной Республики Германия (ФРГ). ГГУ вступил в силу с 1 января 1900 г., включает в себя 5 книг: 1-я книга – Общая часть, которая включает в себя положения о физических и юридических лицах, о сроках исковой давности, общие положения вещного права; 2-я книга посвящена обязательственному праву; 3-я книга – вещному праву; 4-я книга – семейное право, 5-я книга – наследственное право.

Первая книга включает в себя 6 разделов, каждый из которого разделен на несколько глав. Положения о сделках содержатся в третьем разделе. Первая глава – «Дееспособ-

---

<sup>1</sup> Германское гражданское уложение от 18 августа 1896 г. URL: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf> (дата обращения: 20.10.2017).

ность» – отражает основные положения относительно возможности лица осуществлять определенные действия. Вторая глава определяет «волеизъявление», а также содержит некоторые виды недействительных сделок. Основные положения о договоре содержатся в главе 3.

Прежде чем рассмотреть условия недействительности сделок по ГГУ, следует обратиться к определению «сделка». Институт сделок занимает центральное положение в обязательственном праве. Правовой сделкой по законодательству Германии является любое волеизъявление лица о наступлении значимых правовых последствий<sup>2</sup>. Многие исследователи обращают внимание на сходство юридических понятий волеизъявление и сделки. По мнению В. Флюма<sup>3</sup>, волеизъявление и сделка во многих случаях используются в качестве синонимичных понятий.

Следует обратить внимание на то, что понимание сделки как волеизъявления лиц получило распространение в странах континентальной правовой семьи. Основой договора является принцип свободы договора, который предполагает возможность лица определять условия заключения соглашения. Данный принцип неразрывно связан с принципом неизблемости договора, предполагающим нерушимость условий заключенного договора, выражающейся в известной формулировке *pacta sunt servanda* – договоры должны соблюдаться.

Однако существуют случаи, когда при видимом соблюдении условий, необходимых для заключения договоров (сделок), имеются нарушения. Недействительность сделки предполагает, что последствия не будут наступать.

---

<sup>2</sup> Арсланов К.М. Формальные требования к сделке по законодательству России и Германии // Ученые записки Казанского университета. 2014. № 4. Т. 156. С. 55.

<sup>3</sup> Flume W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. – Springer-Verlag. Berlin Heidelberg, 1992. С. 3.

Среди факторов, влияющих на недействительность сделки, выделяют пороки воли (обман, угроза и др.), а также нарушение формальных принципов заключения сделки.

Свобода договора как основополагающий принцип гражданского права Германии предполагает свободу волеизъявления каждой из сторон на заключение договора и определении его условий. Недействительность сделок, как и в российском законодательстве<sup>4</sup>, выражается в виде ничтожных сделок – недействительных сделок по факту их заключения, а также оспоримых сделок – недействительных сделок вследствие признания их таковыми по решению суда или по акту иного государственного органа<sup>5</sup>. В отличие от российского законодательства, ГГУ не содержит общих положений о последствиях недействительности сделок. Обоюдное заявление сторон в суде о намерении соблюдать условия недействительной сделки не могут обеспечить действие такой сделки.

Так, недействительной является сделка, при заключении которой не была соблюдена предписанная законом форма. Недействительной также будет являться сделка, форма которой предписана условиями заключенного договора, и в дальнейшем не соблюденная сторонами (§125 ГГУ).

Пар. 126 ГГУ дополняет положения § 125 ГГУ, где говорится о письменной форме сделки. Если письменная форма сделки предусмотрена законом, то документ должен быть подписан всеми сторонами сделки, снабжен знаком, сделанным стороной, или заверен у нотариуса. Нотариальная форма сделки признается письменной формой договора.

---

<sup>4</sup> Агафонова Н.Н., Артёмов С.В., Безбах В.В., Белова Д.А. и др. Гражданское право: учебник: в 3 т. / отв. ред. В. П. Мозолин. М., 2016. Т. 1. С. 657.

<sup>5</sup> Татаркина К.П. Последствия несоблюдения формы сделки по российскому и германскому праву // Вестник Томского государственного университета. 2007. С. 221.

С учетом сложившихся условий гражданского оборота, многие сделки совершаются посредством электронной почты и иных форм взаимодействия в сети Интернет. В этой связи сделка, которая была заключена с нарушением формы, если при этом имеются достаточные доказательства о заключении данной сделки, не может быть признана недействительной. Достаточными доказательствами в данном случае могут являться электронная переписка, оплата счетов контрагента и т.д.

Видится, что последствия несоблюдения формы сделки по законодательству ФРГ будут являться более жесткими, т.к. ничтожная сделка предполагает, что у стороны отсутствует право требовать исполнения такой сделки. По российскому законодательству ничтожными будут являться нотариальные сделки, форма которых не была соблюдена, а также если законом или договором предусмотрено, что последствием нарушения простой письменной формы будет являться ничтожность сделки.

Иным условием недействительности сделки является запрещение незаконных сделок. Так, любая сделка, противоречащая закону, является ничтожной (§134 ГГУ), если иное не указано в законе. Ничтожными будут являться любые сделки, которые противоречат сложившемуся правопорядку или запрещены в соответствии с действующим законодательством ФРГ. Ничтожными являются сделки, противоречащие добрым нравам (п. 1 параграфа 136 ГГУ). Под добрыми нравами в данном случае следует понимать морально-нравственные ценности, сложившиеся в обществе. Данное понятие носит весьма условный характер и зачастую имеет место толкования в рамках конкретных судебных процессов, где рассматриваются все обстоятельства заключения сделки, а также наступивших последствий<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Безбах В.В., Беликова К.М., Ермакова Е.П., Зенкин Н.М., Иванов А.С., Ивановская Н.В., Кирсанов А.Н., Муцинова Н.А., Понька В.Ф., Протопо-

Пункт 2 параграфа 136 ГГУ указывает на то, что если одна сторона заключает сделку с другой стороной и пользуется при этом неопытностью, слабоволием, легкомыслием или стесненным положением контрагента, заставляет последнего предоставить себе или третьим лицам выгоды, несоизмеренные встречному удовлетворению, то данная сделка является ничтожной.

Недействительность сделок с пороками воли сторон находит отражение в главе 2 «Волеизъявление сторон» раздела 3 книги 1 ГГУ и включает в себя мнимые сделки (§ 117 ГГУ), притворные сделки (§ 118 ГГУ), оспоримость вследствие заблуждения (§ 119 ГГУ) или ошибки (§ 120 ГГУ), обмана или угрозы (§ 123 ГГУ).

Пар. 116 указывает на возможность признания самого волеизъявления ничтожным при наличии скрытой оговорки (несоответствии воли и волеизъявления стороны), о которой известно другой стороне. Пар. 117 ГГУ содержит положения о ничтожности мнимой сделки, то есть сделки, не направленной на наступление последствий, предусмотренных сделкой, а заключенной для вида. Ничтожными также являются притворные сделки, т.е. сделки, заключенные с целью прикрыть другую сделку.

Недействительность сделок вследствие заблуждения определяет возможность лица оспорить сделанное им волеизъявление при том условии, что лицо заблуждалось в содержании волеизъявления или вовсе не намеревалось его высказать, т.к. при понимании реального положения дел или его правильная оценка могла повлиять на заключение такой сделки. Причем в п. 2 параграфа 119 ГГУ указывается, что заблуждением о содержании волеизъявлении признается за-

---

пова О.В., Телицин В.М., Четвергова Н.Ю. Гражданское и торговое право Европейского Союза (основные институты): учебное пособие. М., 2010. С. 123–158.

блуждение, которое касается существенных свойств лица или вещи сделки.

Пар. 120 ГГУ определяет условия недействительности волеизъявления, переданного лицом неверно. Оспаривание в случае заблуждения и ошибки осуществляется по общим правилам, изложенным в § 121 ГГУ, незамедлительно после того, как лицу, имеющему право на оспаривание волеизъявления, стало известно о наличии таких оснований для оспаривания.

В силу §123 ГГУ лицо имеет право оспорить свое волеизъявление, если его принудили к этому посредством обмана или угрозы. В случае, если обман был совершен третьим лицом в отношении определенного лица, то волеизъявление может быть оспорено только в том случае, если последнее лицо знало или должно было знать об обмане. Также если другое лицо, к которому должно было быть обращено волеизъявление, приобрело права по сделке, то в отношении него может быть оспорено такое волеизъявление, когда такое лицо знало или должно было знать об обмане.

Таким образом, Германское гражданское уложение 1896 г. не содержит понятия «недействительность» сделки, но указывает на конкретные положения относительно недействительности заключенных сделок. Аналогично российской практике существует деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые сделки. Ничтожными сделками являются сделки, заключенные против добрых нравов, сделки, противоречащие закону, а равно мнимые и притворные сделки и сделки, при которых не соблюдена предусмотренная законом форма.

Оспоримыми признаются такие волеизъявления лица, которые были высказаны ошибочно или вследствие неверного понимания лицом обстоятельств дела. Оспоримые сделки представляют собой недействительные сделки, признанные таковыми компетентными органами государственной власти – прежде всего судами. ГГУ устанавливает сроки оспа-

ривания волеизъявления – немедленно с момента наступления обстоятельств по категориям сделок, перечисленных в § 121 ГГУ или же год по иным категориям сделок<sup>7</sup>.

Ничтожные сделки не порождают каких-либо правовых последствий, истребование полученного по недействительным сделкам разрешаются в порядке неосновательного обогащения.

В силу п. 1 параграфа 124 ГГУ оспаривание волеизъявления вследствие обмана или угрозы возможно в течение 1 года. Причем в случае обмана течение срока исковой давности начинается с момента обнаружения лицом обмана, а в случае угрозы – момент, когда опасность миновала.

Порядок исчисления сроков исковой давности осуществляется с учетом общих положений § 203, § 206, § 207 ГГУ. Возможность оспаривания исключается, если с момента волеизъявления прошло более 30 лет (§ 121, § 124 ГГУ). Следует подчеркнуть, что существующая система недействительности сделок, разработанная немецкими законодателями, успешно функционирует и в современных условиях. Переживая некоторые трансформации, определенные категории и положения ГГУ были заимствованы многими европейскими государствами, относящимися к континентальной правовой семье<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Бадаева Н.В. Защита владения в континентальной системе права // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». 2007. № 5. С. 160.

<sup>8</sup> Бадаева Н.В. Институт владельческой защиты в римском праве и его рецепция в странах континентальной Европы // Юридические записки. 2011. № 1(24). С. 73.

**НЕКОТОРЫЕ ВЗГЛЯДЫ ПРОФЕССОРА  
В.К. ПУЧИНСКОГО НА СТАДИЮ ПОДГОТОВКИ  
ДЕЛА К СУДЕБНОМУ РАЗБИРАТЕЛЬСТВУ  
И ИХ СОВРЕМЕННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ  
ВОПЛОЩЕНИЕ**

**Саркисян Гор Гарникович**

Магистрант 2-го курса юридического факультета  
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова

Работа посвящена некоторым актуальным проблемам стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Стадия подготовки дела к судебному разбирательству имеет определяющее значение в принятии законного и обоснованного решения, поэтому многие процессуалисты в своих работах анализировали указанную стадию, в том числе В.К. Пучинский. Взгляды В.К. Пучинского, описанные в монографии «Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству», актуальны и сегодня.

*Ключевые слова:* стадия подготовки гражданских дел к судебному разбирательству, правильное и своевременное рассмотрение и разрешение дела, механическое применение закона, предварительная оценка доказательств, примирение сторон, активное участие судьи в примирении сторон.

Можно утверждать, что институт подготовки дела к судебному разбирательству сформировался в **Уставе гражданского судопроизводства 1864 г.** Устав предусматривал два порядка производства: общий и сокращенный<sup>1</sup>. При этом в обычном порядке словесному состязанию сторон (судебному разбирательству), предшествовала письменная подготовка, т.е. **обмен состязательными бумагами**. Нормы УГС не закрепляли самостоятельность и обязательность стадии подготовки дела, но тем не менее установление правил

---

<sup>1</sup> Великая реформа: к 150-летию судебных уставов / под ред. Е.А. Боровой. М., 2014. С. 226.



письменной подготовки на законодательном уровне говорит о **повышении значения данного института**.

**ГПК РСФСР 1923 г.** по сути не предусматривал подготовку гражданских дел<sup>2</sup>. Более того, ст. 80 предоставляла суду возможность собирать доказательства, необходимые для рассмотрения дела, только по **просьбе истца**, и если это не могло вызвать возражений ответчика. Вместе с тем, все больше осознавался тот факт, что надлежащая подготовка дела приводит к ускорению рассмотрения дела, обеспечению его правильного разрешения, в связи с этим были внесены изменения в ст. 80 ГПК 1923 г., которые **расширяли полномочия судьи** в порядке подготовки дела к слушанию. Постановление Пленума ВС СССР от 25 апреля 1947 г. «Об ускорении рассмотрения гражданских дел» указало о проведении подготовительных действий по всем делам, закрепив **безоговорочность** их проведения. ГПК РСФСР 1964 г. уже в отдельной главе закреплял ряд норм о подготовке дела к судебному разбирательству, которая была обязательной. В настоящее время и из ГПК, и из АПК, и из Постановлений Пленумов ВС РФ и ВАС РФ следует, что подготовка дела к судебному разбирательству проводится **по каждому делу**, находящемуся в производстве суда первой инстанции. Как указано в постановлении Пленума ВС РФ от 24 июня 2008 г. № 11 «своевременная и полная подготовка дела к судебному разбирательству имеет **определяющее значение** для качественного рассмотрения дела в установленные законом сроки». Поэтому сегодня учеными-процессуалистами признается не только обязательность и самостоятельность стадии подготовки дела<sup>3</sup>, но и ее **главенствующая роль** в процессе

---

<sup>2</sup> Ковин В.Ф. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск. 1971. С. 10.

<sup>3</sup> См.: Пучинский В.К. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству. М.: Госюриздат, 1962. С. 53–54; Ковин В.Ф. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск. 1971. С. 44; Шерстюк В.М. Комментарий к постановлению

рассмотрения дела<sup>4</sup>. И как отмечал в свое время В.К. Пучинский, «быстрое и успешное разрешение гражданских споров **непосредственно** зависит от качества подготовки разбирательства каждого дела...», а значительная часть незаконных и необоснованных решений впоследствии отменяется именно вследствие неумело проведенной подготовки дел к судебному разбирательству<sup>5</sup>.

К сожалению, судьи нередко видят в стадии подготовки дела к судебному разбирательству всего **лишь формальность**, которую необходимо соблюсти, чтобы решение в будущем не было отменено. В связи с этим главный принцип, которым руководствуются сегодня судьи, наверное, состоит в том, чтобы механически выполнить требование закона, а именно: вынести шаблонное определение о подготовке дела к судебному разбирательству, где говорится об общих действиях, которые можно совершить по всем категориям дел, а также о возможности примирения, также без определенной конкретизации. Но как верно указывал В.К. Пучинский, «при подготовке дел к разбирательству не может быть раз и навсегда установленных, освоенных и механически выполняемых шаблонных приемом»<sup>6</sup>. Эту же мысль в 1906 г. высказал американский юрист Р. Паунд. В своем докладе, посвященном причинам массовой неудовлетворенности американским правосудием, он указывал, что именно механическое применение (действие) закона является главной причиной неудовлетворенности правосудием<sup>7</sup>.

---

Пленума ВАС РФ от 20 декабря 2006 г. № 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству» // Система ГАРАНТ: URL: <http://base.garant.ru/5387197/#ixzz4YNAKayVb>

<sup>4</sup> Напр.: Барбакадзе В.Т. Подготовка дела к судебному разбирательству как стадия арбитражного процесса: монография / под ред. Т.А. Григорьевой. М.: Юрлитинформ. 2012. С. 30.

<sup>5</sup> Пучинский В.К. Указ. соч. С. 3.

<sup>6</sup> Там же. С. 7.

<sup>7</sup> Roscoe Pound. The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. URL: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>

С учетом изложенного, можно сделать, на мой взгляд, два важных вывода. Во-первых, при рассмотрении дела в суде, в первую очередь, нужно составить полное представление об обстоятельствах этого дела. Именно при таком условии правосудие будет эффективным. Судья, проводя подготовку дела к судебному разбирательству, не должен мыслить шаблонно, он должен исходить из конкретного фактического состава. Во-вторых, судья должен проявлять в стадии подготовки дела к судебному разбирательству определенную дискрецию, а не слепо следовать указаниям закона. Ведь нормами права невозможно предусмотреть, урегулировать все частные моменты, которые могут возникнуть в ходе рассмотрения дела. Поэтому судья должен руководствоваться общими принципами процессуального права в частности и гражданского права в целом.

Конечно, не стоит забывать об объективных причинах, которые мешают проведению надлежащей подготовки дела. В первую очередь, это перегруженность судов. Вместе с тем вряд ли было бы верным и игнорировать один из главных принципов теории права, согласно которому нельзя подменять законность целесообразностью.

Целями стадии подготовки дела к судебному разбирательству и ГПК РФ, и АПК называют **обеспечение правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела**. Для достижения этих целей необходимо **создать условия**, которые позволят рассмотреть и разрешить дело **в первом судебном заседании**. К таким условиям относятся: 1) выяснение характера взаимоотношений между сторонами и определение предмета доказывания; 2) определение относимых, допустимых и достаточных доказательств по делу; 3) определение состава лиц, которые должны участвовать в процессе; 4) обеспечение представления нужных доказательств и явки лиц, участвующих в деле, в основное судеб-

ное заседание<sup>8</sup>. Указанные условия представляют собой процессуальные задачи, выполнение которых есть средство достижения целей подготовки дела к судебному разбирательству<sup>9</sup>. И соответственно эти задачи должны быть выполнены судом первой инстанции.

Но на практике, как правило, имеет место иная ситуация, которая является причиной возникновения актуальной проблемы под названием «**многочисленные отложения судебных заседаний**». Разбирательство дел откладываются по разным причинам: вследствие истребования доказательств, изменения предмета или основания иска, увеличения размера исковых требований, неявки какого-либо участника процесса. Отложение дела вследствие недостаточности и неотносимости доказательств по делу является, наверно, самой распространенной причиной. Почему же так происходит, может ли судья уже на стадии подготовки дела к судебному разбирательству определить круг доказательств, необходимых для своевременного и правильного рассмотрения дела? Данный вопрос, как представляется, тесно связан с возможностью судьи оценивать доказательства уже на стадии подготовки. Как указывал В.К. Пучинский, «нельзя требовать от судьи исчерпывающей подготовки дела к разбирательству, одновременно запрещая ему производить какую бы то ни было оценку доказательств»<sup>10</sup>. При этом, как замечает профессор В.К. Пучинский, при подготовке судебного разбирательства вся работа с доказательствами совершается в обстановке, когда ряд важнейших принципов гражданского процесса не действует, а другие действуют в ограниченном объеме. Поэтому оценка доказательств судьей неизбежно должна но-

---

<sup>8</sup> Пучинский В. К. Указ. соч. С. 4.

<sup>9</sup> Жилин Г. А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М.: Городец, 2000. С. 197.

<sup>10</sup> Пучинский В. К. Указ. соч. С. 17.

силье условный, предварительный характер<sup>11</sup>. Но такая оценка обязательна. Согласно ныне действующим ГПК РФ и АПК РФ судья в предварительном судебном заседании определяет достаточность представленных доказательств. Про такой критерий оценки доказательств, как их относимость, в главе ГПК РФ, АПК РФ о подготовке дела к судебному разбирательству не говорится. Представляется, что процессуальные кодексы должны содержать прямое указание на то, что судья в стадии подготовки должен предварительно оценивать доказательства на предмет их допустимости, относимости и достаточности. Данное указание, если оно и не будет на деле соблюдаться, то определенным образом будет дисциплинировать судей.

Другой целью стадии подготовки дела к судебному разбирательству является примирение сторон по делу. ГПК РФ и АПК РФ примирение сторон называют задачей стадии подготовки. При этом «несовпадение цели подготовки и средства ее достижения – задачи примирения – налицо»<sup>12</sup>. Поэтому логичнее и эффективнее будет признать **примирение сторон самостоятельной целью** стадии подготовки<sup>13</sup>.

По данному вопросу В.К. Пучинский обращал внимание, что «умелые действия судьи, его внимательное отношение к доводам сторон, терпеливое разъяснение правовых норм, склонение спорящих к взаимным уступкам приводят к заключению мирового соглашения»<sup>14</sup>. При этом никакое давление на стороны, принуждение их к взаимным уступкам недопустимы.

Таким образом, дополнительной целью стадии подготовки дела к судебному разбирательству, которая в свою

---

<sup>11</sup> Пучинский В. К. Указ. соч. С. 17.

<sup>12</sup> Закирова Д. И. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству: дис... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 97.

<sup>13</sup> Закирова Д. И. Указ. соч. С. 98.

<sup>14</sup> Пучинский В. К. Указ. соч. С. 63.

очередь будет являться задачей гражданского судопроизводства в целом, можно назвать примирение сторон. В свою очередь, цель достижения судом примирения сторон на стадии подготовки дела к судебному разбирательству будет достигаться выполнением определенных задач. К таковым можно отнести: 1) **убеждение сторон в преимуществах** мирного урегулирования спора путем заключения мирового соглашения или применения другой примирительной процедуры; 2) в случае выражения сторонами согласия на урегулирование спора примирительной процедурой **обеспечение судьей условий** для проведения такой процедуры; 3) выполнение судьей **роли примирителя** в необходимых (установленных законом) случаях.

С учетом современных реалий, знаний и опыта можно разработать **вполне действенный механизм активного участия судьи в примирении сторон**. К примеру, примирительные процедуры в таких европейских странах, как Германия, Словения, Республика Беларусь, проводятся при активном участии суда<sup>15</sup>, в США судья также играет активную роль в примирении сторон. Так, § 278 ГПУ Германии закрепляет **обязанность суда** стремиться во всяком положении дела к **мирному разрешению спора**. По общему правилу, процедура примирения является **обязательной** по всем делам, рассматриваемым судом первой инстанции. Примирительная процедура проводится до начала устного разбирательства. Действия судьи в рамках примирительной процедуры представляют собой обсуждение со сторонами материальных и формальных обстоятельств дела. При этом суд свободен в оценке всех обстоятельств и в случае необходимости может

---

<sup>15</sup> Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур». URK: [http://arbitr.ru/as/pract/post\\_plenum/58172.html](http://arbitr.ru/as/pract/post_plenum/58172.html)

задавать вопросы<sup>16</sup>. В ГПК Франции в ст. 127 – 129 части VI «Примирение» книги I «Положения, общие для всех судов» закреплены следующие основные правила: 1) стороны могут примириться как по собственной инициативе, так и по инициативе суда. Примирение возможно на любой стадии судебного процесса; 2) попытка примирения, если иное не предусмотрено законом, производится в тот момент и тем способом, который судья сочтет наиболее благоприятным и эффективным; 3) стороны в любой момент вправе ходатайствовать перед судом об удостоверении их примирения.

Итак, анализируя взгляды профессора В.К. Пучинского на роль и значение стадии подготовки дела к судебному разбирательству, важно обратить внимание на следующее. В.К. Пучинский придавал большое значение стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Он понимал ту огромную роль, которую эта стадия играет в вынесении правильного и своевременного решения по делу, в достижении цели гражданского судопроизводства. Будучи знатоком в области правовой компаративистики, имея представление о судебной практике, размышляя над главами проекта ГПК РСФСР 1964 г., В.К. Пучинский предлагал теоретически и практически значимые решения относительно содержания стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Эти предложения актуальны и в настоящее время и могут служить основой для законодательных изменений ГПК РФ, АПК РФ.

---

<sup>16</sup> Европейский гражданский процесс и исполнительное производство: сборник материалов Международной научно-практической конференции. г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 25 марта 2011 г. / отв. ред. Д.Х. Валеев. М., 2012 // КонсультантПлюс.

## РАЗВИТИЕ КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА В АФРИКЕ

**Симбагаева Хеда Аслановна**

Магистр 1-го курса кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов

В статье дан обзор развития международного коммерческого арбитража в различных регионах Африки и рассматриваются факторы, повлиявшие на это развитие.

*Ключевые слова:* арбитраж в Африке, арбитражные центры, арбитры, инвестиционные споры, международная торговая палата.

Арбитраж в Африке достиг переломного момента. Число арбитражных центров на африканском континенте быстро растет, и африканские юристы разрабатывают специальные арбитражные навыки для обслуживания этого роста. Поскольку рынок становится более зрелым, особенно в таких юрисдикциях, как Кения, Нигерия, Гана и Южная Африка, а особенно во франкоязычной Африке, правительство, арбитражные адвокаты и арбитры призывают к тому, чтобы арбитражные споры рассматривались в арбитражных центрах Африки, а не направлялись на рассмотрение в международные арбитражные центры. Увеличение числа арбитражных центров в Африке показывает, что страны континента стремятся привлечь иностранные инвестиции и обеспечить легкий доступ к независимым арбитражным форумам. Развитие международного коммерческого арбитража занимает ключевое место в развитии всей Африки в целом<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ермакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж в странах Африки: источники правового регулирования // Вестник международного коммерческого арбитража. 2015. № 2–1 (11–12). 41 с.; Frolova E.E., Belikova K.M., Badaeva N.V., Belozeroва I.I., Ulyanishchev V.G. The Concept of Real Right in India and South Africa: Specifics of National



В мае 2016 года в Маврикий был проведен Конгресс Международного совета по коммерческому арбитражу, который состоял как из юристов, так и из правительственных чиновников. Эта конференция, возглавляемая одной из известных организаций, занимающихся анализом идей в этой области, впервые была посвящена арбитражу в Африке. В рамках конгресса ведущие юристы, адвокаты, экономисты и политологи обсудили, каким образом международный арбитраж помогает осуществлять защиту прав человека, обеспечивает экономическое развитие и поддерживает принцип верховенства закона, а также некоторые из самых актуальных вопросов, касающихся сегодняшнего состояния третейского разбирательства. Выбор Маврикия как места проведения мероприятия был обусловлен расцветом в последнее десятилетие коммерческого арбитража в Африке. Группа ведущих африканских и международных практиков осветила опыт разрешения споров в африканских юрисдикциях и арбитражных центрах, в том числе конкретные преимущества и вызовы, связанные с международным арбитражем в Африке. Хотя некоторые и утверждают, что Маврикий, строго говоря, не является Африкой (несмотря на членство в Африканском союзе), страна располагает несколькими арбитражными учреждениями и является отправной точкой для иностранных инвестиций в Африку, в частности из Индии. Маврикий также сыграл ключевую роль в разработке Конвенции Организации Объединенных Наций о транспарентности в инвестиционном арбитраже на основе договоров (2014 г.).

Рост арбитража в Африке никоим образом не ограничивается оффшорной юрисдикцией. Относительно развитые арбитражные центры уже существуют в ряде африканских городов, включая Кигали, Найроби и Аккру. Для любого государства признанный арбитражный центр является источ-

ником экономической активности и также отличным проявлением «мягкой силы». Однако для повышения конкуренции арбитражные центры должны демонстрировать тот факт, что они могут предложить надежную и эффективную альтернативу разрешения споров участникам процесса<sup>2</sup>.

Арбитражные учреждения, действующие на континенте, вносят в свой вклад в развитие арбитража в Африке. Каждый год проводятся конференции, направленные на поддержку и развитие арбитражных центров в регионе<sup>3</sup>. В апреле 2017 года в Каирском арбитражном центре состоялась очередная конференция, посвященная теме роли африканских государств в развитии арбитража. В декабре 2016 года Центр международного арбитража Найроби провел конференцию с целью создания в Кении арбитражного центра. Растущая регулярность проведения арбитражных конференций показывает, что африканские государства заинтересованы в развитии и активном использовании арбитражных центров на континенте.

Рост арбитража в Африке также поддерживается широким спектром правовых реформ, набирающих силу на континенте. Например, желание ОХАДА модернизировать Единый закон об Арбитраже или недавние ратификации Нью-Йоркской конвенции 1958 года. Эти действия способствуют созданию более стабильной и надежной среды, в которой может процветать арбитраж<sup>4</sup>.

Количество арбитражных разбирательств с участием африканских сторон остается неизменным. В докладе регистратора Лондонского международного арбитражного суда

---

<sup>2</sup> The Transformation of Arbitration in Africa: The Role of Arbitral Institutions, Kluwer Law International, 2016.

<sup>3</sup> Arbitration in Africa Conference Series 2016. URL: [www.soas.ac.uk/news/newssitem114170.html](http://www.soas.ac.uk/news/newssitem114170.html). (дата обращения: 21.10.2017).

<sup>4</sup> Ермакова Е.П. К вопросу о понятии форм и способов разрешения споров в разнотипных правовых системах // Пробелы в российском законодательстве. 2016. № 6. С. 55.

от 2015 года отмечается, что более 6 процентов, зарегистрированных в учреждении, связаны с африканскими сторонами. В 2015 году в Международной торговой палате были зарегистрированы 125 дел с участием африканских сторон<sup>5</sup>.

Существенно возросло число арбитров из африканских стран, назначенных для участия в международных коммерческих арбитражных судах. Согласно данным Международной торговой палаты, в 2015 году были назначены 31 африканских арбитров, 13 из которых были гражданами Южной Африки и 10 гражданами Египта. Увеличение числа назначений африканских арбитров является позитивной тенденцией и особенно влияет на развитие арбитража в Африке<sup>6</sup>.

На сегодняшний день опыт практиков показывает, что большинство коммерческих арбитражных споров в Африке возникают в сфере телекоммуникаций, строительства, энергетики и природных ресурсов.<sup>7</sup> Секторы энергетики и природных ресурсов уже давно являются двумя движущими двигателями африканской экономики и особенно привлекательны для иностранных инвестиций.<sup>8</sup> Объем инвестиций в

---

<sup>5</sup> ICC Statistical Report 2015, ICC Bulletin No. 1, 2016.

<sup>6</sup> Carlevaris A., Ogunseitun T. and Diawara D. Africanisation of International Arbitration // TDM – Special Issue, October 2016. Vol. 13. Iss. 4; Soopramanien R.D., Soopramanien S.O. ‘Spotlight on Africa: Problems of Legitimacy and Inclusivity in International Arbitration’, TDM – Special Issue, October 2016. Vol. 13. Iss. 4.

<sup>7</sup> Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Республике Ангола // Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире: сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского. 14 октября 2016 г. М.: РУДН, 2016. С. 35; Frolova E.E., Belikova K.M., Badaeva N.V., Belozeroва I.I., Ulyanishchev V.G. The Concept of Real Right in India and South Africa: Specifics of National Regulation and Trends of Harmonization of Law // Journal of advanced research in law and economics. 2017. Vol. 8. № 3. P. 799–812.

<sup>8</sup> Investment in Africa // The Economist, 30 May 2015. URL: [www.economist.com/news/economic-and-financial-indicators/21652274-investment-africa](http://www.economist.com/news/economic-and-financial-indicators/21652274-investment-africa). (дата обращения: 20.09.2017).

различные технологический и розничные услуги увеличился на 17 процентов в период с 2007 по 2013 год. Согласно последним данным, опубликованным секретариатом Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, африканские государства являются участниками 15 процентов арбитражных разбирательств. Большинство этих споров относятся к секторам энергетики и природных ресурсов. Только 15 новых случаев, зарегистрированных в 2016 году в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров были против африканских стран к югу от Сахары<sup>9</sup>.

Возрастающее число инвестиционных споров с участием африканских государств можно отнести к ряду факторов развития арбитража в африканских государствах. В последнее десятилетие наблюдается увеличение числа двусторонних инвестиционных договоров, подписанных африканскими государствами, а также увеличение числа инвестиционных кодексов, защищающие права инвесторов. Еще одним фактором является возобновление усилий ряда африканских стран по борьбе с коррупцией. Благодаря этим и другим факторам инвестиционный арбитраж становится все более популярным в Африке.

Наряду с ростом коммерческих и инвестиционных споров с участием африканских государств и распространение арбитражных центров по всей Африке свидетельствует о важности арбитража в качестве средства разрешения споров на континенте.

Для того, чтобы закрепить достигнутый на сегодняшний день прогресс: исследователи арбитража в Африке считают, что необходимы следующие изменения. Во-первых,

---

<sup>9</sup> Eg, Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v Republic of Kenya (ICSID Case No. ARB/15/29); Total E&P Uganda BV v Republic of Uganda (ICSID Case No. ARB/15/11); BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL v Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/15/46); Standard Chartered Bank (Limited) Hong Kong v United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/15/41).

это модернизация внутренних арбитражных законов, что является одним из ключевых факторов выбора арбитражных центров. Во-вторых, углубленное знание арбитража местными судьями и юристами<sup>10</sup>.

С повышенным вниманием к арбитражным центрам, улучшением законодательной базы, а также улучшением ресурсов и профессиональной подготовки юристов, Африка может обеспечить себе место на «глобальной арбитражной карте».

---

<sup>10</sup> Queen Mary 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. 2015. P. 6.

## ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О РЕГИСТРАЦИИ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ И ЗАЩИТЕ ПРАВ НА НИХ В ИЗРАИЛЕ

**Хошобина Н.А.**

Магистрант 2-го года обучения кафедры гражданского права и процесса  
и международного частного права Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6,

Товарный знак является средством индивидуализации товаров, производимых юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями. Вместе с этим товарный знак не является новым объектом права, изучаемым в российской и зарубежной правовой науке. Израиль как независимое государство появился на современной политической карте мира в 1948 г., но за сравнительно недолгий период существования государства сформировал необходимую законодательную базу для регулирования и защиты прав на товарный знак. Автором данной статьи проводится анализ нормативно-правовых актов, посвященных регистрации прав на товарный знак и их защите в Израиле.

*Ключевые слова:* товарный знак, средство индивидуализации, защита прав на товарный знак, регистрация товарного знака, Израиль.

В мире глобализации наблюдается перенасыщенность рынка товаров и услуг. В подобном изобилии необходимо идентифицировать продукцию, создаваемую конкретным производителем<sup>1</sup>. Подобные идентификаторы активно используются на рынке, а также зачастую служат основанием для реализации и защиты прав на товарный знак. Во многих государствах имеется специфическая система регулирования отношений в сфере товарных знаков. Израиль является государством со смешанной правовой системой, где успешно комбинируются элементы англо-саксонского, континенталь-

---

<sup>1</sup> Беликова К., Ахмадова М. Развитие инноваций в странах БРИКС: опыт Китая // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. Авторские и смежные права. 2012. № 10. С. 64–72.

ного, а также религиозного (иудейского) права<sup>2</sup>. В этой связи видится актуальным исследование нормативно-правового регулирования прав на товарный знак в Израиле.

Несмотря на то, что независимое государство Израиль появилось на политической карте мира в 1948 г., регулирование отношений в сфере товарных знаков началось раньше.

Так, первым актом в данной области являлось Постановление о товарных знаках 1929 г.<sup>3</sup>, текст которого был утвержден еще под мандатом Великобритании.

Данным актом устанавливались основные термины, условия регистрации товарных знаков, а также некоторые основы регулирования прав на товарный знак. Следующим актом был Указ о товарных знаках 1934 г., который был посвящен вопросам защиты промышленной собственности и товарных знаков. Далее были приняты Правила о товарных знаках 1935 г. и Положение о товарных знаках 1940 г. Таким образом, в подмандатной Палестине было принято 4 акта, направленных на регулирование отношений в сфере товарного знака.

После создания государства Израиль первыми актами, посвященным товарным знакам, были приняты Закон об охране наименований мест происхождения и географических указаний 5725-1965 от 07.07.1965 г.<sup>4</sup>, Положение об охране наименований мест происхождения и географических указа-

---

<sup>2</sup> О средствах индивидуализации юридических лиц в странах АТР см.: Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография / В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева [и др.]. М.: РУДН, 2015.

<sup>3</sup> Gilat D., Barzik-Soffer R., Kornick R. // Country Chapters. Israel. 2006. P. 199.

<sup>4</sup> Закон об охране наименований мест происхождения и географических указаний 5725-1965 от 07.07.1965 г. // Официальный сайт ВОИС. URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=128052](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=128052) (дата обращения: 20.10.2017).

ний 5726-1966 от 16.06.1966 г.<sup>5</sup>, а также Положение о наименовании мест происхождения товаров 5727-1967 от 16.02.1967 г.<sup>6</sup> В период изгнания многие наименования были переведены на арабский, что было неприемлемо во вновь созданном государстве. Изменение названий улиц, городов, озер, гор, иных географических объектов связано с восстановлением их исторических имен.

В рамках выше указанных актов рассматривались вопросы переименования мест происхождения товарных знаков, регистрации товарных знаков в связи с изменением географических наименований, а равно действие данных положений во времени и пространстве (в том числе затрагивался вопрос обратной силы закона применительно к товарным знакам, зарегистрированным ранее принятыми актами).

15 мая 1972 г. был принят основополагающий нормативно-правовой акт – Постановление 5732-1972 «О товарных знаках»<sup>7</sup>, который на сегодняшний день является центральным в области товарных знаков.

Постановление включает в себя 72 статьи, объединенные в 12 глав. В статье 1 Постановления вводится ряд основополагающих понятий. Так, знак – это совокупность букв, цифр, а равно их комбинации как в двух-, так и в трехмерном изображении. Товарным знаком является обозначение, используемое или предназначенное для использования в сделках лицом по отношению к производимым товарам. В отно-

---

<sup>5</sup> Положение об охране наименований мест происхождения и географических указаний 5726-1966 от 16.06.1966 г. // Официальный сайт ВОИС. URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=343797](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=343797) (дата обращения: 20.10.2017).

<sup>6</sup> Положение о наименовании мест происхождения товаров 5727-1967 от 16.02.1967 г. // Официальный сайт ВОИС. URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=380275](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=380275) (дата обращения: 20.10.2017).

<sup>7</sup> Постановление «О товарных знаках» 5732-1972 от 15.05.1972 г. // Официальный сайт ВОИС. URL: [http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file\\_id=341340](http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=341340) (дата обращения: 20.10.2017).



шении представляемых услуг используется понятие «знак обслуживания» для обозначения произведенных услуг.

В Постановлении определяется, что существуют национальные товарные знаки, зарегистрированные в соответствии с законодательством отдельных государств, международные товарные знаки, зарегистрированные в соответствии с Мадридским соглашением о международной регистрации товарных знаков от 14 апреля 1891 г.<sup>8</sup>, а также Протоколом к нему<sup>9</sup>.

Выделяется 2 вида товарных знаков – зарегистрированные в соответствии с Мадридской системой, именуемые также международные товарные знаки, а также зарегистрированные в соответствии с национальным законодательством Израиля. Основные положения о регистрации национальных товарных знаков содержатся в Положении 1966 г. об охране наименований мест происхождения и географических указаний. Постановление 1972 г. (глава 2) включает основные условия регистрации товарных знаков в Израиле.

Товарный знак может состоять из букв, цифр, слов, изображений, графических символов, а равно их сочетаний в двухмерном или трехмерном виде. Он также может быть ограничен определенными цветами, что должно быть отражено в заявке на регистрацию товарного знака.

Статья 4 Постановления определяет необходимые реквизиты для регистрации товарного знака: наименование, адрес, профессия (должность) владельца; информация о переуступке, передаче прав на товарный знак и предоставлении

---

<sup>8</sup> Мадридское соглашение о международной регистрации товарных знаков от 14 апреля 1891 г. // Официальный сайт ВОИС. URL: [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=283530](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283530) (дата обращения: 20.10.2017).

<sup>9</sup> Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации товарных знаков от 27 июня 1989 г. // Официальный сайт ВОИС. URL: [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=283484](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283484) (дата обращения: 20.10.2017).

лицензий на использование товарных знаков; дискламация элемента товарного знака; условия и ограничения использования товарного знака. Если товарный знак является международным, то в нем также должна быть отражена информация о его «международном статусе». В рамках иных актов могут быть также предъявлены дополнительные требования для регистрации товарных знаков.

Товарный знак регистрируется в Департаменте товарных знаков Патентного ведомства Израиля<sup>10</sup>. Товарный знак может быть зарегистрирован исключительно с целью идентификации товара производителя от аналогичных товаров других лиц. Статья 11 определяет случаи, когда товарный знак не может быть зарегистрирован: знаки, связанные с президентом страны и его семьей; флаги и гербы государств; не регистрируются товарные знаки, в которых используются слова «патент», «запатентованный», «авторское право», «зарегистрированный дизайн» и пр.; знаки, которые могут нанести ущерб нравственности или государственной политике; знаки, вводящие в заблуждение, а также иные знаки, предусмотренные указанной статьей.

В силу ст. 12 регистрирующий орган вправе отказать в регистрации товарного знака в случае использования наименования иного физического или юридического лица. Однако при одновременной добросовестной регистрации товарных знаков с названиями, близкими до степени смешения, вопрос будет решаться исходя из использования знака в рыночных отношениях. Каждому товарному знаку присваивается класс, регистрация происходит в течение трех месяцев, о чем делается соответствующая публикация.

По результатам рассмотрения заявки регистрирующим органом, Департамент товарных знаков может отклонить за-

---

<sup>10</sup> Официальный сайт Патентного ведомства Израиля. URL: <http://www.justice.gov.il/En/Units/ILPO/Cooperation/Pages/default.aspx> (дата обращения: 24.10.2017).

явку или принять ее полностью или с учетом условий, поправок или изменений, предписанных Секретариатом Департамента (ст. 18).

Для товарного знака основополагающим является критерий новизны. В том случае, если товарный знак не позволяет в должной степени идентифицировать товар, поскольку относится к ряду товаров и не имеет отличительных черт, Секретарь департамента товарных знаков вправе оставить заявку без движения на срок до трех месяцев для детализации заявки посредством включения определенных классов товаров в наименование товарного знака или же внесения изменений в название товарного знака с целью его индивидуализации.

Данное действие осуществляется в форме уведомления, которое направляется заявителю. В уведомлении указываются основания приостановления заявки, а также срок на внесение изменений в документы для принятия компетентным органом решения. Сроки приостановления регистрации товарного знака могут быть продлены в соответствии с решением Департамента (ст. 21). Регистрационные процедуры продолжаются с момента подачи документов с учетом изменений, предписанных Департаментом. В случае, если в установленные сроки заявитель по неуважительной причине не внесет изменения в документы, заявка аннулируется.

По истечении трехмесячного срока рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака компетентный орган выдает регистрационное удостоверение – сертификат, содержащее основные реквизиты товарного знака, владельца товарного знака, существующие ограничения по использованию товарного знака (наличие лицензионного договора и т.д.) В течение данного срока, а также по истечении трех месяцев с момента публикации о регистрации товарного знака, любое заинтересованное лицо вправе подать протест на регистрацию товарного знака в Департамент Товарных знаков (ст. 24).

Подача протеста осуществляется в письменном виде при наличии следующих обстоятельств: заинтересованное лицо является действительным владельцем товарного знака, протест содержит обоснование подачи протеста, протест направлен заявителю по регистрации товарного знака, наличествует основание для отказа в регистрации товарного знака. Заявитель вправе направить ответ на протест, в случае отсутствия ответа предполагается отказ от права на подачу ответа.

По истечении трехмесячного срока обжаловать действия о незаконном использовании товарного знака возможно только через окружной суд (ст. 25). Аналогично, в случае отказа регистрации товарного знака, заявитель вправе обратиться в окружной суд для защиты своих прав, ответчиком в суде в данном случае будет являться Департамент товарных знаков в лице Секретаря.

В силу ст. 32 Постановления срок действия товарного знака составляет 10 лет, по истечении которого может быть возобновлен для некоторых или всех товаров разных классов. Датой регистрации товарного знака является дата подачи заявки (ст. 27).

Владелец зарегистрированного товарного знака имеет исключительное право на использование товарного знака и обозначение им своих товаров и услуг, перечисленных в регистрационном удостоверении – сертификате<sup>11</sup>. Владелец товарного знака также вправе разрешить использовать данное обозначение третьим лицам посредством лицензионного соглашения, что также отражается в сертификате. Лицензия предполагает ограниченное использование товарного знака, правомочия которого закрепляются в соглашении и отображаются в сертификате.

---

<sup>11</sup> Агранов Д. Охрана товарных знаков в Израиле. URL: <http://www.businesspatent.ru/article/article.636.10.html> (дата обращения: 24.10.2017).

Посредством подачи запроса в Департамент товарных знаков Израиля владелец товарного знака может изменить адрес или название знака, а равно исправить имеющиеся ошибки в них; ограничить классы или отдельные товары, в отношении которых действует товарный знак, ограничить или отметить действие товарного знака, а также объединить уже имеющиеся отдельные свидетельства на однородные товарные знаки, принадлежащие одному владельцу. Важно отметить, что посредством подачи запроса права владельца не могут быть расширены (ст. 36).

Помимо регулирования процедуры регистрации товарного знака, данный акт предусматривает также возможность защиты прав владельца товарного знака от незаконного использования товарного знака<sup>12</sup>.

В соответствии со ст. 57 Постановления владелец товарного знака может подать иск о незаконном использовании товарного знака только в случае, если такой знак был должным образом зарегистрирован. Из этого положения следует вывести правило, согласно которому защите подлежат только зарегистрированные товарные знаки. Исключением могут являться т.н. «популярные товарные знаки», имеющие широкую известность в стране или мире.

Бремя доказывания добросовестного использования действительным владельцем товарного знака лежит на самом владельце такого знака. Регистрация товарного знака значительно упрощает процесс доказывания, т.к. факт регистрации знака подтверждает право конкретного лица на использование последнего и не требует дополнительных доказательств.

Незаконное использование товарного знака влечет последствия в соответствии со ст. 60 Постановления, а также уголовным законом Израиля. Использование товарного знака с целью продажи иной продукции, введения потребителей в

---

<sup>12</sup> Бадаева Н.В. Институт владельческой защиты в римском праве и его рецепция в странах континентальной Европы // Юридические записки. 2011. № 1 (24). С. 73.

заблуждение, с целью импорта в Израиль, а равно продажи, распределения товаров в Израиле влечет наказание в виде штрафа или лишения свободы на срок до трех лет. Кроме того, подлежат выплаты соразмерно убыткам, наступившим вследствие незаконного использования товарного знака.

Товарные знаки, зарегистрированные в странах, с которыми правительство Израиля заключило соглашения о взаимной защите товарных знаков, подлежат защите на территории договаривающихся государств в приоритетном порядке по истечении шести месяцев с момента регистрации такого товарного знака (ст. 54). Для приобретения статуса «приоритетного товарного знака» на определенные товары или классы товаров, владельцу необходимо зарегистрировать иностранный товарный знак в Израиле с учетом условий, перечисленных в ст. 54.

Проверить товарный знак возможно на сайте Trademark Search Tool<sup>13</sup>, который имеет распространение более чем в 70 странах мира. В рамках данного инструмента поиска возможно определить внешний вид товарного знака, цветовое разрешение, владельцев товарного знака, имеющиеся ограничения, а также классы товаров и услуг, для обозначения которых используется конкретный товарный знак, которому присваивается идентификационный номер.

Таким образом, Постановление «О товарных знаках» 5732-1972 от 15.05.1972 г. регулирует основные вопросы, связанные с регистрацией, использованием и защитой товарных знаков в Израиле в зависимости от страны происхождения, а также вида товарного знака.

Впоследствии в Израиле также были приняты Закон о защите символов 5735-1974, а также Положение о товарных знаках 5748-1987, которые вносили изменения и дополнения в вышеуказанное Постановление.

---

<sup>13</sup> Официальный сайт Trademark Search Tool. URL: <https://trademark-search.marcaria.com/en> (дата обращения: 24.10.2017).

## PRINCIPLES AND MAIN GOALS OF DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

**Alhoussein Ranjous**

Fifth-year student, faculty of Law at PFUR  
117198, Russia, Moscow, Miklukho-Maklaya str., 6

One of the most visible developments of Private Law, and specially Contract Law, in recent years, has been the emergence of different processes focused on an increased Europeanization of the substantive rules and principles. In this article I wanted to give a general view about the DCFR, and disclose the most important principles, and the benefits of it.

*Key words:* Harmonization, Principles, Definitions, European Contract Law.

Due to the expanding mobility of persons, more and more people take up residence abroad and own assets, which are located in various jurisdictions. Twenty-eight years ago, in 1989, the European Parliament passed a resolution calling for the preparation of a European Civil Code<sup>1</sup>. Twenty-three ago, in 1994, the first edition of a book entitled «Towards a European Civil Code» appeared. Twelve years ago, in the introductory chapters Draft Common Frame of Reference was published<sup>2</sup>. The six-volume full edition of the Draft Common Frame of Reference including comments and notes has appeared in Autumn 2009. The Draft of a Common Frame of Reference (DCFR) is based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law (PECL) and contains Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. It is, in all but name, a draft codification covering essential parts of patrimonial law rather than merely general con-

---

<sup>1</sup> Resolution of the European Parliament of May 26, 1989 on action to bring into line the private law of the Member States (OJ C 158/89, 400).

<sup>2</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Outline Edition (Christian von Bar et al. eds., 2009).

tract law<sup>3</sup>. At some stage the European Community will have to decide whether, or to what extent, it wants to adopt or endorse this draft.

The word 'principles' is susceptible to different interpretations. It is sometimes used, in the present context, as a synonym for rules which do not have the force of law. This is how it appears to be used, for example, in the 'Principles' of European Contract Law (PECL), which referred to themselves in article 1:101(1) as 'Principles ... intended to be applied as general rules of contract law in the European Union'. The word appears to be used in a similar sense in the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. In this sense the DCFR can be said to consist of principles and definitions. It is essentially of the same nature as those other instruments in relation to which the word 'principles' has become familiar. Alternatively, the word 'principles' might be reserved for those rules which are of a more general nature, such as those on freedom of contract or good faith. In this sense the DCFR's model rules could be said to include principles<sup>4</sup>.

'Definitions' have the function of suggestions for the development of a uniform European legal terminology. Some particularly important concepts are defined for these purposes at the outset in Book I. For other defined terms DCFR I. – 1:108 provides that 'The definitions in the Annex apply for all the purposes of these rules unless the context otherwise requires.'<sup>5</sup> This ex-

---

<sup>3</sup> Nils Jansen & Reinhard Zimmermann, Was ist und wozu der DCFR? // Neue Juristische Wochenschrift 3401, 2009. 64 p.

<sup>4</sup> The purposes of the DCFR. // Juridica International. Law review. University of Tartu, 2008 XV. 8 p.

<sup>5</sup> Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. 189 p. URL:



pressly incorporates the list of terminology in the Annex as part of the DCFR. This drafting technique, by which the definitions are set out in an appendage to the main text, was chosen in order to keep the first chapter short and to enable the list of terminology to be extended at any time without great editorial labour. If the definitions are essential for the model rules, it is also true that the model rules are essential for the definitions<sup>6</sup>.

The following documents served as models for the English terminology: the English version of the Convention of the International Sale of Goods (CISG)<sup>7</sup>, the Consumer Sales Directive (1999/44/EC)<sup>8</sup>, an English translation of the Dutch Civil Code, as well as the English set of rules of the Principles of European Contract Law<sup>9</sup>. These English-language sources use quite different legal terminologies<sup>10</sup>.

The greatest part of the DCFR consists of ‘model rules’. The adjective ‘model’ indicates that the rules are not put forward as having any normative force but are soft law rules of the kind contained in the Principles of European Contract Law and similar publications.

---

[http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)  
(Date of the request: 28.10.2017)..

<sup>6</sup> See «Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference» / ed. Christian von Bar, Eric Clive, Sellier, 2009.

<sup>7</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG]. URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html> (Date of the request: 28.10.2017).

<sup>8</sup> Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0044:en:HTML> (Date of the request: 28.10.2017).

<sup>9</sup> Lando, Ole, and Beale, Hugh. Principles of European Contract Law – Parts I and II. // The Hague: Kluwer International, 2000.

<sup>10</sup> Legal Language and the Process of Drafting the Principles on a European Law of Sales. Study Group on a European Civil Code. // Ewoud Hondius [et al.]; ed. by Viola Heutger. Electronic Journal of Comparative Law, 2008. 1 p. URL: <http://www.ejcl.org/122/art122-3.pdf>. (Date of the request: 28.10.2017).

The main changes here are the inclusion of some provisions taken from elsewhere in the Interim Outline Edition. Of particular note is I. – 1:103 (Good faith and fair dealing). Paragraph (1) is a more developed version of a definition which formerly appeared only in the Annex of definitions. It is included here because of its importance. Paragraph (2), on inconsistent actings, has been inserted following a recommendation by the evaluative group formed by the Association Henri Capitant and the Société de Législation Comparée. The text of the former Annex 2 (Computation of time) has been integrated into Book I: see I. – 1:110<sup>11</sup>.

The definition of “contract” in II. – 1:101(1) has been shortened. It now refers to “an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect.” The definition formerly contained additional words designed to cater for the case where there was no subjective intention but an agreement was carved out of what the parties said or did. However, that point is sufficiently provided for by a later Article (II. – 4:102) and does not need to be repeated here. There is a similar change in the definition of “juridical act” in II. – 1:101(2). The earlier definition had been criticised by commentators on the ground that it did not make the element of intention necessary and was therefore too wide<sup>12</sup>.

Despite this opponents point out that a uniform text would still be the object of divergent legal interpretations by national courts, thereby making unity of private law in Europe merely illusory. They also argue that private law is connected to national legal traditions and cultures which should be respected by the EU, rather than replaced by uniform legislation<sup>13</sup>. However, this approach is criticised for concealing the underlying economic, political and social issues which are often more important (e.g. a

---

<sup>11</sup> The purposes of the DCFR. // *Juridica International. Law review.* University of Tartu, 2008 XV. 8 p.

<sup>12</sup> See above.

<sup>13</sup> See e.g. *Against a European Civil Code / Pierre Legrand // Modern Law Review.* 1997. Vol. 60. issue 1.

French consumer needs protection as a consumer, rather than as a Frenchman)<sup>14</sup>.

Others add that there is no common language in Europe, no supreme court of private law which could ensure uniform application, and that European legal scholarship is not yet sufficiently developed<sup>15</sup>.

Contract law has been, and will continue to be, at the center of attention. Even though there are areas that have remained largely unexplored, the ground has been relatively well prepared in comparative research. As a result, we are faced with an abundance of documents and initiatives<sup>16</sup>.

The DCFR have played a pioneering role<sup>17</sup>. Finally, academics have also greatly contributed to the unification of private law in the EU, proactively identifying the common core of private laws in the EU, preparing restatements, as well as drafting principles, definitions and model rules.

DCFR undoubtedly plays an important role in teaching and research work, as it evokes discussions regarding European private law, which delve into common theme.

---

<sup>14</sup> The Long Shadow of the Volksgeist or the Nationalist Dimension in European Private Law Discourse / Guido Comparato // *European Review of Contract Law*. 2012. issue 3. P. 257–258.

<sup>15</sup> Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law / Reinhard Zimmermann, in: *European Review of Contract Law*. 2012. Vol. 8. issue 4. P. 367–399.

<sup>16</sup> See The practical potential of the DCFR: Judgment of the Swedish Supreme Court (Högsta domstolen) of 3 November 2009, Case T 3 08 / Mateusz Grochowski, *European Review of Contract Law*. 2013. Vol. 9. Issue 2.

<sup>17</sup> Zimmermann R. *The Present State of European Private Law*. 2010. 42 p. URL: [https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj1p\\_xn8vMAhXBa5oKHUvSCogQFggbMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.knaw.nl%2Fnl%2Factueel%2Fpublicaties%2Fthe-present-state-of-european-private-law%2F%40%40download%2Fpdf\\_file%2F20101020.pdf&usg=AFQjCNHHgrlBba6YhnHO3Ra5I69X6RoACg](https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj1p_xn8vMAhXBa5oKHUvSCogQFggbMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.knaw.nl%2Fnl%2Factueel%2Fpublicaties%2Fthe-present-state-of-european-private-law%2F%40%40download%2Fpdf_file%2F20101020.pdf&usg=AFQjCNHHgrlBba6YhnHO3Ra5I69X6RoACg). (Date of the request: 28.10.2017).

## LEGAL FEATURES OF ARBITRATION AGREEMENTS

**Coica Galina Sergeevna**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
gal.ka2016@mail.ru

This article is devoted to identifying legal features of the arbitration agreement at its drawing up and its application.

*Keywords:* arbitration agreement, arbitration clause, arbitral award, the principle of competence of competence, the principle of autonomy, contract.

One of the most notable trends in the development of private international law, today, is the desire for more flexible regulation of legal relations, including those related to the resolution of international disputes between participants in international trade. The flexibility of arbitration depends, first of all, on how thoroughly and prudently the parties approach the drafting of the arbitration agreement. The arbitration agreement is an agreement of the parties that gives the possibility to provide in detail all the conditions in accordance with which, in the event of occurrence, disputes between partners will be resolved, which is impossible when the conflict is resolved in a judicial procedure.

The arbitration agreement is the cornerstone of the entire arbitration process as a whole. On this basis, we can note that the content of the arbitration agreement depends entirely on the will of the parties. As a rule, it includes the resolution of questions about a particular arbitration institute, which will deal with the dispute, the procedure for arbitration, the place of arbitration, the language of arbitration, the number of arbitrators, etc. This list isn't exhaustive and may include a number of other issues that are necessary for the settlement of legal relations between parties.

The arbitration agreement is the most important legal institution on which the consideration of almost all disputes between

private persons in international commercial arbitration is based. The New York Convention, which is a systemic act in the field of international arbitration, contains only an indication that the arbitration agreement must be written, and explains that it can be contained in a contract of parties or in the exchange of letters or telegrams (article II). This Convention does not define any concrete concept. For the definition of the arbitration agreement should refer to art. 7 of the Law on ICA, which is a literal translation of art. 7 of the UNCITRAL Model Law: “Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement”<sup>1</sup>.

Most often, arbitration agreements are included in contracts. It is important to note that from the inclusion of the arbitration clause in the contract, three important consequences follow:

1. The arbitration agreement (arbitration clause) included in the foreign economic transaction is autonomous, its validity in most cases does not depend on the validity of the main contract and it is usually governed by other rules of law than the main contract;

2. The arbitral award rendered by the arbitral tribunal on the basis of the arbitration agreement is final and binding on the parties to such arbitration agreement;

3. The inclusion in the contract of the arbitration agreement hinders the consideration of the foreign economic dispute arising from such an agreement in the state court. Note that the arbitration agreement leads to the complete elimination of state justice from the resolution of the relevant dispute only if its parties voluntarily execute the arbitral award and waive the right to challenge it in state courts. If this does not happen, then state courts will nevertheless have to consider applications for the enforce-

---

<sup>1</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985...

ment or cancellation of the relevant arbitration award. Russian legislation (represented by the ICA Law and the New York and European Conventions proper) contains only one requirement for the form of the arbitration agreement: such an agreement must be concluded in writing. In addition, the Convention provides for two possible forms of fixing an arbitration agreement: in a contract and in a separate agreement on the transfer of a dispute to arbitration, and with respect to such an agreement it is specifically stipulated that it can be both signed by the parties, and concluded by an exchange of letters or telegrams.

The application of this norm of the Convention in practice caused many difficulties. In part, these difficulties were related to the brevity of the language used in the Convention, but to a greater extent they were a consequence of the contradiction between the pace of development of modern means of communication and the emergence of new forms of business documentation, on the one hand, and the conservatism of the legal approach to securing the expression of the will of members of civil turnover – on the other. In practice, the letters and telegrams mentioned in art. II of the Convention, have long equated telexes, teletypes and other means of telecommunications, which was foreseen still by sub. "A" item 2 of art. I of the European Convention.

Nevertheless, the vector of development of international legislation and arbitration practice is clear: such development follows the way of refusal from the necessity of a written fixing of the arbitration agreement. The requirement of the need for a written agreement on such an agreement has already disappeared from the UNCITRAL Arbitration Rules in its 2010 version (see "c" and "d", item 3, clause 3), the ICC Arbitration Rules of 2012 (see art. 6), Article 2 of the Standing Orders of the TPN does not insist on it, and it came into effect on January 1, 2010. It is not required to present an arbitration agreement or a copy thereof when referring to the enforcement of an arbitral award on the territory of France, Sweden and Norway.

The arbitration agreement is autonomous from the main agreement, of which it is a part, its validity in most cases does not depend on the validity of the underlying contract. If such a contract is declared invalid, void, unincorporated or expired in connection with the fulfillment of its obligations or on the basis of the will of its parties, the arbitration agreement will still remain in force and may be used in accordance with its terms for consideration and resolution of those disputes.

The arbitration agreement, as a rule, is subject to a law different from the substantive law to which the contract is subordinated. The principle of *competence of competence* follows from the principle of autonomy of the arbitration agreement, the essence of which is that the arbitral tribunal has the right to independently judge whether the arbitration clause is valid in the dispute referred to it. The phenomenon of the arbitration agreement, which has the properties of autonomy, has long been an object of study and understanding of legal science. B.R. Karabelnikov emphasized that “the opinions expressed by scientists can be placed within the framework of three theories:

1. The arbitration agreement is a substantive agreement. The proponents of this theory insist that the requirements for writing the fixing of the arbitration agreement and that the arbitration agreement must be valid and remain valid under the law applicable to it testify specifically to the substantive nature of this legal phenomenon;

2. “An arbitration agreement is a procedural act, to resolve a dispute by a certain body (an arbitration court), whereby it has a derogation effect in relation to the competence of state courts”;<sup>2</sup>

3. The arbitration agreement is a phenomenon of a mixed legal nature, it has the features of both material and procedural law.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Yarkov V.V. Arbitration process: a textbook / ed. V.V. Yarkov. M.: Volters Kluver, 2005. P. 657.

This pragmatic approach mostly reflects the practice followed by the arbitrators and courts in applying art. II of the New York Convention and the norms of national legislation based on art. 7 and 16 of the UNCITRAL Model Law. We believe that this approach is the most modern and correct in its essence.

The pragmatic meaning of separation in the doctrine and securing in art. 7 of the ICA of the principle of autonomy of an arbitration agreement does not consist in the fact that the arbitration agreement is treated as a kind of legal phenomenon that is absolutely not connected with the fate and form of fixing the main deal, but that it has additional survivability opportunities for the unfair party to create obstacles in the way of arbitration. It is based on this pragmatic interpretation of the appointment of the arbitration agreement and it is necessary to assess the authority of the representative to sign the arbitration agreement. Some authors raise the question of whether a person authorized to sign a basic transaction, the text of which includes an arbitration agreement, should have special powers to sign the arbitration agreement.

Thus, V.N. Anurov believes that “if there is no express authority in the power of attorney for the person who signed the foreign economic agreement to transfer disputes to arbitration, the conclusion of the arbitration agreement, the arbitration agreement in the form of an arbitration clause can be recognized as not concluded and, as a consequence, invalid”<sup>4</sup>. If you agree with this position, then any power of attorney to sign a transaction that allows the possibility of concluding an arbitration agreement must be issued in a special way, specifically delineating the powers to conclude both the main transaction and the arbitration agreement. In practice, no one gives such power of attorney and, moreover, the arbitrators checking the powers of the

---

<sup>3</sup> Karabelnikov B.R. International commercial arbitration. Textbook. 2 edition. P. 500.

<sup>4</sup> Anurov V.N. The legal nature of international commercial arbitration. M.: Prospect, 2000. P. 50–51.



signatories to the agreement containing the arbitration agreement never examine separately the question of the availability the representative of the party has the authority to conclude the arbitration agreement, unless the competency of the representative on signing the main transaction. In our opinion, the conclusion that it is necessary to separate powers in the power of attorney to conclude an arbitration agreement is erroneous. It is based on a too literal interpretation of the principle of autonomy of the arbitration agreement. Most often, the issue of extending the arbitration agreement to persons who did not sign it, arises in the event of the assignment of rights under a contract containing such an agreement.

Professor V.A. Musin believes that “the retention of the rights’ assignee arising from the arbitration agreement entered into by the counterparty with the assignor follows from the mixed nature of such an agreement, which by its nature is an act of both substantive and procedural law. From his point of view, in the case of a singular succession, the conclusion on retaining the strength of the arbitration agreement should be made just on the basis of the procedural features of the nature of the arbitration agreement, since the procedural succession is carried out regardless of the opponent’s consent in a possible dispute”.<sup>5</sup> In its meaning, the cession agreement establishes a succession in respect of the assignor’s rights in full (except for issues that may be excluded on the basis of a clearly expressed agreement between the assignee and the assignor)<sup>6</sup>. If the assignor has the right to arbitrate the dispute, this right can be transferred to the assignee, as well as other rights under the contract in the order of the assignment of the claim, and no special fixation of the transfer of such right is required. In this case, the effect of the arbitration agreement con-

---

<sup>5</sup> Musin V.A. Arbitration clause in the foreign economic contract and the problem of succession // Arbitration court. 2000. № 4. P. 37–38.

<sup>6</sup> Lebedev S.N. International commercial arbitration: the competence of arbitrators and the agreement of the parties. M., 1988. P. 78.

cluded by the debtor with the assignor will apply to the debtor's relations with the assignee and the requirements for the form of the arbitration agreement will not be violated in accordance with the prevailing broad interpretation of paragraph 2, article II of the Convention allowing the right of the assignee to retain the right to arbitrate the dispute on the basis of an arbitration agreement fixed in the contract between the assignor and the debtor. The need for legislative consolidation of the interpretation aimed at maintaining the arbitration agreement in the event of a cession under the contract was mentioned in the draft report of the UNCITRAL Arbitration Working Group at its 33rd session, held in Vienna from November 20 to December 1, 2000. We should pay attention to the approach of the Swedish courts to the issue of cession rights arising from the arbitration agreement. These courts, on the whole, without questioning the possibility of such a cession under a singular succession, indicate that in some cases, in order to preserve the power of the arbitration agreement on the cession of the creditor, it is necessary to notify the debtor under the contract in a timely manner (immediately after the assignment of the right). From this situation, it is necessary to distinguish the case when the rights of the debtor are being coded, in this case, the assignee is unconditionally bound by the arbitration clause of the contract and the creditor cannot be separately notified of the existing cession.<sup>7</sup> This is partly due to the fact that the assignment of the debtor's rights under the contract, as a rule, requires the prior consent of the creditor. From the problem of preserving the validity of the arbitration agreement in the case of singular succession, it is necessary to distinguish the issue of the transfer of an arbitration clause due to universal succession. In this case, the very possibility of challenging the validity of the arbitration agreement is very doubtful, since despite the reorganization, the party to the

---

<sup>7</sup> Decision of the Court of Appeal of Svea County on January 10, 2003 in the case of E 8032-00 and commentary to it by Prof. I.S. Zykina // International Commercial Arbitration. 2005. № 2. P. 159; Hober K. Decree. op. C. 66.

arbitration agreement, firstly, retains its legal personality and, secondly, retains the rights and obligations for all transactions entered into before reorganization. Therefore, references to the reorganization of the person who signed the arbitration agreement, on the part of his successor, as a rule, are not taken into account as an obstacle to arbitration consideration of a foreign economic dispute. Where there is no succession, as a rule, there is no reason to mention that the arbitration agreement included in the contract concluded by the parties binds the parties to this contract with the obligation to consider disputes with third parties in arbitration. In addition to cession and universal succession, there are several other cases in Western doctrine where an arbitration agreement signed by one person can be used as a procedural basis for filing an action with another person for international arbitration. A well-known Dutch expert Bernard Anotio identifies eight more cases, including such legal constructions as *alter ego* or *piercing of the corporate veil*, *estoppel*, *consent* or conduct as an expression of implied consent, and a number of others.<sup>8</sup> In Russian court practice, there have not been such cases so far, but for lawyers of Russian companies creating numerous offshore structures to minimize corporate transaction risks, information on this practice of Western European courts can be very useful.

The study of the question of reality, the preservation of strength and feasibility of the arbitration agreement is the starting point for challenging the existence of international commercial arbitration of jurisdiction to resolve a dispute, as well as cause for attempts to transfer the dispute to state courts and thereby to withdraw this dispute from the competence of international arbitration. Both the arbitrators themselves and the state court, where one of the parties is drawn before the initiation of the arbitration or during such proceedings, must decide whether the existing arbitration agreement is valid and whether it is enforceable. From

---

<sup>8</sup> Hanotiau B. *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. Kluwer Law International, 2005.

the decision of this issue depends on whether the decision on the dispute can refer to the competence of international arbitration and, moreover, whether there are grounds for considering such a dispute withdrawn from the jurisdiction of state courts, if the relevant application is made in accordance with New York Convention, paragraph 1 of art. 8 of the ICA Law and section 5, part 1, art. 148 APC. Despite the great importance of this issue, in art. II of the Convention, which sets forth the requirements for the form of the arbitration agreement, there is absolutely no indication as to which norms should be used to decide on the validity, maintenance of the force and enforceability of the arbitration agreement. At the same time, the Convention contains a rule according to which the recognition and enforcement of an arbitral award can be refused if the arbitration agreement is invalid under the law to which the parties have subordinated this agreement, and in the absence of such instruction, by the law of the country where the decision was made. In the absence of a similar rule in art. II of the Convention raises the question of the possibility of applying the provisions of art. V of the Convention on the norms on the basis of which the arbitrators or the state court must come to a conclusion about the validity, maintenance of the force and enforceability of the arbitration agreement for the solution of the issues raised in art. II of the Convention. Different points of view have been voiced on this issue at different times, but recently the tendency has become prevalent that the state courts of the countries parties to the Convention must use the conflict of laws rules when deciding on the validity, preserving the force and enforceability of the arbitration agreement under article II of the Convention. "A" article V, paragraph 1, of the Convention<sup>9</sup>.

For countries that are parties to the European Convention besides the Convention, the solution to this issue is facilitated (in so far as the European Convention is applicable to the circum-

---

<sup>9</sup> Lebedev S.N. International commercial arbitration: the competence of arbitrators and the agreement of the parties. M., 1988. P. 93.

stances of a particular case on the basis of the composition of its participants): in paragraph 2 of art. VI of the European Convention not only prescribes to apply to the question of validity, maintenance of force and enforceability of the arbitration agreement rules similar to the norms of sub. "A" p. 1 of art. V of the Convention, but these norms are also developing.

Such practice of setting norms applicable to the resolution of the question of the existence, validity and enforceability of the arbitration agreement is based on the universal recognition of the principle of autonomy of the arbitration agreement. In fact, although the Convention does not directly fix this principle, it would be impossible to speak separately of its recognition of the problems of the validity of the arbitration agreement and the law applicable to the resolution of this issue; then the question of the validity of the arbitration agreement would be decided together with the question of the validity of the treaty into which it is incorporated and in accordance with the rules of law governing the basic contract. The actual recognition of the principle of autonomy of an arbitration agreement is implicit in the Convention, and subsequently this principle was normatively enshrined in art. 16 of the UNCITRAL Model Law.

However, despite the universal recognition of the principle of autonomy of the arbitration agreement, which implies the possibility of applying to the issue of the availability, validity and enforceability of the arbitration agreement of legal norms that are different from substantive law applicable to the merits of the dispute, in practice there are almost no contracts, in arbitration agreements which would specifically address the issue of choosing the law applicable to the arbitration agreement. As a rule, the parties fix in the contract the choice of the substantive law applicable to the relations between them, refer to one or other arbitration rules and establish the place of arbitration, but they do not hold back the law, which should regulate the issues of validity, preservation of force and fulfillment of the arbitration agreement, although the choice of the parties to this law is expressly provid-

ed for by both the New York Convention and the European Convention. Moreover, none of the recommended arbitration clauses included in the regulations of known institutional arbitration or in the UNCITRAL Arbitration Rules also does not provide for a separate election of the law applicable to resolving the issue of validity, maintaining the force and enforceability of the arbitration agreement, although in some arbitration rules principle of autonomy of the arbitration agreement. Thus, if the contract does not specify which national law the parties have subordinated to the arbitration agreement included in the contract, then, in order to decide the existence, validity and enforceability of the arbitration agreement, it is usually necessary to apply the law of the country where arbitration will be held and should be an arbitral award was made (*lex arbitri*).

As a result, in practice, the arbitrators who are considering a case in which, in addition to the dispute about the right itself, are also subject to jurisdictional objections, one must first study the laws of the country where the arbitral award will be made (for resolving the issue of validity, preserving the force and enforceability of the arbitration agreement) – the norms of the parties to the applicable substantive law chosen by the parties (to resolve the issue of the validity of the contract in which the arbitration clause was included).

At the same time, the automatic dissemination of the norms of substantive law chosen by the parties to resolve the issue of validity, preserve the force and enforceability of the arbitration agreement is inadmissible due to the principle of autonomy of the arbitration agreement. Only if the document signed by the parties contains a direct indication that the material law chosen by the parties is to be applied and for issues related to the validity, conservation of force and the feasibility of the arbitration agreement, the arbitrators can evaluate both the validity of the transaction itself and the reality, the preservation of force and the enforce-

ment of the arbitration agreement on the same rules<sup>10</sup>. It should be noted that in addition to establishing the law to which the arbitration agreement is subordinated as such and on the basis of which the validity, preservation of the force and enforceability of this agreement, arbitrators or the state court in accordance with sub. "A" p. 1 of art. V of the Convention is obliged to resolve the issue of the *legal capacity* of the parties to the arbitration agreement, and according to the law applicable to them, and not under the law to which the arbitration agreement is subject. A similar in content standard is also included in section 2, art. VI of the European Convention, according to which the state court must resolve the question of the legal capacity of the parties to the arbitration agreement according to the law that applies to them, by their personal law (*lex societatis*), and not by the law to which the arbitration agreement is subordinated.

The question of the law governing the arbitration clause was repeatedly raised in the practice of courts of different states. It can be shown that in the countries of the continental system of law it is resolved uniformly: if the parties themselves did not select separately the law governing this reservation, then it is considered subordinate to the law of the place where the arbitral award was made<sup>11</sup>. The most liberal-minded courts (primarily French ones) also point out that, by virtue of the principle of autonomy of an arbitration agreement, there is no need to address the national law of any state in deciding the question of its validity<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Lew J. The Law applicable to the form and substance of the arbitration clause // ICCA Congress Series. N. 14. May 1998, Paris. P. 136.

<sup>11</sup> Decision of the Court of Appeal of Svea County (Sweden) in case O 4645-99 // Arbitration court. 2003. № 6. P. 41; Heger S. Comment on the new Austrian arbitration law. Moscow: Volters Kluver, 2006. P. 10; Hober K. Arbitration Reform in Sweden // International Commercial Arbitration. 2004. № 1. P. 61.

<sup>12</sup> Decision of the Court of Appeal of Paris of May 31, 2001 // International Commercial arbitration. 2006. № 1. P. 151.

The most famous commentator of the New York Convention is Prof. A.-YA. van den Berg, in his commentary, acknowledged that, although in practice there are other solutions, the law of the place of award is most likely to be the most appropriate to decide whether the arbitration agreement.<sup>13</sup> The approach according to which, in the absence of a special agreement of the parties on this issue, the law governing the arbitration agreement, is the law of the place of arbitration, and not the substantive law to which the contract is subordinate in general, was recognized by the Court of Appeal of England in 2012<sup>14</sup>.

Recently, in practice, the question has arisen whether two Russian companies can conclude an arbitration agreement that provides for the consideration of a dispute between them in international arbitration abroad. This question should be answered positively. In contrast to the ICAC Rules of Procedure at the RF CCI, from which it follows that this institutional arbitration body has the right to consider either disputes involving foreign companies (if a commercial enterprise is at least one of the parties is abroad), or disputes involving Russian enterprises with foreign investments (among themselves or with Russian subjects of entrepreneurial activity without foreign investment), none of the foreign regulations of international arbitration prevent the resolution in accordance with it of a dispute between two companies domiciled in one state.

In conclusion, it is necessary to mention that the main function of the arbitration agreement is that it empowers the international commercial arbitration to consider a dispute arising from civil law relations complicated by a foreign element. For determining the enforcement of the arbitration agreement, we should

---

<sup>13</sup> Van den Berg A.-J. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) – XXVII (2002)* P. 221 *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXVIII (2003). P. 622.

<sup>14</sup> *Sulamerica CIA Nacional de Seguros SA and others v. Enesa Engenharia SA and others* ([2012] EWCA Civ. 638).



analyze the requirements laid down by applicable law, for instance, if applicable law is based upon the Model Law, the parties will not need to sign a new agreement later, and the arbitration clause may set the arbitration proceedings in motion. If, on the contrary, the applicable law requires that a submission agreement be signed even if there is a previous arbitration clause, it is necessary to see what the requirements for this new agreement are and how it can be executed in case one of the parties refuses to cooperate<sup>15</sup>. The abovementioned requirements and elements play an important role in drafting an arbitration agreement, are necessary for avoiding the termination of the arbitration agreements. Because of inaccuracy of its drafting, the parties generally meet many problems in international relationships in their commercial practice.

---

<sup>15</sup> Course on dispute settlement – Module 5.1. International Commercial Arbitration: Overview (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.38) 30 Nov 2005. 52 page(s). P. 9.

## PUBLIC POLICY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

**Dinh Thi My Linh**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
linh.vboice94@gmail.com

Annotation: This article discusses the public policy or *ordre public* in private international law. Private international law is generally open in accepting or recognizing foreign law or foreign decisions. The public policy constitutes a limit to that openness. It impedes the application of foreign law or the recognition of a foreign decision in cases in which the application or recognition would violate fundamental values or interests of the forum. As an ultimate limit to foreign law, thus, it is an essential part of private international law and also part of instrument of Vietnamese legal system.

*Key words:* public policy, *ordre public*, private international law.

### 1. What is the public policy?

National courts always retain the power to refuse to apply a foreign law or recognize or enforce a foreign judgment on the grounds of inconsistency with public policy. The law which would ordinarily be applicable under choice of law rules may, for example, be denied application where it is “manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum” (in article 16, Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980), and a foreign judgment may be refused recognition on the grounds that, for example, “such recognition is manifestly contrary to public policy in the [state] in which recognition is sought” (in article 34, Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters).

Public policy (*ordre public*) is a term with an abstract, complex function, but the term is used very commonly in the system of the countries. The public policy carries the national attrib-

ute of that country. However, the problem of national work is always stable, and it is not invariable. So, public policy will change in time, within a stage to match.

According to Black's law dictionary (2<sup>nd</sup> edition) the definition of public policy: "The policies that have been declared by the state that cover the state's citizens. These laws and policies allow the government to stop any action that is against the public's interest. There may not be a specific policy that an action pertains to but if it is not deemed good for the public it will be quashed."

These are values, standards that are abstract and cannot be clearly defined, these values are protected in order to meet the overall political, social and economic requirements of the state. It has the basic function of maintaining social stability, ethics and fine customs, or protecting the fundamental interests of the citizen.

This type of regulation is applied in all domestic civil legal relations and civil relations involving foreign elements, in order to safeguard national public order as well as social values. In practice, many norms in the national legal system apply to the nature of mandatory rules such as those in the criminal field, liability for contractual damages, public finances, ...and regarded as the national public order. For example, according to the law of the French Republic, all principles of civilization (which may be ethical, political or economic, social...) are considered "public order". This is reflected in the French Civil Code as the principle that all individuals have legal status, body inviolability, equality, freedom of marriage, recognition of ownership and related rights, the mandatory effect of the commitment.

In the international private law, according to *Lexique des termes juridiques*, the concept of public policy can be understood that when competent authorities use national conflict rules referring to foreign law but do not apply that foreign law system (which would in fact be applicable), or not recognize the validity of a foreign court's ruling, as it gives rise to a situation which is contrary to the fundamental legal principles of its law or if it is

found that the application of foreign law is a violation of the fundamental principles of law of the political, legal, economic and social<sup>1</sup>.

For example: when registering a marriage between a female citizen of Vietnam (A) and a male citizen of country B. Country B is a Muslim country, whereby the law of country B also recognizes polygamy. In this situation, if applying the foreign law system with the content violating the "basic principles of Vietnamese law", because the principle and law of marriage and family of Vietnam only recognized monogamy regime. Thus, in this case, the competent authority of Vietnam may refuse to apply such foreign law to protect Vietnamese public order.

In short, "public order" is understood to be the whole of the written or unwritten principles of a legal order, considered to be fundamental principles, which the subject cannot violate.

## 2. The function of public policy

Public policy in private international law allows to reject foreign laws repugnant to the forum's sense of morality and decency, to prevent injustice in the special circumstances of the parties before the court, and to affect choice of law. Public policy is a 'safety net' to choice of law rules and rules governing the recognition and enforcement of foreign judgments.

In the nineteenth-century, mainly in Italy, there were three key approaches: nationality, liberty and sovereignty.<sup>2</sup> The "nationality" is related to family law in a large sense: in this area the national law should apply. The "liberty" is related to contracts: in 1865 already the Italian Code provided in its preliminary provisions ("disposition preliminari") that parties to an international contract could choose the applicable law. The "sovereignty" prevailed: the law of the forum could not be set aside because of

---

<sup>1</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz, page 392.

<sup>2</sup> Scholten G.J. NJ, 1965.

“public policy” and applied exclusively in the State’s territory<sup>3</sup>. Public policy concerned heterogeneous category: real property, principles of good morals, what we now call human rights, vital interests of the State among which economic interests.

However, public policy in private international law has also been frequently criticized for its uncertainty. First, the exercise of public policy is often characterized and maligned as involving a broad and unfettered discretion, giving excessive and unguided power to the judiciary. Second, when the courts do decide to apply public policy it is not always easy to identify in advance what the content of public policy actually is or what the consequences of its application will be. The objections raised here are to the unpredictability of the rule, which, aside from raising concerns about rationality and legitimacy, risks undermining the concern of private international law, particularly in the common law world, with meeting party expectations<sup>4</sup>. Besides, locally acceptable inhibitions and prejudices are not always appropriate in a transnational context<sup>5</sup>. Thus, the courts in practice acknowledge that there must be limits on the application of public policy in private international law, accepting the need for a cautious approach, avoiding “national exclusiveness and prejudice impatient of the application of foreign law”<sup>6</sup>.

#### Measures to overcome the consequences of public policy

Firstly, legislators in private international law need to develop principles which are guided as well as provide specific

---

<sup>3</sup> Struycken A.V. M., Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law, Collected Courses. 2004. Vol. 311 ().

<sup>4</sup> Alex Mills, the dimensions of public policy in private international law, published in 4 Journal of Private international law 201, 2008.

<sup>5</sup> Whether common standards of public policy should prevail as between the units of a federation must largely depend upon the nature of the federation in question.

<sup>6</sup> Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v Sweden) [1958] ICJ Reports 55 at 94.

guidance in the application of conflicting legal norms in relation to other content norm.

Secondly, there is a need for a unified definition of public policy in the judicial system. The legal system of each country should clearly define the issues of fundamental principles in its law about the public policy and at the same time in accordance with the basic provisions of international law. Because there are fundamental differences in thinking, politics, history, culture, development level ... each country will pursue different objectives and benefits, so the concept of public policy in each country will have different levels and nuances.

### 3. Public policy in Private International Law Conventions

One understands that international conventions in the field of PIL normally contain an explicit provision on the public policy (*ordre public*) in the specific PIL function. Then the Hague Marriage Convention of 1902 could be construed as not providing a defense against Nazi legislation which intended to keep the national blood “pure” (legislation on the “Reiterating des deutschen Blutes”) by obstructing marriage between a Jew and a non-Jew. The early Hague Conventions, a bit naively, did not contain a provision providing for the escape valve of the *ordre public*<sup>7</sup>. In one of the rare PIL cases dealt with by the International Court of Justice, the case known as the Elisabeth Boll case, the Court was requested to interpret the Hague Guardianship Convention, equally of 1902.<sup>8</sup> Particularly, the Netherlands contested that Sweden

---

<sup>7</sup> A. de LaPradelle and J.-P. Niboyet, eds, *Répertoire de droit international*, Vol. IV, 1929, sub voce *Conférences de droit international privé de La Haye* (P. de LaPradelle). P. 552. no. 18, Chr. von Bar, *Rabelsz* 1993. P. 94-95.

<sup>8</sup> ICJ judgment of 28 November 1958, *ICJ Reports* 1958, pp. 54 et seq. (see P. 62, 64, 67-70). J. González Campos, *Recueil des cours*, Vol. 287 (2000), fn 303, F. Mosconi, *Recueil des cours*, Vol. 217 (1989), nos. 12-16, Hilding Eek, *Recueil des cours*. Vol. 139 (1973). nos. 8-14, A. Makarov, on public policy provisions in HC conventions, *Festschrift Max Gutzwiller*, Basel, 1959. P. 303-324.

invoked the public policy, where no provision of the convention warranted to do so. The Court avoided to give a decision on the latter point, i.e. whether the reservation of the public policy is implied in the Convention, but rather insisted on the narrow objective of the Convention to solve the choice of law problem. The affirmative answer to the question of the implied restriction of the public policy was withheld by the ICJ, as it was admitted by five of the judges only. It was even considered by some to be a general principle in the sense of article 38 of the Statute of the ICJ. The Hague Conference has continued to insert into its conventions an article on public policy.

The safety valve inserted in Hague conventions since the Hague Convention on the law applicable to maintenance obligations in relation to children, 1956, should be taken use of with utmost restraint. This is the meaning word “manifestly”: “manifestly incompatible with public policy (*ordre public*)”.<sup>9</sup> Reference to “*ordre public*” used to be quite frequent in the days when the *lois de police* had not yet a prominent place in the theory of PIL.

The European convention public order which was touched upon in Chapter I, nos. 26-28, may materialize in a private international law context. It may be the ground for not applying the law of a non-Member State or for non-recognition of judgment given in such a country. This would have been made clear if the Rome II proposal of the EC Commission of 22 July 2003 on choice of law rules for non-contractual obligations had been adopted. Now, article 26, Rome II Regulation provides for a general public policy clause. It departs both from the Commission’s initial proposal and the European Parliament’s legislative provision on the non-application of punitive damages; the latter was rejected by the Council of the European Union.

If one takes into account the development of the legal order of the Union, it will be sound not to ignore, in the context of PIL,

---

<sup>9</sup> J. Dolinger, Hague Convention Actes et Documents, Explanatory Report by Essén. P. 215, Recueil des cours, fn 297.

this EC public policy function. However, in a new draft by the successive Netherlands and Luxembourg presidencies of 20 December 2004 that Article 24 was deleted, unfortunately.

#### 4. Public policy in Private International Law in Vietnam

In the legal system of Vietnam, the concept “public order” is rarely used, but instead the term “basic principles of Vietnamese law” is used very commonly. For example, in Article 666 of the Civil Code 2015, provides for the application of international practices:

“Contracting parties may select international customary practices in the case prescribed in Clause 2 Article 664 of this Code. If the application of such international customary practices is contrary to the basic principles of the laws of the Socialist Republic of Vietnam, Vietnamese laws shall prevail.”

In cases where the competent authority of Vietnam may have to apply foreign law, in addition to the reference of conflicting rules, the jurisdiction may also apply foreign law when the parties of contract are selected. In most jurisdictions, there are provisions that allow contracting parties to agree on the choice of foreign law as the law applicable to their contract, however they must ensure that the foreign law is not contrary to the basic principles of Vietnamese law. For example, in Clause 2, Article 5 of the 2005 Commercial Law: “The parties to a commercial transaction involving foreign elements shall agree on the application of foreign laws and international commercial practices if foreign laws, the practice of international trade is not contrary to the basic principles of Vietnamese law”.

Moreover, the issue of “public policy” in Vietnam is recognized in a number of international treaties which Vietnam has signed or acceded to. For example: article 5 of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; article 7 of the Judicial Assistance Agreement between Vietnam and the Russian Federation in 1998; article 12 of the 1993 Vietnam – Poland Judicial Agreement.



Thus, in Vietnam, the two concepts of “public order” and “basic principles of Vietnamese law” are considered synonymous by lawmakers. The use of the term “public order” or “basic principles of Vietnamese law” is still generally understood, abstract. The general opinion of the research community is that, the legal system of Vietnam does not have a legal document or a judicial practice that defines “basic principles of Vietnamese Law”. In some laws such as the Civil Code, the Penal Code, the Commercial Law, etc., provided some general principles, but only for the specific nature of the law<sup>10</sup>.

To conclude, public policy and *ordre public* burden a forum court with great responsibility to exercise restraint and prudence in rejecting foreign acquired rights. If the foreign law normally applicable violates the strongest moral convictions or appears profoundly unjust at the forum, the law should not be applied. The principle can be defended on the ground that, above all, any court’s function is to aim at the just accommodation of controversy or, perhaps, with the notion that the decisions of courts should not “exhibit to the citizens of the state an example pernicious and detestable”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Bui Thi Thu, Public policy in private international law in Vietnam, Faculty of international law, Hanoi law university, 2010, (www.moj.vn).

<sup>11</sup> Greenwood v. Curtis, 6 Mass. 358, 378 (1810). For an interesting formulation as to when foreign law is sufficiently outrageous to warrant a refusal to apply it, see Adams v. Gay, 19 Vt. 358, 367 (1847): “[W]e must be able to find but one pervading [\*1016] feeling upon that subject, so much so, that a contrary feeling, in an individual, would denominate him either insane, or diseased in his moral perceptions.” This language is quoted with approval in Swann v. Swann, 21 Fed. 299, 305 (E.D. Ark. 1884).

# APPLICATION OF THE MODERN LEX MERCATORIA IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: PROS AND CONS

**Hong Dao Nguyen**

Nguyenhongdao1022@gmail.com  
Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law

Sometimes contracting parties or arbitrators decide that a contract is not to be governed by a national law but by transnational rules or principles. This occurs where the parties expressly designate transnational rules to govern or, in the absence of a designation, where arbitrators called upon to resolve a dispute, and with authority to do so, decide that transnational rules apply. In such cases the contract is subject to an international standard which is different to the domestic rules of a single nation state. The transnational rules or principles selected may differ in formulation from case to case. Sometimes the *lex mercatoria* is applied. Application of the *lex mercatoria*, especially in international commercial arbitration, is the subject of some controversy. This article deals with the question: "*What are the advantages and disadvantages when applying the rules of modern Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration?*". In the scope of this article, the author introduces opinions and arguments of different legal scholars of different countries. The author would like to briefly introduce the conception of the modern *Lex Mercatoria*, party autonomy in choosing *Lex Mercatoria* to govern their contract as well as arbitration. The main focus lies on pointing out the pros and cons of its application in international commercial arbitration and shortly estimating the tendency of parties to choose the modern *Lex Mercatoria* regulating the arbitration process.

*Key words:* *lex mercatoria*, international commercial arbitration, applicable law.

## 1. *Lex Mercatoria* and the modern *Lex Mercatoria*

*Lex Mercatoria* is no more a new conception to international commercial community. Though it is widely known that *Lex Mercatoria* emerged decades ago, the question of the exact period of time this term came to being remains controversial. Various researches of its origins are conducted. The most common theory

is that Merchant Law of the Middle Ages is considered as the root of the *Lex Mercatoria*. By that, “*Lex Mercatoria*” referred to is the body of commercial law used by merchants throughout Europe during the medieval period. In the Middle Ages when the international economic relations in the Western Europe started to develop and, in the time being, Feudal and Roman Law were fragmentary and obsolete to meet the needs of interlocal and international commerce, community of European merchants then created a superior law, which was based on customs and applied to cross-border disputes by market tribunals of European trade centers.<sup>1</sup>

The conception of modern *Lex Mercatoria* was born as a result of vast development of economy and increasing of international commercial transactions. The source of the modern *Lex Mercatoria* is defined by many legal scholars, nevertheless, there are two main streams in the doctrine regarding the sources of *Lex Mercatoria*. The restrictive view, which originally belongs to Clive M. Schmitthoff, accepts two sources for *Lex Mercatoria*; international conventions and model laws, trade usages and practices. The liberal view, which originally belongs to Berthold Goldman accepts seven sources for *Lex Mercatoria* (general principles of international contract law, trade usages and practices, international conventions and model laws, uniform rules, standard contract forms and clauses, codes of conduct and arbitral awards), currently constitutes the dominant opinion in the modern doctrine.<sup>2</sup>The author is inclined to think that Goldman provides a

---

<sup>1</sup> Ana Mercedes López Rodríguez, *Lex Mercatoria*, RETTID 2002. P. 46. URL: [http://law.au.dk/fileadmin/site\\_files/filer\\_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf](http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf)

<sup>2</sup> Ole Lando. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, Sarcevic (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston- London 1991. P. 145–146; Tolga AYOĞLU, *Some reflections on the sources of Lex Mercatoria*, *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*. P. 27–28.

more sufficient view on the sources of the modern Lex Mercatoria.

## 2. Party autonomy to choose Lex Mercatoria in international commercial arbitration

Parties to a commercial contract are offered the freedom of contract, which includes the freedom to choose applicable law to governing their contract. Party autonomy on the agreement of choice of law can be seen in many aspects. Parties can choose different laws for different parts of the contract. According to both Rome Convention 1980 and Rome I Regulation, “*by their choice the parties can select a law applicable to the whole or a part only of the contract*”. Article 3 of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts allows parties to choose “*rules of law*”<sup>3</sup> to govern their contract. It says that: “*The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise*”. Considering these provisions on party autonomy in choosing applicable law, it can be said that party can choose such “*rules of law*” to govern their arbitral relationships. “*Rules of law*” has traditionally been understood to include non-state law. What the Hague Conference thereby introduces is the ability for parties to choose non-state law as the law applicable to their contract.<sup>4</sup> A contract applying non-state law is also called by

---

<sup>3</sup> Some of accepted sources “Rules of Law” are International treaties (e.g. CISG), non-binding instruments formulated by established international bodies (e.g. The UNIDROIT Principles) and trade usages, ect. Model choice of law clauses proposing a designation of the CISG as “rules of law” are available (see, e.g., the model clause suggested by the Chinese European Arbitration Centre (CEAC)). (Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>).

<sup>4</sup> Ralf Michaels, Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, in *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz* (Kai Purnhagen & Peter

the French term “*le contract sans lois*”. This term is usually associated with the possibility for the parties in an international contractual dispute to choose non-state rules (“*non-national*”, “*a-national*”, “*transnational*” rules) as applicable law to their contract. The possibility is also referred to as the right of the parties to “*internationalize*” their contract, or to choose Lex Mercatoria as applicable law. The Rome Convention and Regulation also do not prevent the parties from choosing a non-national system of law.

Nevertheless, although parties are provided with the maximum freedom to choose the applicable law, they still have to cope with some particular limitation on their autonomy, which comes from the mandatory rules and public policy. A mandatory rule is a rule of the law of the country, which cannot be derogated from by contract.<sup>5</sup> Public policy is the means by which a government maintains order or addresses the needs of its citizens, through actions defined by its constitution. Parties’ choice of law either governing the whole contract or the arbitral part should not conflict with the mandatory rules of the law of the forum and the law of the state with a close connection to their contract, as well as comply with the public policy of the forum where the seat of arbitration is located.

### 3. Application of the modern Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration: Pros and Cons

#### 3.1. Pros

*Application of the modern Lex Mercatoria to resolve disputes can help arbitrators avoid the national law of which they are not fully mastered*<sup>6</sup>.

---

Rott eds., 2014). URL: [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/3227](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3227)

<sup>5</sup> Article 3(3) of the Rome Convention on the applicable law to contractual obligations in 1980.

<sup>6</sup> Gillies Cuniberti, “Three Theories of Lex Mercatoria”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, p.402.

A typical arbitral tribunal is composed of two arbitrators appointed by each party and the presiding arbitrator who are nominated by the previously party-appointed arbitrators. Each party usually appoints the arbitrator who shares the nationality with them and third arbitrator, who is chosen by the two party-appointed arbitrator often has a different nationality from parties to assure the neutrality of the tribunal<sup>7</sup>. The result is that the vast majority of international arbitral tribunals are composed of arbitrators of different nationalities and are trained in different national laws. If law of one particular state is to be applied, it will be foreign law to at least one of the arbitrators. In the worst circumstance, the national applicable law is unfamiliar to all of the members of the arbitral tribunal. Meanwhile, to best perform their task as the decision makers when resolving international commercial disputes, it is essential for arbitrators to have a thorough understanding of the applicable law. It is quite a challenge when arbitrators have to deal with rules of a foreign law that they never practiced before. On the other hand, Lex Mercatoria includes transnationally recognized rules, trade usages and principles that are known to mostly all legal practitioners in the field of international contracts. If rules of Lex Mercatoria are to be applied, the burden of working with an unfamiliar foreign law will be removed from arbitrators' shoulders and, certainly, will make their work become much easier. That arbitrators work with rules that they fully understand also helps to avoid any misunderstanding or mistakes to make the best final decision satisfying both parties.

*Arbitrators can also avoid to apply restrictive domestic law.*

Domestic laws are considered by some scholars as inadequate to international transactional relationships. It is said that the application of domestic law amounts to a “nationalization of international commercial cases” and is “irreconcilable with the in-

---

<sup>7</sup> International Arbitration in Switzerland: a handbook for practitioners, 2004.

terests of the international commercial community.”<sup>8</sup> Domestic law may restrict party autonomy. Domestic laws also may contain unpredictable rules and may therefore lead to unpredictable outcomes. This may occur when the relevant rule of domestic law is one that is applied only in one or a few jurisdictions. Recourse to transnational law allows arbitral tribunals and the parties to avoid the application of such undesirable domestic rules, as transnational law consists of norms and usages that are widely applied or followed at the international level<sup>9</sup>.

*Applying the modern Lex Mercatoria in international commercial arbitration helps contractual parties to reduce arbitration costs in the process of choosing law.*

The process of choosing which law to regulate arbitration can make the parties to incur a great deal of costs. If parties want to agree on choosing a national law to regulate arbitration they need to understand that law. This process requires the involvement of lawyers who have good knowledge of and have practiced a variety of national legal systems. It is therefore a quite costly process in the aspects of time, money and effort. One another matter that can impose more cost for the parties is, much as the same as arbitrators’ situation, the matter of foreign law. International commercial arbitration occurs between parties of different nationalities, therefore no matter which national law is applied it will be foreign law to at least one of the parties. That means at least one of them has to bear the cost of studying foreign law. Choosing Lex Mercatoria regulating the arbitration can possibly save some amount of costs for the contractual parties and avoid the risks of not understanding thoroughly enough an unfamiliar foreign law.

---

<sup>8</sup> Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (2nd rev. edn, Kluwer 2010).

<sup>9</sup> Markus A. Petsche, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, *Private International Law, South Asian States’ Practice*, 2017. P. 36.

### 3.2. Cons

*Lex Mercatoria does not provide the parties legal certainty.*

Parties to any contract always need legal certainty. When choosing a law to regulate their agreement, they want to know their future obligations under the application of such law. The same matter goes to arbitration process. Choosing a potential law to govern the arbitration, parties' true benefit is that they are able to predict their obligations and what provisions to be in force regarding the matters which they did not agree on. The accepted sources of Lex Mercatoria, on the other hand, are composed mostly of principles and trade usages or models, which are very general. This leads to the question whether the use of Lex Mercatoria in international commercial arbitration really positively benefit parties to dispute. If rules of Lex Mercatoria cannot offer parties such legal certainty they cannot fulfill the purpose of parties when choosing arbitration as an alternative dispute resolution. It can also make parties doubt the legitimacy of the final arbitral award, as such award is made based on a set of general and vague norms.

*Lex Mercatoria lacks of preciseness and comprehensiveness.*

Although the accepted sources of the modern Lex Mercatoria are considered widely recognized in international transactions, they still implicate impreciseness and stay unconvincing. Lex Mercatoria does not cover all the matters which might be the object of a dispute.<sup>10</sup> In comparison to national law, national laws often provide sets of detailed rules in every aspect which are very comprehensive and clear to both parties and arbitrators. National laws are also often followed by a specific system of interpretation documents. Very few doubts or misunderstandings may occur

---

<sup>10</sup> Amarendra Pratap Singh, Choice of Law: Problems in International Commercial Arbitration. URL: <http://www.mondaq.com/india/x/559850/Arbitration+Dispute+Resolution/Choice+Of+Law+Problems+In+International+Commercial+Arbitration>.



when applying national legal systems. Due to their vagueness and inconclusiveness, it is unlikely for Lex Mercatoria to serve as a consistent and unique source of coherent rules to be applied in international arbitration. It is extremely difficult to identify principles of law that are common to different legal traditions but not so common so as to be useless in resolving the dispute.<sup>11</sup>

Because of the lack of legal certainty and precision, *the application of Lex Mercatoria may lead to the unenforceability of arbitral award.*

Lex Mercatoria virtually contains no mandatory rules, so there is risk that the arbitral award shall not be recognized and enforced. The lack of binding authority is arguably the most crucial limitation. In an uncertain legal environment, each party can hope for the application of different rules, such that parties' interest in settling the dispute is lower. With such matter, *the application of Lex Mercatoria may even result in higher dispute resolution cost for the parties.*

Besides some particular advantages, the application of the modern Lex Mercatoria shows a great deal of undeniable disadvantages, which prevent parties from choosing it as the applicable law for arbitration process. In reality, ICC Data has showed that commercial parties rarely choose Lex Mercatoria.<sup>12</sup> It is clear that commercial parties are unconvinced that they would benefit from the application of Lex Mercatoria. National law remains the more favorable selection when it comes to the matter of applicable law for arbitration.

There are two possible reasons to explain why parties mainly choose national law instead of Lex Mercatoria. First is, parties are not aware of their right to choose non-state law to govern ar-

---

<sup>11</sup> Antonio Hierro, Miguel Angel Malo. Lex Mercatoria Revisited, The European & Middle Eastern Arbitration Review, 2009. URL: <http://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-arbitration-review-2009/1036549/lex-mercatoria-revisited>)

<sup>12</sup> Gillies Cuniberti, Three Theories of Lex Mercatoria, Columbia Journal of Transnational Law”, 2014. P. 399.

bitral proceedings. This argument seems to have a lot of weak points, because such lack of party sophistication is hard to believe. If parties are aware of their possibility to choose an alternative dispute resolution outside of national court litigation, it will be likely for them to know they can also apply non-national rules to govern their contract or part of their contract. Therefore, the second possible reason is more convincing, that is, parties are fully aware of their right to choose Lex Mercatoria but they do not choose it on purpose. It means they know the disadvantages of applying Lex Mercatoria in international commercial arbitration and these disadvantages are important enough for them to leave out all the advantages of these rules. It is clear that commercial parties are unconvinced that they would benefit from the application of Lex Mercatoria. National law remains the more favorable selection when it comes to the matter of applicable law for arbitration.

In conclusion, the modern Lex Mercatoria is a debatable topic for scholars around the world to discuss, it still needs to show more evidence of legal certainty, as well as precision to receive more favor of parties in the future and to become a potential alternative to national law in governing commercial contracts generally, and international commercial arbitration specifically. The success of Lex Mercatoria does not only lie in the wide recognition among nations but in the actual use of it in real contractual and arbitral activities.

## MOVING AWAY FROM MOB JUSTICE IN THE LEGAL CULTURES OF AFRICAN STATES

**Brian Kyengo Hillary, (LLB Hons) KSL(Dip)**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
brianhillary2014@gmail.com

Mob justice is and has been a problem that has hounded many African legal cultures, while being a complete derogation from the rule of law. It paints a rather disturbing and worrying picture of a society that indulges in anarchy with impunity and no thoughts as to the consequences of a lawless state. This article analyses the possible reasons and conditions that have allowed this atrocious culture to thrive and possible solutions to address this prevalent problem.

*Key words:* mob justice, rule of law, civil remedies, civil liability, criminal liability.

Mob justice (sometimes called “Jungle Justice”), denotes to the act of a group of persons taking the law into their own hands and enacting violent justice on an alleged criminal. This type of justice is, while not an everyday occurrence, regrettably common in many African countries.<sup>1</sup>

At first glance, it is easy for most people to see why mob justice is wrong: it violates a person’s right to a fair trial as read with the article on the right to be innocent until proven guilty.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Global Conscience Initiative, Mob Justice, Cameroon, 2011.

<sup>2</sup> Article 10 and Article 11 of the UN Universal Declaration of Human Rights: “Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.” Article 11.

(1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense.

(2) No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be

Without a trial in an official court of law, it is all too easy to hurt or kill a person without proof of their guilt. Mob justice perpetuates a cycle of violence, creates a culture of fear, and rejects personal accountability for violent acts that are committed in the name of justice. As we condemn the act of mob justice, it is important to understand the social climate that allows for it to happen. It is vital to understand why such a norm has found its way into society and members in of society allow it as a way of serving up justice. It can be observed that, lady justice is blind, and hands out justice blindly and equally owing to the old draconian principle of an eye for an eye and a tooth for a tooth.

According to Joanita K Tushabe, a Ugandan author and legal blogger, mob justice has been predominant in societies all over the world let alone Africa. It has been chronicled in periods as early as the Romans and even conceivably before then. It is consequently convincing to cast it deep rooted in human nature to respond in collectives to do group castigation when they feel aggrieved, however with contemporary social paradigms and judicial systems, this manner of behavior has turned out to be a vicious solution to answering crime in society. It then calls to query why some societies more than others still have a big number of cases of mobs taking the law into their own hands.<sup>3</sup>

Why would ordinary, peace-loving citizens suddenly turn into murderers? Gail Super, a criminologist at the University of Cape Town, gives his observations as follows, that social problems and the gap between the rich and the poor is to blame. The problem comes in especially with rapid urbanization and the migration of people. The criminologist pointed out that lynchings occur more frequently in poor and informal settlements because these areas face a major existential threat. He adds, "vigilantism

---

imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.

<sup>3</sup> Joanita K Tushabe, *Mob Justice in Africa: Uganda as a case study*, Uganda, 2013.

or mob justice is a traditional way of communities to deal with criminals or the high level of crime in the country."<sup>4</sup>

In addition to that, most Africans perceive the police as being corrupt and demotivated. According to Lizette Lancaster, a researcher with the Crime and Justice division at the Institute for Security Studies in South Africa, the problem of not trusting the police is particularly notable in major cities. She adds that people in these communities are living in a legal limbo. Besides the police, these areas are also governed by traditional norms which ensure law and order in their own context<sup>5</sup>.

Many accuse the judicial process as being easily manipulated. Criminals and perpetrators can be easily let off with just a slap on their wrist as long as they are able to bring forth a substantial bribe. The public's dissatisfaction for this system has resulted in them taking the law into their own hands and even public support for mob justice as an alternate form of enforcement. This is clear in fractured and corrupt systems. On the ground, a police force which is not adequately salaried because funds fail to drip down the employment line and only circulate among top heads, a street policeman relies on bribes as a means to survive. This consequently undermines law enforcement and the judicial system as a whole<sup>6</sup>.

If crimes are not being investigated and handled properly by the law and also enforcers, police officers, due to incompetence of the police, for various reasons chief among them poor motivation because of the peanuts they earn, poor living conditions in police camp quarters, mobs arise to combat the problem on their own. Rampant crime is therefore what leads to mob justice, however another key cause of crime in Africa is poverty.

---

<sup>4</sup> Theresa Ramminger, *Mob justice in Africa: Why people take the law into their own hands*, Kenya, 2016.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Joanita K Tushabe, *Mob Justice in Africa: Uganda as a case study*. Uganda, 2013.

Majority of the African populations live below \$2 a day, it is therefore no surprise that a huge number of mob justice killings have been in reaction to theft. The notion that the little one has labored tediously for being robbed enrages an otherwise peace-loving law-abiding citizen. In poor societies theft is more likely to occur especially in situations where people need to feed themselves and the only solution is to steal as a means of living. This leads one to think that in a situation of poverty whether people can move past crime even with alternative more brutal forms of punishment like mob justice trying to act as a deterrent. Conversely can mob justice ever be eradicated if root problems like poverty are not eliminated as well?<sup>7</sup>

Maule Koffi Kodah, a Ghanaian lecturer, in his research paper titled, “2012, Impacts of Mob [In]Justice on the Rule of Law in Ghana” opines that the legal safeguards in Ghana are based on past colonial masters’ legal procedures.<sup>8</sup> For instance in Kenya, Ghana and other former British colonies, the Common Law is prevalent, whereas in Rwanda, and other former French assimilatees the Civil Law system is the norm. The Ghanaian further observes that defendants are presumed innocent unless it is proven beyond reasonable doubt that they are guilty of the charge brought against them, they cannot be sentenced by any court of justice. Unfortunately, the prevailing legal culture in many African states, is that many are uncultured and have not been educated on the particularities of the adversarial system. The few who are well cultured do not always trust the judiciary. This can be taught and with time it can be a part of the legal culture within African societies. As it stands many believe in adjudication and pacification rather than competition for judgements, which appears foreign and too sophisticated to meet their just aspirations.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Mawuloe Koffi Kodah, *Impacts of Mob [In]Justice on the Rule of Law in Ghana*, Munich, 2012.

<sup>9</sup> Ibid.

From a philosophical standpoint, it appears that mob justice is a result of both state and citizen violating the social contract. Going to the crux of what exactly the social contract<sup>10</sup> and the rule of law<sup>11</sup> entails, shocking events such as mob justice, are a complete derogation to these fundamental legal constructs. On the one hand, the citizens infringe on each other's right to have the law and universal legal principles, such as the right to fair trial and the right to be innocent until proven guilty, applied equally and uniformly. On the other hand, the state is simply not meeting its obligation to protect its subjects and guarantee their rights. The effect of this is to relegate man to his primitive natural state, as envisaged by Thomas Hobbes.

African states have struggled to deal with mob justice, this despite the fact that strict laws, threatening to hang convicted suspects of mob justice have been passed. Additionally, the very nature of mob justice is that the crowd administering it makes it very difficult to fully ascertain who did what exactly, and also what effect each action had on the victim. For instance, during

---

<sup>10</sup> <https://www.britannica.com/topic/social-contract>

Social contract, in political philosophy, an actual or hypothetical compact, or agreement, between the ruled and their rulers, defining the rights and duties of each. In primeval times, according to the theory, individuals were born into an anarchic state of nature, which was happy or unhappy according to the particular version. They then, by exercising natural reason, formed a society (and a government) by means of a contract among themselves.

<sup>11</sup> AV Dicey: Introduction to The Study of Law of The Constitution, 1885.

Rule of Law is defined as: Absolute predominance or supremacy of ordinary law of the land over all citizens, no matter how powerful it is based on three principles that:

- Legal duties, and liability to punishment, of all citizens, is determined by the ordinary (regular) law and not by any arbitrary official fiat, government decree, or wide discretionary-powers,
- Disputes between citizens and government officials are to be determined by the ordinary courts applying ordinary law, and the
- Fundamental rights of the citizens (freedom of the person, freedom of association, freedom of speech) are rooted in the natural law, and are not dependent on any abstract constitutional concept, declaration, or guaranty.

the occurrence of mob justice, various people do various things, some assault, others cause grievous bodily harm. The fatal blow may come from one person only. Does it mean that all should be punished for the same capital offence? Furthermore, obtaining eye witnesses is particularly tricky given that most of the time, the witness are the same ones who administer the beatings. A case in point is Kenyan criminal case *Republic v Philip Mwangi Chege* [2006]<sup>12</sup> where briefly,

*Philip Mwangi Chege, the Accused, was arraigned before court charged with the offence of murder contrary to section 203 as read with section 204 of the Penal Code. It was alleged that on the 7th day of September 2002 at Mwea Irrigation Scheme Senior Staff Quarters in Kirinyaga District within Central Province, jointly with others not before the court, he murdered Wilson Kin-yua Cyrus. Mr. Wilson was a suspected burglar, during the course of the afore mentioned burglary, he was caught by the accused and other disgruntled members of the public. They then proceeded to administer a fatal beating upon Mr. Wilson. When the police arrived the found Mr. Wilson's lifeless body. The police arrested the accused upon investigation and then tried him in Court. However, not a single witness of the 8 prosecution witnesses testified to seeing the accused administering Mob Justice. In light of this fact the Court held and justifiably so, that the accused has no case to answer and was set free accordingly.*

At this particular juncture it is vital to critically examine the question of whether, mob justice being a gross violation of universal human rights still serves as a necessary evil in third world societies as a quick effective means of serving justice to a society that has lost faith in the government.

Black's Law Dictionary, defines justice as “the fair and proper administration of laws”.<sup>13</sup> Is mob justice fair and proper

---

<sup>12</sup> Criminal Case No. 88 of 2003: Republic v Philip Mwangi Chege [2006] eKLR.

<sup>13</sup> Black's Law Dictionary, eighth edition, edited by Bryan A. Garner.



administration of the old natural law, “an eye for an eye and a tooth for a tooth?” On this ground, mob justice may have legal validity simply owing to its just characteristic.

Emmanuel Nwobodo, while Federal Commissioner of the Nigerian Human Rights Commission, points out some notorious vigilantes in Nigeria since the advent of democracy in 1999 includes the Bakassi Boys of Nigeria (Onitsha) who were viewed as instrumental in lowering the region's high crime when police were ineffective<sup>14</sup>.

On the flip side of the coin, he notes crucially, that Mob/Vigilante justice is characterized by violent methods, often resulting in death. Vigilantes are therefore contributing to crime and lawlessness themselves and are threatening the very human rights culture upon which our new democracy is built. Rather than curb crime, vigilantes are exacerbating it. This means that the limited resources of the police are stretched even further by having to investigate vigilante violence in addition to the initial crime that brought it on. This weakening of the criminal justice system can in turn contribute to increased levels of crime, according to crime statisticians.<sup>15</sup>

It is clear that a country and society that has proper functioning law enforcement does not feel the need to take the law into their own hands. Thus, a key way to prevent the prevalence of mobs is for a state to consolidate its institutions. Once people gain more trust of their systems, they are less likely to undermine them with their own actions. When crimes take place, they will have faith that the judicial system will handle the matter. Unfortunately, it is still a problem in African countries and the trust be-

---

<sup>14</sup> Emmanuel Onwubiko, *Is Mob/Vigilante Justice Good for Democracy?* Ghana, 2013.

<sup>15</sup> *Ibid.*

tween law enforcement and the public is still far from being a reality.<sup>16</sup>

Henry Winthrop B, Dean, College of Law, University observes that, only a few centuries ago, our barbaric ancestors in England and on the continent of Europe employed private war, or mob justice, as a normal method of settling all serious individual wrongs. The slow process of substituting law in place of force and violence, which may be traced in the ancient history of Greece and Rome, and which occurred doubtless in still older civilizations, repeated itself almost independently in England, showing that some of the most ancient history may be found in comparatively modern times<sup>17</sup>.

According to him, the only hope of permanent peace is a complete administration of justice by judicial remedies. The question is, how then would a victim of mob justice, who in the unlikely event survived, be remedied under law? History records the origins of this, in England, during the tenth and eleventh centuries, for instance when dispute arose it would be settled via a blood feud, basically an eye for an eye. This later changed to the system of compositions. This was an outgrowth of the blood-feud. The kindred of the slain demanded payment or prosecute the feud. The first installment of the payment was the symbol and price of the restoration of peace<sup>18</sup>.

The most vital principle in the growth of law from the culture of anarchy and lawlessness, as Henry Winthrop opines, is that represented by the legal maxim *Ubi jus, ibi remedium*. That is, that a remedy must be given for the violation of every right, or, in other words, that every injury must have redress. This would

---

<sup>16</sup> Joanita K Tushabe, *Mob Justice in Africa: Uganda as a case study*, Uganda, 2013.

<sup>17</sup> Henry Winthrop, *Evolution of Legal Remedies as a Substitute for Violence and Strikes*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, USA, 1917.

<sup>18</sup>*Ibid*.

require the state, via statute and or case law, to develop civil remedies for offences that ordinarily fall in the criminal law branch.

U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, in their publication, *“Using Civil Remedies for Criminal Behavior Rationale, Case Studies, and Constitutional Issues”*, note that a number of prosecutor offices and police departments have been making use of civil remedies to address criminal behavior. These jurisdictions have found that civil remedies can be easier to use than criminal sanctions for certain types of crime because they often do not require victims to testify, can provide immediate relief (for instance, through injunctions and restraining orders), and avoid the need for a labor intensive criminal or civil trial. Civil remedies can also be more effective in preventing crime than criminal penalties because they more frequently involve the classic crime deterrent triad of swiftness, certainty, and severity.<sup>19</sup> It can be observed from the foregoing, that the concept of delict liability is an underlying principle. Civil remedies are effective given that they usually some form of economic relief in the various forms it takes. This is a clear contrast from the criminal remedies where the state takes over the case and sees to it that the suspect is tried and punished accordingly if and when said suspect is found guilty. Giving the public this economic incentive especially in a third world country, where poverty is an issue, could entice the public to bring suspected law breakers forward for due process to take place. This would increase trust in the institutions of administering justice.

There is however the undeniable question of the victims of mob justice, those denied their constitutional if not universal right to due process is it possible to hold the public liable for this violation? In a civil law sense is it legally valid for the legal claimants of a deceased victim of mob justice or a survivor of mob justice

---

<sup>19</sup> Peter Finn and Maria O'Brien Hylton, using Civil Remedies for Criminal Behavior Rationale, Case Studies, and Constitutional Issues, USA, October 1994.

to be entitled to compensation? This leads to the question, who would the victim sue? For a suit to be valid, there must be legally recognized parties, dispute and a remedy. Such a victim should file a suit against the government. Reason being that, the government is the agency that represents society, moreover the government is a legal entity capable of suing, as it does in criminal cases, and being sued. The law is represented, in its best light when, if the public or society violates your basic human rights, you should find remedy directly from state coffers.

It does however lead to the public morality argument that cannot be ignored. This is the question of whether a society is willing to adopt in its legal culture a norm of rewarding a suspected criminal, rather than punish them. This argument is too simplistic and fails to consider all factors. This argument only holds water in a scenario where anarchy is the norm. The law provides for due process for all. This means that if the government cannot guarantee this right it fails to meet its obligation and therefore is liable for any damage that may arise as a direct cause of its breach.

Kenyan Chief Justice, while delivering the Supreme Court of Kenya's ruling on the historic presidential election petition<sup>20</sup> said, "the greatness of any nation (legal system) lies in its fidelity to the constitution and strict adherence to the rule of law and above all respect to God". Society must gauge itself and reflect on whether in its state of affairs it remains loyal to the constitution and to the rule of law, and be able to take responsibility when it does not. The fact, is that mob justice is a grievous violation of civil rights, more specifically the right to due process.

---

<sup>20</sup> Raila Amolo Odinga & another v Independent Electoral and Boundaries Commission & 2 others [2017] eKLR.

Another angle to tackle mob behavior is through education. In order to change people's attitudes, they have to be educated and schooled into different ways of handling crime in societies<sup>21</sup>.

As earlier indicated poverty is a key cause of crime in Africa. For decades it has been the continent's agenda to eradicate poverty, however the problem still persists. A revision of strategies is needed in order to create a serious way forward. If something is not working it needs to change. Poverty is a stream that breaks into all types of social problems as is evident here with mob justice<sup>22</sup>.

It is vital to have, judicial reforms and also to develop of jurisprudence in this field of law so as to foster the just, expeditious resolution of disputes. Access to Justice must be easy, convenient and not unduly expensive. More specifically, civil remedies for certain criminal acts should be encouraged in African legal cultures. The law should be used as a tool for social engineering to help resolve problems hounding the African society, especially mob justice.

---

<sup>21</sup> Joanita K Tushabe, *Mob Justice in Africa: Uganda as a case study*. Uganda, 2013.

<sup>22</sup> *Ibid.*

## THE ROLE OF HARMONIZATION OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW

**Luc Thi Ly**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
123luanly@gmail.com

Harmonisation of international private law is an important process that many scholars are currently interested in. This article will analyze its roles in the development of society. In the first part, we will be looking at different conceptions of harmonisation of international private law. The second part looks at the role of harmonisation of international private law in the development in international private law and in the development of society. The Article provides concrete examples to demonstrate the importance of harmonization of law.

*Key words:* Harmonisation, Harmonization, Harmonization of law, Conflict of law, International private law, Private law, Choice of law, Role of law, Role of harmonisation.

### I. Conception of harmonization of international private law

Harmonization is one of the efficient ways to resolve the conflict of laws. There are many conceptions of harmonisation international private law based on different theories as follow.

**In relation to the European Union**, harmonisation of law (or simply "harmonisation") is the process of creating common standards across the internal market. Though each EU member State has the primary responsibility for the regulation of most matters within their jurisdiction and consequently each has its own laws, harmonisation aims to:

– Create a consistency of laws, regulations, standards and practices, so that the same rules will apply to businesses that operate in more than one member State, and so that the businesses of one State do not obtain an economic advantage over those in another as a result of different rules.

– Reduced compliance and regulatory burdens for businesses operating nationally or trans-nationally.

– An objective of the European Union to achieve uniformity in laws of member states aiming to facilitate free trade and protect citizens<sup>1</sup>. Harmonisation is a process of ascertaining the admitted limits of international unification but does not necessarily amount to a vision of total uniformity. Harmonisation is dynamic and this is its most appealing feature<sup>2</sup>. The instruments of harmonization aim at change, in particular improving and establishing consistent conditions for the operation of legal principles<sup>3</sup>.

**In Vietnam**, the conception of harmonisation of laws is a multifaceted development and its basic objective is the suitability of Vietnamese law with international law.

In the author's view, harmonization of international private law consists in reducing the differences and increasing similarities between national legal systems.

First of all, harmonization of international private law is important to reduce the differences between legal systems, because the basic function of it is to resolve conflicts between national legal systems. Conflict of laws or private international law (both terms are used interchangeably)<sup>4</sup> concerns relations across different legal jurisdictions between natural persons, and companies, corporations and other legal entities<sup>5</sup>. Conflict of law rules in private international law are divided into two major areas:

---

<sup>1</sup> Peter E Nygh, Peter Butt (ed.). (1997). "Butterworth Australian LEGAL Dictionary". P. 543.

<sup>2</sup> Menski, W. (2005). "Comparative Law in a Global Context". London: Cambridge University Press. P. 39.

<sup>3</sup> Hesselink M. The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience in the book by Vogenauer S., Weatherill S. (ed.). (2006). "The Harmonization of European Contract Law Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice". Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. Page 50.

<sup>4</sup> Briggs (2008). The Conflict of Laws. P. 2–3.

<sup>5</sup> Clarkson; Hill (2006). The Conflict of Laws. P. 2–3; Collins (2006). Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws. p. 36 (paras. 1-087 et seq.).

– Private international law *sensu stricto*, comprising conflict of laws rules which determine the law of which country (state) is applicable to specific relations<sup>6</sup>.

– Private international law *sensu lato*, which comprises private international law *sensu stricto* (conflict of laws rules) and material legal norms which have direct extraterritorial character and are imperatively applied (material norms of law crossing the borders of State)—usually regulations on real property, consumer law, currency control regulations, insurance, and banking regulations<sup>7</sup>.

Secondly, harmonization of laws should increase the similarity between the laws of the countries and should create general principles to regulate social relations. Harmonisation is usually not comprehensive but is relatively partial. That is, harmonisation of law doesn't seek to create a sole authority of law on a particular subject. This is because measures to harmonise law cannot go further than that which is necessary. So, the similarity between the laws of the countries is very important because it helps to limit conflict and to resolve disputes more effectively. But limitation of harmonization to the necessary and that sovereign legal systems are not willing to introduce any changes to national legislation as a result of harmonization unless they see this necessity.

## II. The role of harmonization in international private law

### 1. Role in the development in international private law

#### *1.1. Resolve the conflict of law*

In fact, conflict of law is resolved by the principle of choice of law. Courts faced with a choice of law issue have a two-stage process:

---

<sup>6</sup> Dicey and Morris on the Conflict of Laws (13th edition) (edited by Albert V. Dicey, C.G.J. Morse, McClean, Adrian Briggs, Jonathan Hill, & Lawrence Collins). London: Sweet & Maxwell 2000. ISBN 0-421-88360-X.

<sup>7</sup> Walker, Janet. Conflict of Laws. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006. ISBN 0-433-45427-X.



– The court will apply the law of the forum (*lex fori*) to all procedural matters (including, self-evidently, the choice of law rules);

– It analyzes the factors that connect or link the legal issues to the laws of potentially relevant states and applies the laws that have close connection, usually reflected within conflict of law rules, e.g. the law of nationality (*lex patriae*) or the law of habitual residence (*lex domicilii*). (In Latin, *domicilium* means home or residence.) (See also 'European Harmonization Provisions': "The concept of habitual residence is the civil law equivalent of the common law test of *lex domicilii*".) The court will determine the plaintiffs' legal status and capacity<sup>8</sup>. The court will determine the law of the state in which land is situated (*lex situs*) that will be applied to determine all questions of title. The law of the place where a transaction physically takes place or of the occurrence that gave rise to the litigation (*lex loci actus*) will often be the controlling law selected when the matter is substantive, but the proper law has become a more common choice<sup>9</sup>.

When there is harmonization of international private law, there will be fewer conflicts of law and there will be faster solutions, because the harmonization of international private laws helps the law of different nations to have more similarities.

Laos and Vietnam used to have conflicts in commercial law, therefore they sign "The Vietnam – Laos Border Trade Agreement"<sup>10</sup> – to encourage the establishment of associations of commercial traders operating in Vietnam – Laos and confirmed efficacy as well as continued cooperation conference held commercial development borders Vietnam – Laos periodically every 2 years. As a result, 2014 turnover of import and export between the two countries Vietnam and Laos reached US \$ 1.3 billion, in-

---

<sup>8</sup> McClean; Beevers (2009). *The Conflict of Laws*. P. 4–5 (para. 1-006).

<sup>9</sup> URL: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2002/56>

<sup>10</sup> URL: <https://www.aseanbriefing.com/news/2015/07/09/laos-vietnam-border-trade-agreement-signed.html>

creasing by 14,2% compared to 2013; in the first 6 months of 2015, turnover of import and export between the two countries reached 686 million US dollars. However, trade relations development is not commensurate with the potential of the two countries, especially in the context of Vietnam and Laos becoming members of the ASEAN Economic Community (AEC) by the end of 2015. Therefore, the border trade agreement promises to bring enormous benefits to both countries, contributing to boosting two-way trade turnover between Vietnam and Laos; as a result of construction and development of the Vietnamese – Laos border, it has the potential to become the gateway and transshipment cargo bridge between the countries of the region and the world; catering trade facilitation in the region. At the same time, promoting economic development – social and poverty reduction, particularly in communities of ethnic minorities in border, mountainous and remote areas of the two countries, thus contributing to security, defense and social order and safety on the border Vietnam – Laos. Border Trade Agreement between Vietnam – Laos of 23 Articles, will take effect when the two sides formally completed the exchange of diplomatic notes together and confirm that each side has completed the internal procedures necessary for entry into force of the Agreement.<sup>11</sup>

Vietnam and Laos have resolved the legal conflicts by signing the agreement, so all of disputes shall be resolved by general principles as provided for in the agreement. The particular example of Vietnam and Laos reflects the importance of harmonization in private law. This is role of the harmonisation of international private law.

### *1.2. Quality of law enforcement*

Law enforcement is any system by which members of society act in an organized manner to enforce the law by discovering, deterring, rehabilitating, or punishing people who violate the

---

<sup>11</sup> Border Trade Agreement between Vietnam – Laos, article 23.

rules and norms governing that society<sup>12</sup>. Although the term may encompass entities such as courts and prisons, it is most frequently applied to those who directly engage in patrols or surveillance to dissuade and discover criminal activity, and those who investigate crimes and apprehend offenders, a task typically carried out by the police or another law enforcement agency<sup>13</sup>. Furthermore, although law enforcement may be most concerned with the prevention and punishment of crimes, organizations exist to discourage a wide variety of non-criminal violations of rules and norms, effected through the imposition of less severe consequences.

Law enforcement is an important step in applying the law to regulate social relationships. The harmonisation of international private law made benefits to apply the law more effectively.

Let us take for example Vietnam's Law on Commercial Arbitration, article 14 indicating applicable law in dispute resolution:

*1. For disputes without a foreign element, the arbitration tribunal shall apply the law of Vietnam in order to resolve the dispute.*

*2. For disputes with a foreign element, the arbitration tribunal shall apply the law chosen by the parties; if the parties do not have an agreement on applicable law, then the arbitration tribunal shall make a decision to apply the law which it considers the most appropriate.*

*3. If the law of Vietnam [or] the law chosen by the parties does not contain specific provisions relevant to the matters in dispute, then the arbitration tribunal may apply international customs in order to resolve the dispute if such application or the*

---

<sup>12</sup> New Law Journal. Vol. 123. Part 1. 1974. P. 358.

<sup>13</sup> Kären M. Hess, Christine Hess Orthmann, Introduction to Law Enforcement and Criminal Justice (2008). P. 1.

*consequences of such application are not contrary to the fundamental principles of the law of Vietnam*<sup>14</sup>.

Under UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, Article 28.1 Rules applicable to substance of dispute: *The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.* Parties can choose the law which is applied when disputes arise.

Vietnamese legislator enacted Law on commercial Arbitration containing the harmonization of the law, so facilitating the application of the law to the settlement of disputes.

Under UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, Article 28.1 Rules applicable to substance of dispute: *The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.* Parties can choose the law which is applied when disputes arise.

## 2. Role in development of society

### 2.1. Economic development

Economic development is the process by which a nation improves the economic, political, and social well-being of its people. The term has been used frequently by economists, politicians, and others in the 20th and 21.00st centuries. The concept, however, has been in existence in the West for centuries. Modernization, Westernization, and especially Industrialization are other terms people have used while discussing economic development.

---

<sup>14</sup> URL: <http://eng.viac.vn/legal-normative-documents/law-on-commercial-arbitration-a293.html>

Economic development has a direct relationship with the environment<sup>15</sup>. To encourage economic development, it is necessary to have a coherent system of laws regulating economic relations. Harmonization of laws gives nations the opportunity to develop their economies. Whereas economic development is a policy intervention endeavor with aims of economic and social well-being of people, economic growth is a phenomenon of market productivity and rise in GDP. Consequently, as economist Amartya Sen points out, “economic growth is one aspect of the process of economic development”<sup>16</sup>.

On July 28, all countries party to the free trade agreement between the Eurasian Economic Union (EAEU) and Vietnam ratified the agreement. The agreement creates conditions that enable increased turnover and diversification within the free trade area.<sup>17</sup>

It is clear that the agreement is beneficial to all parties. It creates attractive conditions for importers and manufacturers that use Vietnamese components in the manufacture of their products. The mean arithmetic duty rate on goods imported from Vietnam to the EAEU will decrease to 2% by 2025, “Veronika Nikishina said”. “EAEU countries will retain duties on the goods that are most sensitive for our general commodity market. The agreement does not require us to reduce duties on meat, milk, tea, coffee, sugar, pipes, aircraft, or cars”. The agreement provides for “precautionary mechanisms” against unfair competition and the uncontrolled growth of imports. For a number of light industrial goods and furniture, the agreement envisages a trigger mechanism that allows the parties to introduce tariff protection in case

---

<sup>15</sup> Dudin M.N., Frolova E.E., Bezbah V.V., Shakirov S.S. Business Entities Within the Agro-Industrial Sector and Present-Day Trends in “Green” Logistics in a Climate of Transformation of the World Economy // International Journal of Economic Research. 2016. Vol. 13. № 6. P. 2379–2390.

<sup>16</sup> O'Sullivan, A. and Sheffrin, S. M. (2003). Economics: Principles in Action. Pearson Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey.

<sup>17</sup> URL: <http://wtocenter.vn/other-agreement/vietnam-caeu-free-trade-agreement-take-effect-october-5>

of excessive import volumes made by Vietnam. The agreement envisages the possibility of applying bilateral safeguard measures (setting the level of the import duty rates at those of the common customs tariff) if the increased imports due to the free trade regime harm domestic industry during the transitional period. Today, the Union has already put together a procedure that will allow it, if necessary, to promptly apply these “precautionary mechanisms”. The Agreement includes clear origin criteria and control over their compliance. To ensure this, comprehensive administrative and information cooperation mechanisms between the control services of the countries of the free trade area and verification procedures have been established. The agreement also defines mechanisms for cooperation on several fronts, such as technical barriers to trade, sanitary and phytosanitary measures, intellectual property, and competition.

The agreement covers conditions for trade in services and investment cooperation. However, these provisions only affect the relations between Russia and Vietnam. Other countries of the Union may join the aforementioned agreements later<sup>18</sup>.

### *2.2. Strengthen international cooperation*

Strengthening the international cooperation is a necessity in society and this is also facilitated by the harmonization of international private law.

The ASEAN Free Trade Area (AFTA) is a trade bloc agreement by the Association of Southeast Asian Nations supporting local manufacturing in all ASEAN countries. When the AFTA agreement was originally signed, ASEAN had six members, namely, Brunei, Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore and Thailand. Vietnam joined in 1995, Laos and Myanmar in 1997 and Cambodia in 1999. AFTA now comprises the ten countries of ASEAN. All the four latecomers were required to sign the AFTA agreement to join ASEAN, but were given longer time

---

<sup>18</sup> URL: <http://wtocenter.vn/other-agreement/vietnam-caeu-free-trade-agreement-take-effect-october-5>

frames in which to meet AFTA's tariff reduction obligations. The primary goals of AFTA seek to: Increase ASEAN's competitive edge as a production base in the world market through the elimination, within ASEAN, of tariffs and non-tariff barriers; attract more foreign direct investment to ASEAN; The primary mechanism for achieving such goals is the Common Effective Preferential Tariff scheme, which established a phased schedule in 1992 with the goal to increase the region's competitive advantage as a production base geared for the world market

Another illustration is the European Union (EU), a political and economic union of 28 member states that are located primarily in Europe. It has an area of 4,475,757 km<sup>2</sup> (1,728,099 sq. mi), and an estimated population of over 510 million. The EU has developed an internal single market through a standardised system of laws that apply in all member states. EU policies aim to ensure the free movement of people, goods, services, and capital within the internal market, enact legislation in justice and home affairs, and maintain common policies on trade, agriculture, fisheries, and regional development. Within the Schengen Area, passport controls have been abolished. A monetary union was established in 1999 and came into full force in 2002, and is composed of 19 EU member states which use the euro currency.<sup>19</sup>

Harmonization plays an important role in improving law and enhancing social development. This is one of the factors contributing to building better international relations, helping states develop their legal systems and reduce conflicts between national legal systems. It also gives the nations an opportunity to develop economically, culturally and socially. With the integration of the world, harmonization of international private law allows countries to rapidly enhance international cooperation. That is why harmonization of international private law is one of the processes that many scholars are interested in and research on with the purpose to develop legal systems.

---

<sup>19</sup> The Council of the European Union. Retrieved 3 June, 2013.

## PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN LEBANON

**Mahmoud Ezzeddine**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
mahmoud.ezz2015@hotmail.com

This article provides an overview of the sources of private international law in Lebanon and the matters that are regulated by private international law in Lebanon, thereby leading to the difference between private and public international law as understood by Lebanese doctrine. The author explains the base of attribution as a way for resolving conflicts between laws under private international law. The author notes the special characteristics that private international law has in comparison with other branches in Lebanese law.

*Key words:* Private international law, conflict of laws, jurisdiction, status of foreigners, foreign element, base of attribution, assigned law, Lebanese law.

“Private international law is one of the most difficult laws. This is due to the difficulties of legal relations with foreign elements in the existence of an appropriate solution and the impossibility of the agreement of legislation and jurisprudence between different States. Moreover, the rules of private international law are adopted and relate to all branches of private law, Was national or foreign, which requires knowledge and understanding of these laws to find legal solutions to regulate relations distinguished by the presence of a foreign element”<sup>1</sup>.

The Lebanese legislator has defined private international law as a set of domestic and international legal norms governing the relations of individuals with foreign elements under substantive rules that define the competent courts for consideration, as well as the law applicable to them.

---

<sup>1</sup> Origin and Definition of Private International Law. M. Hajji 2006. URL: <http://www.startimes.com/?t=26900613>



That international law is a branch of law but of a different nature whose main purpose is to regulate the relations of individuals with foreign elements through objective rules and custodial rules that determine the law applicable to such relations.

**1. Topics taught by private international law in Lebanon:**

- **Conflict of Laws**

Conflict of laws refers to the problem of determining the foreign law applicable to a dispute involving a foreign element, especially if the legal relationship has elements that are connected to more than one state. Here, there is a legal dispute about the law governing this relationship and its separation. For example, a Lebanese Citizen sells a flat to a French Citizen in Syria and the sale is contracted in Egypt and then arises a dispute over ownership of the property.

- **Conflicts of International Jurisdiction**

This refers to the determination of an internationally competent court to hear the disputes of individuals in respect of which it arises. Is it the national court or the foreign court? It should be noted that the jurisdiction of the Lebanese court does not necessarily apply Lebanese law to the relationship which means that there is no correlation between jurisdiction and legislation.

- **Determining the legal status of foreigners**

This problem can arise if a foreigner has been recognized with some rights in the country where the dispute arose. For example, the problem of determining the applicable foreign law in Lebanon on property ownership cannot be raised if one of the parties is against and the foreign citizen does not have the right to own property in Lebanon<sup>2</sup>.

**2. Sources of Private International Law in Lebanon:**

There are two types of sources in Lebanese private international law, official sources and non-official sources.

---

<sup>2</sup> Fouad Dib, Private International Law & Nationality, 1986. URL: <http://www.law.uodiyala.edu.iq/pages?id=184>

- **Official sources**

a) International agreements or treaties: one of the main sources of international law. Treaties aim to unify conflict-of-laws rules on a particular issue, such as inheritance, divorce or will. The treaties also aim to unify the substantive rules on a particular issue, such as civil status.

b) Internal law: It is also one of the main official sources, and is intended as a set of legal rules on private international law. Lebanese law governs the rules of private international law.

c) Rules of international jurisdiction conflicts:

The legislator has provided some articles within the Code of The Lebanese Civil Law. Rules for the implementation of foreign judgments and decisions and judgments of arbitrators: The legislator stipulated these in articles of the law Civil Procedure.

d) Laws related to Nationality: Personal Status Law Custom is the set of unwritten rules that people have been accustomed to following in their matters and transactions for a period of time and feel that these rules are legally binding. While internal or national custom is of great importance in many States, especially Anglo-Saxon States.

The custom in the Lebanese Republic is the third source of the legal rule. The legislator is entrusted with a nearly complete codification of private international law, which is no longer customary in this field: informal sources, and it has two types:

**a. Jurisdiction**

It is a set of legal provisions reached by national courts, applied to the cases brought before them. Judgment plays a prominent role by devising these provisions. When it interprets legislative texts and their application or when applied to custom, and has been credited with filling the legal gaps in existing legislation. International court rulings on issues of private international law are an informal source of this law.

**b. Jurisprudence**

These are the works and researches of scholars of private international law who have a long history in this field. The im-

portance of jurisprudence as a back-up source of law is seen by explaining and criticizing legal texts and judicial rulings.

### **3. Characteristics of Private International Law:**

Private international law has a number of special characteristics that it has in comparison with other branches, as follows:

1. A binding law, because some of its rules include a penalty for the judiciary.

2. A newly created law, the significance of its emergence being the realization of justice by giving up part of sovereignty and accepting the application of foreign laws.

3. Domestic law (eg commercial law, civil law), but it is characterized by a foreign element. "Example: the nationality of one of the parties, the place of the property, the place of execution of the contract."

4. A branch of private law, regulating the relationship between individuals in relation to their personal and financial ties or with the State as a private person.

5. Private international law does not have jurisdiction over branches of public law such as: constitutional, administrative, criminal and financial law.

For example, if an Iraqi commits a forgery crime in Lebanon, private international law has no role because the provisions of the Lebanese Penal Code are applicable.

6. Does not intervene definitively in criminal matters, which are due exclusively to the state (e.g. A crime committed by a British in Beirut is regulated by only the Lebanese Penal Code).

7. The main subject, which is regulated by (conflict of laws rules), is the disconnection between laws. These rules of attribution guide the judge to the applicable law<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Mohammad Aziz Shokri, Introduction to Public & Private International Laws, Al-Feker Publications 2000. URL: <http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf?PID=DAF-..>

#### **4. Conflict of Laws Theory:**

The issue of conflict of laws is the core of private international law, as it addresses the problem of disengagement that arises between several laws in a relationship with a foreign element.

##### **Rationale of conflict of laws:**

The need for conflict of laws rules can be attributed to two main reasons.

1) State sovereignty: The adherence of States to the application of their national legislation to all persons and funds and special legal relations within and outside the region may lead to the outbreak of conflict between the laws and a simple logic is to maintain the sovereignty of the state.

For example, Lebanese law applies to all citizens inside Lebanon and abroad and to foreigners inside Lebanon. Consequently, there will be overlapping laws. This conflict can be avoided by limiting absolute sovereignty and accepting the application of foreign laws to foreign relations within its territory.

2) Different Legislation: The national legislation of each state contains different provisions in line with its orientation and religion, for example, the majority age in Kuwait is different than the one in Lebanon. Thus, if the legislation is uniform, the conflict will not take place, but the conflict will take place as a result of the adoption of different substantive provisions and the application of their own laws by foreigners.

##### **How can conflict-of-laws be reduced under private international law?**

The most effective ways to achieve this is to intensify international agreements to regulate national relations affected by a foreign element, especially among countries with active relations, such as Lebanon, Syria, Gulf Countries and Asia. On the other hand, States can reduce the conflict of laws by enacting a special law of private international law that includes rules of attribution that guide the judge to the applicable law and the competent court. Some examples of Conflict of Laws matters are as follow:

- A Lebanese married to a Dutch resident in Britain. What is the law that will govern the effects of marriage, whether alimony, custody or divorce?

- An agreement between a Lebanese company and a Japanese company to establish a seawater desalination plant. A dispute arose between the two companies over the terms of the contract. What is the applicable law and what is the court authorized to hear the dispute?

- A Lebanese who died in Norway, what is the law applicable to the distribution of the estate?

- An Egyptian bought a property in Beirut and made a sale contract in the UAE. There was disagreement over the execution of the sale contract. What is the applicable law?<sup>4</sup>

#### **5. Base of Attribution:**

The base of attribution is the primary instrument for resolving conflicts between laws under private international law and serves as a tool for guidance and guidance to a judge who is committed to a dispute with a foreign element.

- First: Concept of the base of attribution.
- Second: Elements of the support base.
- Third: Characteristics of the rules of attribution.

#### **First: Concept of the base of attribution**

Jurisprudence defines it as "indirect rules aimed at determining the law applicable to the issue with a foreign element". Thus, we can discover that the rule of attribution serves as an indicator or compass that refers the judge to the law applicable to the foreign dispute before him.

#### **Second: Elements of the support base**

The attribution rules consist of three components:

##### **1. Assigned Thought:**

The idea that we are looking for the law applicable to any aspect of the legal relationship that is the subject of conflict such

---

<sup>4</sup> Conferences of Law Department / Professor Abboud Al-Sarraj, Lebanese University, Damascus University. URL: <https://elawpedia.com/view/59/المصادر-الاصلية-للقانون>..

as eligibility or the substantive conditions of marriage or formal conditions, contractual obligations, or non-contractual obligations. Each issue assigned to a particular group or category shall be independent of the other in relation to the law it governs. It shall also limit similar issues (inheritance, tort liability, obligations, marriage ...) with a foreign element and then associate each class with an attribution officer.

### **2. Attribution Officer:**

An attribution officer is an element or criterion adopted by the project to link the assigned idea with the assigned law (the assigning officer is often identified based on the parties, premises or reason).

### **3. Assigned Law:**

Is the law that must be applied to the legal relationship established by the attribution officer.

- **Third: Characteristics of the rules of attribution.**

#### **Indirect rules:**

The rules of attribution do not guarantee a final solution to the dispute, but rather the law that is subject to it. In this law, we find the legal rules that will be applied to it. For example, the attribution rule of eligibility does not show us the age at which a person is fully qualified,

#### **Double rules:**

Either to make jurisdiction to national law or to foreign law, and the advantage of that it does not leave a vacuum in the problem of conflict as it makes jurisdiction for the matter before the judge either to its law or to foreign law.

#### **Neutral rules:**

The rule of conflict between competing laws does not distinguish between different laws. When the judge acts as an attribution base, he does not know what kind of solution he will give to the dispute, because it depends on the content of the law to be applied to the dispute. Therefore, the rule of attribution in the end must guide the judge to one of the laws to apply, if the national law will not arise any problems, and therefore will focus on the

application of a foreign law, and the first phase of the application of a foreign law is to adapt the incident to match the classification.

**Binding rules:**

The rule of attribution is mandatory because it is issued by the national legislator. Therefore, if the national judge is presented with a dispute with a foreign element, he must implement the rule of attribution that the legislator has made on his own initiative, otherwise he is considered to be in breach of the law.

Thus, the application of the rule of attribution and respect for its content achieves the main objective of this rule is to stabilize the transactions between individuals across the border, not to mention that this rule of internal legal rules that are the product of the legislative policy of the project and its basic choices<sup>5</sup>.

In the author's view, private international law is distinguished by the fact that it deals not only with the problems of the international character of a legal relationship, but also leaves it with the objective organization of one of the countries to which it is bound, a law that applies to private persons, which distinguishes it from the general international law applicable to States and international organizations.

The main problem of private international law concerns the conflict of laws, when the litigants have a dispute between themselves or between the litigants and the judge over the application of the most appropriate law, as each seeks to apply the law that guarantees the preservation or realization of their interests. In this case, we are actually in the face of a real conflict, and here the term conflict of laws is correct. However, jurists have a uniform definition of conflict of laws, as do most of the terms of private international law.

---

<sup>5</sup>Professor Hafiza Al-Sayyed Haddad, Private International Law, Part 1, Al-Halabi Publications, Beirut 2004. URL: <http://www.neelwafurat.com/itempage.aspx?id=lbb147923-109358&search=books>

## **VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN SOCIAL NETWORKS**

**Ekaterina Sergeevna Riabchenko**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
Katyar1895@gmail.com

The article poses the task to consider the contentious issue of human rights violations in social networks. It is shown that social networks are of a twofold nature: they can serve as a means of communication, exchange of information and media, and also a tool for profit-making, and on the other hand they are one of the most common sources of copyright infringement for copyright holders.

*Key words:* social network page; copyright infringement; violation of the secrecy of correspondence; fraud (in the Internet); work of science, literature and art object; database.

Social networks have firmly entered to our life: if it was recently a way of finding classmates, maintaining communication with them, sharing photos and audio recordings etc., today the role of social networks has greatly increased. Nowadays they are not only one of the easiest ways to keep in touch with relatives, friends and acquaintances at short distances and abroad, but also more enterprising users, including social network leaders/founders, realized that this source can serve as a tool for sales and advertising. As Andrey Makarov says: «Along with the global introduction of social networks to our life there was also the formation of various legal phenomena associated with them. It does not do without offenses<sup>1</sup>».

According to the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, every person has the right to inviolability of private life. Despite the fact that this declaration was not written

---

<sup>1</sup> Makarov A. Violation of rights in social networks, 2016.



when computers were actively used, but much earlier, it is also applied to the legal relations that arise in this area. Basic human rights, including freedom of thought, of speech and of information are fixed in many international agreements. These documents create an international understanding of the essence of human rights, which acquire special significance in their entirety in the context of the trans-border Internet and the need to ensure and protect such rights and freedoms in the Internet space. Since every user of any social network has the right to confidentiality and self-expression within the law, which, in reality, are violated much more often than it is thought, because of a lack of information on the matter becomes more relevant every day.

Interpretation of human rights in the context of the information society and the Internet makes it possible to endow the virtual person with quite real rights, each of which is confirmed and protected by international agreements and national legislation based upon them. Association of Internet users singles out and considers it necessary to highlight and protect the following rights, based on the analysis of international treaties and the Constitution of Russian Federation:

1. Access to the Internet (for example, freedom to choose and use software and technical devices );
2. Non-discrimination in the possession of Internet rights:
  - a) ability to access and use the Internet by different social groups;
  - b) ability to access and use the Internet by people with disabilities.
3. Freedom and security on the Internet:
  - a) secure connections;
  - b) protection from crimes in any form.
4. The right to development on the Internet;
5. Freedom of opinion and expression (for example, the right to information – everyone has the right to seek, receive and impart information; freedom from illegal blocking and filtering);

6. Freedom of peaceful assembly and association:
  - a) The right to participate in groups in social networks;
  - b) The right to peaceful protest on the Internet.
7. Privacy in the Internet (for example, the right to anonymity and the use of encryption; freedom from shadowing; freedom from defamation);
8. Data protection, including personal data on the Internet;
9. The right to education:
  - a) media literacy;
  - b) self-education support.
10. Access to knowledge and cultural values through the Internet;
11. Internet use by children and protection of children in the Internet (for example, freedom from exploitation and abuse of children when using the Internet);
12. The right to work:
  - a) observance of worker's rights on the Internet;
  - b) Internet in the workplace.
13. Participation in Internet governance and management through the Internet:
  - a) possibility of participation of users in making decisions related to Internet governance;
  - b) opportunity for users to participate in the activities of public authorities via the Internet.
14. Presumption of innocence and a fair trial, which means that information intermediaries cannot make judgments about whether content is illegal and delete content without a court order.

Again the author refers to Andrey Makarov, who remarks that «The described violations, unfortunately, are very common in all social networks. Internet users, faced with violation of their

rights in the Internet, often have no idea how to behave themselves<sup>2</sup>».

Actually, this issue is very controversial, so we need to consider it from various aspects.

Firstly, let us consider classification of the most important and spread human rights violations:

1) Copyright infringement is one of the most common violations every social network is faced with.

Nowadays, functionality of modern social networks is so wide that it allows everyone to share almost any results of intellectual activity. Many users post on their account photos made by them. Writers and authors, both beginners and well-known, publish in their respective social communities, or on their internet pages, their poems and prose, painters lay out sketches or ready-made results of their paintings, musicians upload their music. As a result, the following problems arise:

«Somebody used my melody as a background to his/her song», «Somebody signed my poem and used it in his/her book» and lots of similar situations.

On the one hand there is a serious violation, surely, but on the other hand, if we refer the definition of the concept of «account», we all make the independent choice to provide some social networks with our personal data, which are required as a necessary part to create an account or connect to a website.

If we look at an article 1276 of the Civil Code of the Russian Federation providing for the free use of a work permanently located in a place open to free access:

«1. Free use is allowed without the consent of the author or other right holder and without remuneration by the way of reproduction and distribution of manufactured copies, communication by cable, bringing to the public knowledge of works of fine art or

---

<sup>2</sup> Makarov A. Violation of rights in social networks, 2016.

photographic works that are constantly in a place open to free access, with the exception of...<sup>3</sup>»;

«2. Free use is allowed by way of reproduction and distribution of manufactured copies, messages by cable...<sup>4</sup>».

Thus, if you have an information publication, for example, an article on a political theme, humorous story and others and you do not advertise a company, product or service in the article itself, you can use someone else's photo indicating the author and the source of the borrowing.

However, if that publication is for an advertising nature, you must request permission from the author for publication, even if the result of the intellectual activity is in open access.

As for example the author refers to the case of a photographer from Settlor.

The author had posted several original photos in his account. Having seen that they were copied and present on another site, the author appealed to court with a demand to protect his rights and recover compensation from an unauthorized user who re-imagined the images without his consent and also turned to the future defendant with a demand to remove from the page the author's photos and pay some compensation. The demand was ignored. After that, the author filed a suit in court, it also contained the amount of the compensation. Svetlogorsk City Court, which examined the case, ruled that the claim was to be completely rejected. As a result, the court ruled in favor of the defendant, explaining this by the fact that even if these photographs are objects of copyright, he had posted them in VKontakte, joining the user agreement, which includes the information that any kind of content placed on user's pages can be used in any form by other us-

---

<sup>3</sup> Civil Code of the Russian Federation of 18.12.2006 № 230-FL (as of 12.03.2014) // Collection of legislation of the Russian Federation. 2006. Art. 1276, ph. 1.

<sup>4</sup> Civil Code of the Russian Federation of 18.12.2006 № 230-FL (as of 12.03.2014) // Collection of legislation of the Russian Federation. 2006. Art. 1276, ph. 2.

ers with a single restriction – without extracting commercial profit. Thus, the plaintiff automatically made these photographs publicly available and transferred the rights to use them to all network members. The final decision on this case is unknown, but this already leads us to the idea that users should think about the possibility of such outcomes when creating accounts or connecting to websites.

2) The second violation of human rights is when a photo or video with the participation of a subject is posted on social networks without this subject's consent.

Such violations occur almost as often as copyright infringement. Especially they concern images and videos of an intimate nature. It should be understood that no matter how high is the level of protection of the social network and no matter how flexible the privacy settings are, there is always a chance of leakage into open access.

Such a problem is using a person's image. Many people know that the publication and further use of a photograph or video, where a person is present, should only be carried out with this person's consent. Many mistakenly believe that such a violation is a violation of the law on the protection of personal data. However, personal data protection laws do not work in this situation, and the legal relationship in this area is regulated, for example, by article 152.1 of the Civil Code of the Russian Federation<sup>5</sup>.

If the person's image obtained or used illegally and without his consent is distributed in the Internet, the person has the right to demand the removal of this image as well as to prevent or prohibit its further distribution and, if moral damage was caused, the person has the right to demand a compensation before the courts.

3) Violation of the secrecy of correspondence.

---

<sup>5</sup> Civil Code of the Russian Federation of 30.11.1994 № 51-FL (as of 18.12.2006) // Collection of legislation of the Russian Federation. 1994. Art. 152.1.

On the one hand, there are particular situations whereby the secret of personal correspondence is disclosed, for example, when an investigation is conducted or, for preventing a crime, authorized employees gain access to a suspect's / accused's personal dialogue. In other words these actions specifically authorized by the law.

However, there are illegal ways of violating the secrecy of correspondence – sending out virus messages, for example, entailing the illegal collection and dissemination of attacked user's private information. In this case, in the Russian Federation article 137<sup>6</sup> and article 138<sup>7</sup> of the Criminal Code of the Russian Federation will be applied.

4) Fraud. With the development of social networks scammers have actively improved the ways of committing crimes. Fraud is the theft of someone else's property or the acquisition of the right to someone else's property by deception or abuse of trust. The abuse of trust in fraud is the use of a self-serving relationship of trust with the owner of the property. Thousands of people have already become victims in cases when fraudsters fraudulently sought the transfer of money or the provision of bank data.

For example, to start with, they learn through every possible way (one of the common tricks to open a strange link) to find out a user's password and login in order to crack their account and, when done, they ask the user's friends and relatives for help in terms of money. They are rely on the fact that these people trust you and will do everything to help you.

Discussing human rights violations in social networks, what a social network page is – needs to be understood.

---

<sup>6</sup> The Criminal Code of the Russian Federation of 13.06.1996 № 63-FL (of 26.08.2017) // Collection of the legislation of the Russian Federation. 1996. Art. 137.

<sup>7</sup> The Criminal Code of the Russian Federation of 13.06.1996 № 63-FL (of 26.08.2017) // Collection of the legislation of the Russian Federation. 1996. Art. 138.

According to art. 1225 of the Civil Code of the Russian Federation the typical social network page in social networks can be attributed to the following types of results of intellectual activity:

1. a work of science, literature and art object;
2. a database.

If we consider the page as a work, then it should be classified as a composite work and it should be shown that the page is not just a collection of separate constituent elements, but that these elements and the page as a whole – is a result of creative work. In the event that individual elements of the page are independent objects of copyright, the page can be viewed as a complex object. In case of violation of rights it will be necessary to explain through legal arguments why the page includes several protected results of intellectual activity. In addition, it will be necessary to justify the rights to a complex object.

A page on the social networks can be protected as a database – it is a complex of independent materials (articles, calculations, judgments and other similar materials), presented in an objective form, systematized in such a way that these materials can be found and processed with the aid of a computer. If the creation of the database requires significant financial, material, organizational or other costs, its creator has the exclusive right to retrieve materials from the database and carry out their subsequent use in any form and in any way. Here it is necessary to prove the existence of significant costs for the creation of the page to receive compensation.

Thus, there are a lot of opportunities to administrators of social pages for protection of the rights not only for the separate works, but also for protection of the rights to the entire page in a whole, as wrote K.S. Mityagin in his article « The legal nature of social networking page»<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Mityagin, K.S. «Journal of the Court of Intellectual Rights», No. 5, September 2014. P. 74–77.

Social networks offer us many opportunities and freedoms, however, as we carry out any activity in the Internet space, the two following problems arise:

1) Internet user's information is collected and / or sold to some companies that have contracted with Internet service providers without their knowledge and consent;

2) Ordinary photos or user's location marks, for example, can be used by robbers who find out a convenient time to rob a house or by the opponent's lawyers, collecting user's information, which can be used against him in a court.

In support of these words, the author refers to Lori Andrews's – a law professor and expert on the integration of law and technology, explanation of this problem. Lori Andrews describes in her book various cases, when social networks act like not only as violators of human rights, but they become an obstacle to admission to the university or act like a cause of dismissal from work and even the destruction of marriage.

«As much as our information is taken without our knowledge, the information we voluntarily place online – often believing it private – is used against us as well<sup>9</sup>».

«But without our knowledge or consent, virtually every entry we make on a social network or other website is surreptitiously bring tracked and assessed<sup>10</sup>».

«To counter this, Andrews suggests a Social Network Constitution with the Bill of Rights similar to the ones in the U.S. Constitution<sup>11</sup>».

"Every democratic nation has governing principles about what rights its citizens have over property, privacy, life and liberty. The citizens of Facebook Nation deserve no less<sup>12</sup>".

---

<sup>9</sup> Andrews L. «I know who you are and I saw what you did: social networks and the death of the privacy», 2012. P. 111.

<sup>10</sup> Andrews L. «I know who you are and I saw what you did: social networks and the death of the privacy», 2012. P. 18.

<sup>11</sup> Ammesone J. «New book on social media explores Internet privacy issues, Lake Michigan Shore Style and Culture.



Unfortunately, nowadays the legislative basis for the protection of human rights exactly in the Internet space is really poorly developed, there is a huge number of opportunities to violate the user's copyright and personal rights. And the legal system does not protect claimants, whose rights have been violated – judges often oppose them. To the author's mind, this issue should be explored for a long time with an eye to put in order the legislative basis in order to regulate these legal relations by more appropriate ways.

---

<sup>12</sup> Andrews L. «I know who you are and I saw what you did: social networks and the death of the privacy», 2012, p. 15.

## **THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL PUBLIC LAW AND CONTEMPORARY CHALLENGES**

**Tomás Agustín Alassia**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
tomas.alassia@alumnos.uhceu.es

In the following investigation the evolution, development, characteristics and peculiarities of the International Public Law, are going to face the contemporary challenges of last century. The legal theory and the history will be exposed and analyze in order to discover current tendencies of International Law.

*Key words:* International law, International Public Law periods, Contemporary System, international society characteristics, International Public Law in the contemporary context (sovereignty, cooperation, voluntarism and relativism), coexistence, Cooperation, Integration, Subject of international law, concept of International Subjectivity, expansion of the International Society, International Organizations, International personality and responsibility, Diplomatic methods of resolution of problems

International law emerges from the relations between established, permanent and organized groups of humans, independent and sovereigns of their own territory. These entities are the material requirement of the International Law (here in after "IL"). A rudimentary core of norms arises from these relations, based on juridical principles.

The IL is always adapted to the content and evolution of each culture. We can appreciate such differences, when we compare the Civil Law System with the Common Law System, or with Islam Law System.

According to Adolfo Miaja de la Muela, *International law arises from moderately stable relations and stands between human groups with the power of self-determination. By way of fact,*

*the formation throughout the history of different politically organized and independent human groups, among them gave origin to some legal principles regulating the contacts between these groups, slowly forging a rudimentary normative nucleus whose effectiveness and amplitude was very diverse due to the level of development or evolution of both groups and the culture in which they were inserted<sup>1</sup>.*

The first accessible evidence of International Public Law discovered, is the Stele of the Vultures, a pact who settled the geographical borders between two organized human groups (it is the first borders treaty) It is a monument from the Early Dynastic III period (2600–2350 BC) in Mesopotamia celebrating a victory of the city-state of Lagash over its neighbor Umma. It shows various battle and religious scenes and is named after the vultures that can be seen in one of these scenes. The stèle was originally carved out of a single slab of limestone, but only seven fragments are known today. The fragments were found at Tello (ancient Girsu) in southern Iraq in the late 19th century and are now on display in the Louvre<sup>2</sup>. “In the Stele of the Vultures in the section in which Ningirsuk in a dream encourages Eannatum to resist Umma [...] he promises that Kish will take no part in the engagement. This show us the existence of the first know creation of international law<sup>3</sup>, and that has not had its origin in Europe, while the strongest development of this brunch of law does take place in Europe.

The scientific community agrees on dividing the development of International Public Law (here in after “IPL”) in three

---

<sup>1</sup> TRIJYOL SERRA, 1977, MIAJA DE LA MUELA: pages 318-320.

<sup>2</sup> Barrelet, Marie-Thérèse (1970). "Peut-On Remettre en Question la "Restitution Matérielle de la Stèle des Vautours"?". *Journal of Near Eastern Studies*. Pages 233–258; URL: [https://www.revolvy.com/main/index.php?s=Stele%20of%20the%20Vultures&item\\_type=topic](https://www.revolvy.com/main/index.php?s=Stele%20of%20the%20Vultures&item_type=topic)

<sup>3</sup> Thorkild Jacobsen, *Toward the image of Tammuz and other essays on Mesopotamian history and culture* 1970. P. 393; Eva Strommenger, *Five thousand years of the art of Mesopotamia*, 1964. P. 396.

periods: (1) Pre-classic Period “European System of States”; (2) Classic Period “System of States of European Civilizations”; (3) Contemporary System.

The *Pre-classic Period* starts from 23 B.C. with the Stele of the Vultures, and ends with the “Peace of Westphalia” (it was a peace treaty that represented the end of the European religious and imperial domination, enshrining the principles of religious freedom and political balance in international relations). During this process, the states concentrate and secularize the political power. In other words, the states substitute the diarchy “Pope-King” for the State. This process originates in several sociological theories, with a huge impact in the scientist world, like “The Leviathan theory” of Thomas Hobbes<sup>4</sup>.

The constitution of Europe, in geographical, cultural and political terms, lays the origin of a period of history in which we can appreciate a clear superiority or dominance of this continent, in the history of humanity.

The *classical period* is characterized by human and geographical expansion of the horizons. The international law of this time was decentralized and inorganic. It is also liberal and competentalist, (most of the rules, only set limits). Each State mark their competencies and rights. It was a basic Law, with not enough cooperation or common values. Mutual limits and competences are respected.

States arose, which became independent of the Emperor and the Pope; they were formed as independent sovereign entities (the Netherlands and Switzerland). Thus, other entities subjected, began to declare their sovereignty, their separation and independence. The *European system of States* was born, states became aware of their sovereignty. It is an anarchic society, and Eurocentric above all, in which a "colonizing" discourse predominates.

---

<sup>4</sup> Hobbes, Thomas (1995). Reynolds, Noel; Saxonhouse, Arlene, eds. *Three Discourses: A Critical Modern Edition of Newly Identified Work of the Young Hobbes*.

The American continent starts a fast social development, with the big influence of Europe in this process (industrial revolution and French Revolution). The political, economic and social conceptions, change and evolution among unequal States. The American states became integrated into the international community and the principle of non-intervention in the form of political organization (principle of state sovereignty, fundamental value of the international community).

The *Contemporary System*, born from 4 causes:

a. Expansion of international society: Spain and Portugal lose the colonies of America, and states arise in Latin America (s. XIX).

b. Russian Revolution (1917): Russia was the most Christian and largest country. There is a Bolshevik revolution, and there was a great brutal change in Europe. A heterogeneous reality was created (Capitalism-Communism).

c. Colonial Revolution: The independence of the European colonies.

d. Industrial Revolution: It is very important since the economic and commercial advantage of the steam engine, begins in the nineteenth century. In which the transport, production, communication, international trade is massified. It had an impact on international law, regarding cooperation between states.

All these events, influenced huge changes in the international society. We can summarize them in 8 *characteristics*<sup>5</sup>:

1. Universality: The integration into the international community forced to fulfill the law to all the States who want to cooperate.

2. Complexity: Diversity of factors altering situations, previously less complex. The list of problems and tasks is diverse. There are important changes, intense, vertiginous and on several

---

<sup>5</sup> Manuel Díez de Velasco Vallejo, “manual de derecho internacional público” pages 70–72.

fronts. The complexity is political, economic, cultural, social, religious; etc.

3. Heterogeneous (unequal): These many entities, are very heterogeneous, have great differences. When comparing 2 states, both have sovereignty, population and territory, but ¿Can China be compared with Guyana? No. All the actors are heterogeneous, do not have the same power. The capacity for influence is different. Not all states have the same economic, political or military power. The degree of industrialization, colonialism, the markets and productions, are not equal.

4. Plural: There are many actors involved in IL. States, organizations, terrorist groups, large companies, etc.

5. Dynamics: Events happen fast in very short periods of time. Also the telecommunication technologies accelerate the delivering of news.

6. A little bit integrated and decentralized: It is not fully integrated or organized, but begins to cooperate, and higher institutions are created, entities, in which states begin to cooperate within institutions (international organizations). The degree of institutionalization is relative. There is a fragmentation imposed by the characteristics of each state.

7. Interdependent (Globalization): States are not isolated, but exercise an influence in other parts of the planet. States cannot be self-sufficient, all of them depends more or less on another.

8. Pluricultural: There are a lot of different cultures, which cannot always be compatible with each other, but must find ways to coexist.

In view of these characteristics, *International Public Law in the contemporary context* is characterized by (1) “tension between sovereignty and cooperation” (dependence – interdependence) and (2) “voluntarism and relativism”.

(1) States create the Law based on their own convenient point of view. They seek to defend their sovereignty, making rules that delimit lands, the air and the sea. Also with respect to

persons (nationality) and the treatment given to the foreigners. In order to reach their own goals, states meet and make international organizations.

(2) The norms of international law are "pactable". A state can agree on one agreement or another one, or on the contrary abstain from joining it. It depends what the states need, and where it aims. IL relies on the sovereignty of states. States by virtue of their sovereignty, can chose between join an agreement or not.

Making an agreement is also the country's decision, and some countries may make "reservations" to this agreement (partial application of the agreement). There are organizations in which states are forced to participate or accept, in other words, countries can't make reservations. There is a simultaneous manifestation of characters of a relational, institutional and community structure<sup>6</sup>.

"Dupuy Theory" created this nomenclature of current international law:

- Maintaining *coexistence* between states (relational): Structure in which states are side by side (physically) but do not collaborate with each other. They simply respect each other. They agree not to invade and respect territorial spaces; etc. The states are juxtaposed but do not cooperate, there are only norms of respect.

- *Cooperation* between states (institutional): States have already guaranteed coexistence, they respect each other. Now they will begin to collaborate between them. States cooperate with each other, they collaborate for a common benefit.

- *Integration* between states (community): Because there is peaceful coexistence and collaboration, there are certain things that must be respected because is based on common values, common principles. Fight against terrorism, protecting the envi-

---

<sup>6</sup> Manuel Díez de Velasco Vallejo, "manual de derecho internacional público" page 84.

ronment and human rights. The International Society seeks respect for the minimum values of humanity.

The non-existence of an *international legislative power* and the principle of state *sovereignty*, confers on "international treaties" the task of creating and codifying international standards.

The *Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969* is a treaty by the United Nations, in which everything that has to do with a treaty is fixed in writing, this only deals with the treaties between states.

The *Vienna Convention on the Law of Treaties, between States and International Organizations and international organizations among themselves*, of 1986 takes into account treaties that can be signed not only between states but also with international organizations.

It is important to remark that international agreements cannot be considered as concluded between private persons, or between states and private persons.

According to *Pastori Brocko* "The Subject of international law are "Entities that are creators and recipients of international legal norms and have the legitimation to claim for their compliance to claim for their non-compliance and incur international liability if they are the ones who violate them". "The one who can claim and can be claimed internationally".

The *contemporary concept of International Subjectivity*<sup>7</sup> concerns entities with rights and obligations imposed by international law: countries, international organizations, the belligerent

---

<sup>7</sup> Manuel Díez de Velasco Vallejo, "manual de derecho internacional público", Page 347.



community<sup>8</sup>, national liberation movements<sup>9</sup> and individual persons (passive subject)<sup>10</sup>.

From a quantitative point of view, the *expansion of the International Society*<sup>11</sup>, until reaching universal character is the main phenomenon, due to the consequences that it has produced. It is not so much the spectacular and well-known increase in the number of States; but also of the extraordinary intensification of the international relations that this has brought about, as demonstrated by the rapid multiplication of conventional international public law, whether bilateral or multilateral, as evidenced by the unstoppable growth of the Treaty Series of the United Nations, that show us an unstoppable number of international organizations that appear every week.

The first International Organizations (here in after “IIOO”) emerge and the end of the XIX century, in order to take advantage of all the innovations and technologies related to the industrial revolution, which starts in the United Kingdom. A new necessity appears: the continuous cooperation between countries, that until then had been limited to sporadic bilateral or multilateral meetings. The first IIOO was the Central Commission of the Rhine (1815) and the Commission on the navigation of the Danube River.

These were followed by:

- The Universal Postal Union (1874)<sup>12</sup>.
- The Universal Telegraph Union (1865)<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Colombia Signs Peace Agreement With FARC After 5 Decades of War. URL: <https://www.nytimes.com/2016/09/27/world/americas/colombia-farc-peace-agreement.html>

<sup>9</sup> Palestine Liberation Organization/ URL: <http://palestineun.org/about-palestine/palestine-liberation-organization/>

<sup>10</sup> Manuel Díez de Velasco Vallejo, “manual de derecho internacional público”, Pages 301–304/

<sup>11</sup> Manuel Díez de Velasco Vallejo, “manual de derecho internacional público”, Page 96/

<sup>12</sup> URL: <http://www.upu.int/en.html>

- The Radio-telegraph Union (1906).
- The International Union for the Publication of Customs Tariffs (1890)<sup>14</sup>.
- The International Sugar Organization (1902)<sup>15</sup>.
- The international institute of agriculture (1905)<sup>16</sup>.
- The Union for the Protection of Universal Property (1883) and the Union for the Protection of Literary and Artistic Property (1886)<sup>17</sup>.
- The International Bureau of Weights and Measures (1875)<sup>18</sup>.

At this point, the IIOO has only administrative, technic, economic or commercial purposes; the first IIOO, with a political agenda, was the League of Nations, an intergovernmental organization founded on 10 January 1920 as a result of the Paris Peace Conference that ended the First World War. It was the first international organization whose principal mission was to maintain world peace<sup>19</sup>. The League only lasted 26 years, because with the start of the Second World War, its principal mission had failed. The Organization of the United Nations replaced the League, taking up several principles and purposes of it. Actually, the International Court of Justice (of the UN) applies the jurisprudence of the International Court (League of Nations).

---

<sup>13</sup> URL: <https://www.uia.org/s/or/en/1100039541>

<sup>14</sup> URL: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0172.pdf>

<sup>15</sup> URL: <https://www.isosugar.org/>

<sup>16</sup> Luigi Luzzatti, *The North American Review*, Vol. 182, No. 594 (May, 1906), pages. 651–659.

<sup>17</sup> Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. URL: <http://global.oup.com/booksites/content/9780198259466/15550001>

<sup>18</sup> International Bureau of Weights and Measures (BIPM). URL: <https://www.bipm.org/utis/en/pdf/BIPM-MissionRoleObjectives.pdf>

<sup>19</sup> *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*. page. 77, Christian Tomuschat (1995).

The International Court of Justice published an Opinion (on 11 April 1949) related to the reparation for damages to the United Nations service: “*A person has the capacity to be the holder of international rights and duties and has the capacity to use their rights through an international claim*”.

On 20 May 1948, Folke Bernadotte was appointed “United Nations Mediator in Palestine”, in accordance with UN-resolution 186 of 14 May 1948. This “*Case of Count Bernadotte*” was the first official mediation in the UN history. This was necessitated by the immediate violence that followed the United Nations Partition Plan for Palestine and the subsequent unilateral Israeli Declaration of Independence. Bernadotte was assassinated on Friday 17 September 1948<sup>20</sup> by members of the armed Jewish Zionist group Lehi (commonly known as the Stern Gang or Stern Group)<sup>21</sup>. Then the UN sought to hold Israel accountable. Diplomatic protection is a common principle among states, but this was the first time this happened between an international organization and a state. In the opinion of the ICJ it was concluded that the UN, having legal capacity, can sue Israel. No longer just a state with the attribute of sovereignty and, having the ability to claim internationally. Since this moment international subjectivity, was expanded to the International Organizations.

The concept of *International Responsibility*, reflects the approach established by the international principle “every illicit act generates the responsibility of its author”. This sphere of international relations and International Law, has gone through a strong development process in the last century. In the past, international relations were only in the competences of States, and between States. In the contemporary days, new international subjects ap-

---

<sup>20</sup> Mediation & Assassination: Count Bernadotte's Mission to Palestine, Sune Persson, Ithaca Press, 1979.

<sup>21</sup> Macintyre, Donald “Israel's forgotten hero: The assassination of Count Bernadotte – and the death of peace”. London: The Independent. URL: <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israels-forgotten-hero-the-assassination-of-count-bernadotte-and-the-death-of-peace-934094.html>

pear: international organizations, and even “non-governmental organizations<sup>22</sup>”, having the possibility to enforce rights in the international sphere. The principal consequence of this is that the relation is not only between a claimant country and a defendant country. The International Organizations copied the structure of the personality and responsibility of the nations; and they are responsible for their own actions in the international sphere. We have multiple examples:

a. Activities involving a non-compliance with the treaties to which an International Organization is party. This is the case of the *Srebrenica massacre*, a genocide of more than 8,000 Muslim Bosniaks, mainly men and boys, in and around the town of Srebrenica during the Bosnian War. In April 1993, the United Nations (UN) had declared the besieged enclave of Srebrenica “safe area” under UN protection<sup>23</sup>.

b. Non-compliance with treaties to which the International Organization is a party<sup>24</sup>, and also diplomatic treatment norms, even if they are customary rules. A clear example of this is the Membership Suspension of Venezuela of the Mercosur, owing to the non-compliance of the Duty of maintain Democratic Institutions, settle in the Ushuaia Protocol of 1998.

---

<sup>22</sup>Association Greenpeace France and others v. French State, Ministry of Agriculture and Fisheries, In the presence of Novartis Seeds SA and another. URL: <https://www.ecolex.org/details/court-decision/association-greenpeace-france-and-others-v-french-state-ministry-of-agriculture-and-fisheries-in-the-presence-of-novartis-seeds-sa-and-another-d81ad5aa-355e-427d-ae97-d672b91835bb/>

<sup>23</sup>Decision Enacting the Law on the Center for the Srebrenica-Potocari Memorial and Cemetery for the Victims of the 1995 Genocide. URL: [https://web.archive.org/web/20110606075959/http://www.ohr.int/print/?content\\_id=40028](https://web.archive.org/web/20110606075959/http://www.ohr.int/print/?content_id=40028)

<sup>24</sup> Decision on the suspension of the Bolivarian republic of Venezuela in MERCOSUR in application of the Ushuaia protocol on democratic commitment in MERCOSUR. URL: [http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4506/1/decision-suspension-de-venezuela-del-mercosur\\_es.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4506/1/decision-suspension-de-venezuela-del-mercosur_es.pdf)

c. Acts taking place in territories over which they have an international administration<sup>25</sup>.

Referring to the point “b” (non-compliance of diplomatic treatment norms, even if they are customary rules) we are in a very sensible historical time. The previous declarations of the president of the United States of America, Donald Trump, have provoked huge tensions between the international community and North Korea, when POTUS stated that “The United States has great strength and patience, but if it is forced to defend itself or its allies, we will have no choice but to totally destroy North Korea. Rocket Man is on a suicide mission for himself and for his regime”<sup>26</sup>.

There are a lot of legal and polite ways to solve political differences, they are the well know “*Diplomatic methods of resolution of problems*”<sup>27</sup>: They are dispute settlement mechanisms, involving international bodies (diplomatic agents, foreign ministers). Their function is to facilitate the solution, through an agreement, between the states concerned.

- Diplomatic Negotiations: Through these the diplomatic representative personnel of each country arrange a meeting in order to solve the controversies. This is a direct, immediate and discreet method. It is the most confidential method among states to negotiate. There are not many examples, but there were rumors about a “*possible armistice agreement [...], in late May and early*

---

<sup>25</sup> Resolution 745 (1992) of the United Nations Security Council: “United Nations Transitional Authority in Cambodia (UNTAC). URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/011/04/IMG/NR001104.pdf?OpenElement>

<sup>26</sup> Remarks by President Trump to the 72nd Session of the United Nations General Assembly. URL: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/09/19/remarks-president-trump-72nd-session-united-nations-general-assembly>

<sup>27</sup> Manuel Díez de Velasco Vallejo, “manual de derecho internacional público”, Pages 918–937.

*June 1951*<sup>28</sup> the Korean War ended, because in 1951, two diplomats causally met in a hotel in the USA.

- Good offices: The parties to the dispute agree to appoint a third party to assist them in order to establish a fluid communication. The parties can present the proposals among themselves, but the third party cannot present projects or solutions.

- Mediation: The parties to the dispute agree to nominate a third party (mediator) to put them in communication. The parties can present proposals among themselves, but also the Mediator can propose solutions. This can be exercised on multiple questions (i.e. Count Bernadotte mediation in Palestine. The pope in the territorial conflict between Chile and Argentina. Nelson Mandela in Burundi. Algeria in the controversy between Iran and USA, for the abductions of 1973 in the United States of America embassy in Iran).

- International Commission of Inquiry: There is a dispute about facts. The parties do not agree on “what has happened” and it is necessary to determine the facts that occurred.

- Reconciliation: The conciliation commissions are a collegiate body, which makes a final report in which it establishes the facts and also proposes a legal solution to solve the controversy. It is regulated by the 1977 Hague Convention, and also in the letter of UN art 33 (it declares the free choice of means of settling disputes).

Taking in consideration that the international personality and subjectivity expanded from countries, to other entities, it is important to have a correct understanding of how and where international issues must be solved. The development of the instruments of the IPL, derive on international conventions and organizations; in the framework of these and with the recognition of the international community, the agreements, issues and universal or regional plans can be performed. The expansion of the Interna-

---

<sup>28</sup> Stueck, William Whitney (1995). *The Korean War: An International History* (1st ed.). P. 211–237.

tional subjectivity suggests us, that in the future, other international actors (i.e. non-governmental organizations) can be officially include as legitimate personalities with international subjectivity. The distance between the international institutions and the individuals is shrinking, especially the International Courts of human rights brunch (i.e. European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights) with direct instruments. The instruments who solve issues will continue developing as the same time that the society and its problems do.

**FRANCHISE AND ARBITRATION  
AS A METHOD OF RESOLVING INTERNATIONAL  
FRANCHISING DISPUTES**

**Tran Thi Thuy Dung**

Master in Laws (LLM) student  
Peoples' Friendship University of Russia  
Law Institute, International Private Law  
Tranthuydung1182@gmail.com

Franchise as known as a one of effective trade methods, brings reputation and profits for traders in the world, at the same time motivates economy worldwide. In line with the development of international trade, the development of commercial arbitration expresses its considerable role as a settlement method of international trade disputes. So, for issues and disputes arising from international franchising, how does arbitration express its role? The material in this paper is compiled chiefly from personal experience and from the experience of others. The author believes that franchising is little understood in legal circles. This is demonstrated by the various legislative approaches which have been adopted. In many countries, there is simply no law directly applicable to franchising. In this article, the author presents and analyses the basic concepts of franchising which is recognized by the international community in general, the development of franchise and the main role of commercial arbitration in solving problems arising from franchising disputes.

*Key words:* Franchise, Franchisor, Franchisee. International franchising disputes, Resolving disputes, Arbitration.

**I. Franchising evolution**

Franchising is considered a mode of distribution of goods and services in which the right holder, with a remuneration, allows the franchisee to conduct business by using the signs, as well as the method and business know-how of the rights holder and under the guidance, assistance and control of his or her quality. In franchising, a franchisee can allow multiple franchisors to use their franchise rights at the same time. In that way, the right person can build a network of distribution systems and thereby maximize profits.



According to former CEO of International Franchise Association, Matthew Shay, 2008, franchise is used in more than 75 different industries, from sales and car care to entertainment, from restaurant business to healthcare. Franchises are used in every sector of the economy, which means that the franchise area can meet all the needs of the consumer, and that also means that franchising offers business opportunities to everyone. Thousands of franchise companies around the globe have created millions of business and employment opportunities. Franchise has a history and exciting development.

According to much research data, the earliest form of franchise business appeared around the 17th – 18th centuries in Europe. However, formal franchising was acknowledged and started in the United States in the mid-19th century, when the Singer Company was the first commercial franchisor to implement a franchising plan in the 1850s to distribute its sewing machines. Then, many legendary franchised chains began franchised operations over the following three decades, including Kentucky Fried Chicken (1930); Carvel (1934); Arthur Murray Dance Studio (1938); Dairy Queen (1940); Duraclean (1943); Dunkin Donuts (1950); Burger King (1954); McDonald's (1955); and The International House of Pancakes (1958), etc. The stories of these early pioneers have been the basis of many books over the years, and the lessons learned are evident in the many food service chains that followed them.<sup>1</sup>

The massive expansion of franchising led to the creation of the International Franchise Association<sup>2</sup> (IFA) in 1960 and the

---

<sup>1</sup> “The History of Franchising” by Michael Seid, Managing Director, MSA worldwide, 2008. URL: <https://www.thebalance.com/the-history-of-franchising-1350455>

<sup>2</sup> What is a Franchise, Official Website of International Franchise Association. URL: <https://www.franchise.org/what-is-a-franchise>; The International Franchise Association has over 1,400 franchisor members, representing 100 unique business categories.

World Franchising Council<sup>3</sup> (WFC) in 1994<sup>4</sup>. The appearance of International Franchise Association and International Franchise Council facilitated the development of franchising gradually become systematic and increasingly professional.

For some years franchising has been “playing an ever greater role in a wide range of national economies”<sup>5</sup> and institutions, such as the European Commission, have recognized its role in “stimulating economic activity by improving the distribution of goods and/or the provision of services” by allowing small and medium-sized businesses to “establish a uniform network with limited investments”, and “to set up outlets more rapidly and with a higher chain of success than if they were to set up without the franchisor’s experience and assistance”<sup>6</sup> resulting in them being able to better compete with larger distribution undertakings.

Nowadays, more than 120 diverse industries use franchising as their route to market including: Automotive, Business Services, Commercial and Residential Services, Education, Lodging, Personal Services, Quick Service Restaurants (fast food), Real

---

<sup>3</sup> The Association of National Franchise associations, Official Website of World Franchise Council. URL: <http://www.worldfranchisecouncil.net/>; The World Franchise Council (WFC) is a non-political association of more than 40 national franchise associations from around the world.

<sup>4</sup> Franchise Associations Worldwide, Official Website of International Franchise Association. URL: <https://www.franchise.org/franchise-associations-worldwide>

<sup>5</sup> Model Franchise Disclosure Law, Preamble 2002, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), last updated on 30 September 2013. Official Website. URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law>

<sup>6</sup> Commission Regulation (EEC) No. 4887/88 of 15<sup>th</sup> June 1988, amended by Commission Regulation (EC) No 888/97 of 16<sup>th</sup> May 1997. Official Journal of European Economic Community. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/>

Estate, Retail Food, Retail Products and Services, Senior Care and Medical Services, Table/Full Service Restaurants<sup>7</sup>, etc.

## II. What is franchising?

Unfortunately, although franchising enjoys considerable commercial success, legislators and trade bodies around the world have failed to agree on how it should be defined. There are many definitions of franchising. Various forms of franchise systems have individual elements in development and different countries have different legal definitions of franchising.

Originally, when it comes to terminology, “*franchise*” is derived from a French word meaning “*privilege*” or “*freedom*” (Barringer 2010). This English word – franchise indicates that a company is allowed to do or not to do something liberally and free from any prohibition, permission and privilege<sup>8</sup>

In business, even though franchise is defined in different ways, they all describe the same basic meaning of franchise. The Small Business Administration of United States (SBA)<sup>9</sup> defines a franchise as “a legal and business relationship between the owner of a trademark, service mark, trade name or advertising symbol and an entrepreneur who pays for the right to use that identification for his or her business. The franchise governs the method of conducting business between the two parties. Generally, a fran-

---

<sup>7</sup> What is Franchise, Official Website of International Franchise Association, P. 1. URL: <https://www.franchise.org/what-is-a-franchise>

<sup>8</sup> Knowledge as a source of competitive advantage in knowledge based companies, Zekan, Peronja & Bacic, DIEM: Dubrovnik International Economic Meeting, Vol. 3 No. 1. 2017.

<sup>9</sup> Small Business Administration of United States (SBA), Official Website of SBA. URL: <https://www.sba.gov/about-sba/what-we-do/history>; Since its founding on July 30, 1953, the U.S. Small Business Administration has delivered millions of loans, loan guarantees, contracts, counseling sessions and other forms of assistance to small businesses.

chisee sells goods or services supplied by the franchiser or that meet the franchiser's quality standards".<sup>10</sup>

According to International Franchise Association, Franchising is simply a method for expanding a business and distributing goods and services through a licensing relationship. In franchising, franchisors (a person or company that grants the license to a third party for the conducting of a business under their marks) not only specify the products and services that will be offered by the franchisees (a person or company who is granted the license to do business under the trademark and trade name by the franchisor), but also provide them with an operating system, brand and support<sup>11</sup>.

Probably the most elaborate definition of franchising is defined by European Franchise Federation (EFF)<sup>12</sup>. European Code of Ethics for Franchising<sup>13</sup> states: "Franchising is a system of

---

<sup>10</sup> Franchising Defined, Fransource International, Franchise Development Specialists. URL: <http://www.fransource.com/franchising-defined/>

<sup>11</sup> What is Franchise, Official Website of International Franchise Association, P. 1. URL: <https://www.franchise.org/what-is-a-franchise>

<sup>12</sup> Official Website of European Franchise Federation. URL: <http://www.eff-franchise.com/88/founding-of-the-eff.html>

The EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION was founded in 1972, in France, as a not-for-profit association to promote, defend and speak for the franchise industry operating in Europe. The EFF is recognized, notably by the European Institutions, as the single authority in Europe which has as its mission to define the essential elements that constitute proper & ethical franchising. On this basis, it has constituted a community of national franchise associations that share this view. It is with this mission that the EFF's community commits itself to uphold and promote the European Code of Ethics for Franchising. Its members are national franchise associations or federations established in Europe. The European Franchise Federation also accepts associate members who are non – European franchise associations or federations.

<sup>13</sup> European Code of Ethics for Franchising last amended on December 5th, 2003, The aim of this Code of Ethics is to be a practical ensemble of essential provisions of fair behaviour for all Franchise practitioners in Europe, and in particular the parties to a franchise contract. URL: <http://www.eff-franchise.com/Data/Code-of-Ethics.pdf>

marketing goods and/or services and/or technology, which is based upon a close and ongoing collaboration between legally and financially separate and independent undertakings, the Franchisor and its individual Franchisees, whereby the Franchisor grants its individual Franchisee the right, and imposes the obligation, to conduct a business in accordance with the Franchisor's concept. The right entitles and compels the individual Franchisee, in exchange for a direct or indirect financial consideration, to use the Franchisor's trade name, and/or trade mark and /or service mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and /or intellectual property rights, supported by continuing provision of commercial and technical assistance, within the framework and for the term of a written franchise agreement, concluded between parties for this purpose".<sup>14</sup>

Briefly, franchising is a relationship whereby one party (franchisor) authorizes another party (franchisee) to operate a business by selling the former's products and services under the former's trademark, business format and management system<sup>15</sup>.

### III. Causes of International Franchising Disputes

International franchise disputes are different from other common international commercial disputes. For the franchisor, one of the most important purposes is to protect the integrity of the franchise system and the franchisor's brand, as these are really meaningful for the business. At the same time, the franchising relationship between franchisor and franchisees is also important to the business model, and there is a strong motive to ensure that any disputes between the franchisor and the franchisee are dealt

---

<sup>14</sup> Franchising Definition description, Official Website of European Franchise Federation. URL: <http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html>

<sup>15</sup> Dudin M.N., Ivashchenko N.P., Frolova E.E., Arzumanova L.L. Voykova N.A. Development of Russian Venture Entrepreneurship by Activating Project Financing of Innovation Activity. *Espacios*. Vol. 38 (Nº 33), 2017, 05.

with expeditiously and in a manner that produces as little disruption to the franchised business as possible. Many franchisors also carry on business in more than one jurisdiction, which makes forum selection a key consideration. Choosing the best way to handle disputes under the international franchise agreement requires the franchisor to balance these competing concerns and determine whether litigation or arbitration would best serve their needs, given the nature of the business and the characteristics of the franchising system<sup>16</sup>. There is a number of following reasons for international franchising disputes:

*Firstly*, a mismatch of expectations. Some of the franchisees were complaining they did not get the expected sales. A lot of franchisees thought that they opened this franchise, Benedetti's would be responsible for taking care of the franchise. However, as far as Dr. Baeza<sup>17</sup> was concerned "*we teach them at first, we show them how things are done, we started the business, we do everything... and then we leave*"<sup>18</sup>. Clearly there was a mismatch of expectations. A mismatch of expectations will result in a general disappointment and this is one of the most common causes of dispute that will usually come to light within 06 to 18 months of the commencement of the agreement when the franchisee is not as successful as either party thought it would be and

---

<sup>16</sup> Commercial Litigation and Arbitration Review, Blair A. Rebane and Eric C. Little, Volume 4, Number 1, p.1. Cited as 4 C.L.A.R., February 2015. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/commercial-litigation-and-arbitration-review-february-2015-127006.pdf>

Commercial Litigation and Arbitration Review is published quarterly by LexisNexis Canada Inc., 123 Commerce Valley Drive East, Markham, Ont., L3T 7W8, and is available by subscription only. Web site: [www.lexisnexis.ca](http://www.lexisnexis.ca)

<sup>17</sup> Handbook of Research Franchising, edited by Frank Hoy, Rozenn Perrigot, 2017, Dr. Baeza, a native of Merida, Yucatan came to Colima in 1982, as a research professor of Veterinary/Agriculture Science at the University of Colima.

<sup>18</sup> Handbook of Research Franchising, edited by Frank Hoy, Rozenn Perrigot, 2017.

any failings in relation to how the franchise opportunity was presented by the franchisor are likely to come to light.

*Secondly*, the failure to reach minimum performance requirements. Commonly, international franchising agreements have some sort of minimum performance requirements (MPRs) whether in relation to the number of stores opened, turnover achieved or products purchased. And in some cases, for some reasons, even a number of experienced and well-funded franchisees have been unable to reach the MPRs that are imposed. Failure to reach MPRs often entitles the franchisor to terminate the agreement or reduce the size of the franchisee's territory.

*Thirdly*, Failure to maintain brand standards. This is a common claim by franchisors that master franchisees are failing to maintain the brand standards that the franchisor has set in its home country. This may be for genuine reasons such as a requirement for the brand and operating methods to be adapted to be successful in the franchise territory. There is sometimes a fine line between acceptable modifications to the system and undermining the valuable brand reputation that the franchisor has built up<sup>19</sup>.

*Fourthly*, a major cause for franchise disputes arises out of a *lack of franchisor support* for franchisees<sup>20</sup>. This reason is a common complaint from franchisee's side. If in domestic franchise systems, the express obligations on the franchisor in terms of support levels may be very limited, in an international context, they are to be more detailed and extensive. Lack of support allegations are often closely aligned with a mismatch of expectations as it may be that the franchisee is not contractually entitled to

---

<sup>19</sup> The Franchise Law Review – Edition 4, Victoria Hobbs, Resolving International Franchise Disputes, published on February 2017. URL: <http://thelawreviews.co.uk/edition/the-franchise-law-review-edition-4/1140081/resolving-international-franchise-disputes>

<sup>20</sup> When a lack of franchisor support turns into a Dispute, 30 June 2014. URL: <http://www.franchisebusiness.com.au/news/when-lack-franchisor-support-turns-dispute>

high levels of support but is not receiving what they expected or had been told they would receive.

#### IV. Arbitration as a method of resolving International Franchising Disputes

In the event of a dispute between a franchisor and franchisee the main options open to the parties are (1) litigation, (2) negotiation, (3) mediation, (4) and arbitration. This article only examines the pros and cons of choosing arbitration as a mechanism for resolving international franchising disputes.

*Firstly*, Confidentiality – unlike court proceedings, arbitration is a private process and proceedings are usually kept confidential. These features can be very attractive to franchisors who always would like to protect their trade secrets and commercially sensitive information from public. This is particularly important in the franchising context where protecting the reputation of the brand, and the integrity of the network, is key to the continued success of the business. Confidential proceedings can also increase the chances of maintaining a relationship between franchisor and franchisee, because parties can mediate and continue to work together<sup>21</sup>.

Nevertheless, in some cases if franchisors are having to face to systematic compliance issues, a widely public lawsuit may be an effective and better way to send a message to other franchisees that the violation will not be tolerated in the system.

*Secondly*, an arbitration award is generally final and binding and the options for challenging an award are very limited, whereas a court judgment is usually subject to rights of appeal to high appeal courts. In general, state courts will interpret arbitration clauses widely so that they cover all nature of disputes arising

---

<sup>21</sup> Commercial Litigation and Arbitration Review, Blair A. Rebane and Eric C. Little, Volume 4, Number 1, p.1. Cited as 4 C.L.A.R., February 2015. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/commercial-litigation-and-arbitration-review-february-2015-127006.pdf>



ing out of all in connection with the franchise relationship and will usually make it more difficult for franchisor or franchisee to challenge arbitration awards in the courts. The process should therefore give more certainty and finality for the parties. It also is generally easier to enforce an arbitral award in another jurisdiction than it is a court judgment under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 and the UNCITRAL<sup>22</sup> Model Law of 1985, revised 2006.

However, parties must carefully consider the terms of their arbitration agreements and at the same time must carefully consider the suitability of the arbitrators they select. For parties, especially for franchisors, considering the nature of final award, it is crucial to choose an experienced arbitrator who understands franchising to ensure that the parties will have the opportunity to obtain the potential benefits of arbitral procedure. In some cases parties select arbitrators who are not legally trained, but have considerable technical expertise or experience in a particular industry. In choosing these arbitrators, parties must remember that the arbitrator's decision will most likely be final, so they need to be comfortable with his or her decision-making and track record before they appoint him or her as arbitrator<sup>23</sup>.

*Thirdly*, the arbitral rules and procedures on resolving international franchising disputes are flexible, the proceedings also are less formal. Franchisor and franchisee can agree on how the arbitration will work including who the arbitrator(s) should be and what procedural rules should apply and they can often agree

---

<sup>22</sup> The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was established by the United Nations General Assembly by its Resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966 "to promote the progressive harmonization and unification of international trade law". URL: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html)

<sup>23</sup> Commercial Litigation and Arbitration Review, Blair A. Rebane and Eric C. Little. Vol. 4. Number 1. P. 1. Cited as 4 C.L.A.R., February 2015. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/commercial-litigation-and-arbitration-review-february-2015-127006.pdf>.

on a significantly speedier process than could be provided by the courts.

Nevertheless, in some cases, arbitration proceedings can actually be more expensive and protracted than litigation. There is a number of reasons for this, firstly, arbitration involves certain fees and costs that do not arise in litigation. For instance, in arbitration proceedings, the parties are responsible for paying the arbitrator's fees, certain administrative charges, the costs of renting the venue and facilities, whereas in litigation, the judge, the venue, and the facilities are all paid for by the federal, provincial, or territorial government, as the case may be. In case the arbitration agreement does not clearly identify the kinds of disputes that are subject to arbitration, it can raise jurisdictional issues at the outset of a dispute, which might add to the litigation and drive up the cost of resolving it. Careful consideration must be given to the drafting of the arbitration agreement and, in particular, the kinds of disputes it is intended to cover.

While international franchise can be a very successful way for a brand owner to expand its network worldwide with less costs and exposure than corporate expansion, it is not something to be entered into lightly and it is vital that the franchisor takes proper local law advice so that it can anticipate and prepare for potential issues before granting the franchise rights.

The country in which the franchisee is located is going to be a deciding factor in whether to use arbitration or not when disputes arise. Whether arbitration is a suitable choice for resolving international franchising disputes or not is a difficult question that should be resolved on a case-by-case basis with the assistance of experienced franchising and commercial arbitration practitioners. The answer typically depends on the nature of the franchise system, the objectives, means, needs of the parties, and the types of disputes that are likely to arise. Franchisors should therefore consider the likely causes of disputes set out above before entering into the agreement and thereafter conduct the relationship in an open and transparent way to deal with issues before they escalate.

Understanding the characteristics that make franchise disputes different from other commercial disputes and the intricacies of arbitral practice are critical to providing effective, practical advice on these issues.

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<b>Бадаева Н.В.</b> Развитие института владения в российском законодательстве и доктрине дореволюционного периода.....	3
<b>Ермакова Е.П.</b> Регулятор FINRA и его функции в разрешении финансовых споров в США.....	16
<b>Ивановская Н.В.</b> Новый орган по альтернативному разрешению финансовых споров в Индонезии – подразделение Банка Индонезии («Division of Consumer Protection Payment System»).....	26
<b>Кузнецов М.Н.</b> Право на страже семьи, защите матери и ребёнка.....	35
<b>Одинцов С.В., Якупоглу Д.</b> Реализация и защита прав работников юридического лица при банкротстве в России и Турции.....	49
<b>Протопопова О.В.</b> Правовое регулирование финансовой системы Сингапура: новые технологии FinTech в финансовой среде.....	57
<b>Русакова Е.П.</b> Альтернативное урегулирование финансовых споров в Японии.....	69
<b>Русакова Е.П.</b> Сроки в гражданском процессе Бразилии...78	
<b>Ситкарева Е.В.</b> Альтернативное урегулирование финансовых споров в Индонезии.....	85
<b>Фролова Е.Е.</b> Международные и внутренние финансовые споры: в чем отличие? .....	94
<b>Щукин А.И.</b> Международные межправительственные организации в гражданском судопроизводстве: предъявление встречного иска.....	105
<b>Ахмадова М.А.</b> Правовое регулирование деятельности совместных предприятий в странах БРИКС.....	112

<b>Боделан И.А.</b> Понятие, история и правовые характеристики терминов наследование и наследования по закону в Республике Молдова.....	121
<b>Борискина Н.И.</b> Участие специалиста в гражданском судопроизводстве.....	130
<b>Галустян А.А.</b> Новые правила привлечения к субсидиарной ответственности.....	141
<b>Ермоленко Р.А.</b> Обеспечительные меры и чрезвычайный арбитр: опыт Гонконга.....	152
<b>Ихаб Обайд.</b> Понятие брака и условия его действительности согласно сирийскому закону «О личных статусах» 1953 года.....	165
<b>Канатов Р.К.</b> Пруденциальные нормы брокерской деятельности на рынке ценных бумаг: гармонизация законодательства стран ЕАЭС.....	178
<b>Корсик В.К.</b> Нотариальный депозит: проблемы теории и практики.....	187
<b>Пономарева О.С.</b> Иностранное арбитражное решение в Индии: вопросы признания и основания для отказа в исполнении .....	197
<b>Пономарева О.С.</b> Передвижные отделения Высочайшего суда ЮАР.....	207
<b>Робышев В.О.</b> Стандарты доказывания в гражданском процессуальном праве Англии и США.....	215
<b>Сапаров Н.Ч.</b> Кодекс корпоративного управления, как механизм защиты прав участников корпоративных отношений.....	227
<b>Севрюгина З.А.</b> Действие коллизионных норм в романо-германской и англо-американской системах права.....	238
<b>Сидоров А.Е.</b> Рецепция Кодекса Наполеона в Бельгии.....	254

<b>Тельнов А.В.</b> Защита репутации государства от диффамации во Франции и в России (сравнительно-правовой анализ).....	264
<b>Ху Найсинь.</b> Законный режим имущественных отношений супругов в КНР.....	275
<b>Чжан Лянвэй.</b> Унификация закона КНР «О договорах» и его значение.....	283
<b>Чубакова А.А.</b> Особенности участия административных истцов по делам, рассматриваемым дисциплинарной коллегией Верховного суда РФ.....	289

#### МОЛОДЫЕ ГОЛОСА

<b>Артемов В.А.</b> О категории деловой репутации в сфере интеллектуальной собственности в России и Японии.....	298
<b>Барулина В.П.</b> Единообразные материально-правовые и коллизионные нормы в международной купле – продаже товаров и их взаимодействие.....	304
<b>Боднарь В.В.</b> Финансирование арбитража третьими лицами в Сингапуре: новый механизм регулирования.....	312
<b>Болтенкова Ю.А.</b> Функции содействия и контроля государственного суда в отношении арбитража.....	321
<b>Бруцкий А.В.</b> Возможность распространения сферы действия арбитражного соглашения на лицо, не подписывавшее арбитражное соглашение (документ его содержащий).....	327
<b>Гауда В.</b> Система управления акционерными обществами.....	335
<b>Горбачева А.И.</b> Отражение принципа эстоппель в венской Конвенции 1980 года.....	348
<b>Клюева В.М.</b> Трансграничные банкротства.....	357
<b>Козин Д.Е.</b> Участие в открытом конкурсе. Закупки.....	361

<b>Коньгин Д.В.</b> История становления института компенсации морального вреда в Российской Федерации.....	370
<b>Кошелев А.</b> Акционерное общество в гражданском праве РФ.....	378
<b>Крамаренко В.О.</b> Арбитраж в Китайской Народной Республике.....	388
<b>Лучкина Т.К.</b> Электронное сообщение как доказательство в арбитражном процессе РФ.....	396
<b>Мосесов Р.Ю.</b> Защита прав владельцев кредитных карт в ЕС.....	405
<b>Омаровский А.А.</b> Ответственность исполнительных органов юридического лица в РФ.....	410
<b>Рябцев М.Ю.</b> Недействительность сделок по законодательству Федеративной Республики Германия.....	417
<b>Саркисян Г.Г.</b> Некоторые взгляды профессора В.К. Пучинского на стадию подготовки дела к судебному разбирательству и их современное законодательное воплощение.....	424
<b>Симбагаева Х.А.</b> Развитие коммерческого арбитража в Африке.....	432
<b>Хошобина Н.А.</b> Общие положения о регистрации товарных знаков и защите прав на них в Израиле.....	438
<b>Alhoussein Ranjous.</b> Principles and main goals of Draft Common Frame of Reference.....	447
<b>Coica G.S.</b> Legal Features of Arbitration Agreements.....	452
<b>Dinh Thi My Linh.</b> Public Policy in Private International Law.....	466
<b>Hong Dao Nguyen.</b> Application of the Modern Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration: Pros and Cons.....	474

<b>Brian K.H.</b> Moving Away From Mob Justice in the Legal Cultures of African States.....	483
<b>Luc Thi Ly.</b> The Role of Harmonization of International Private Law.....	494
<b>Mahmoud Ezzeddine.</b> Private International Law in Lebanon.....	504
<b>Riabchenko E.S.</b> Violation of Human Rights in Social Networks.....	512
<b>Tomas A.A.</b> The Historical Development of International Public Law And Contemporary Challenges.....	522
<b>Tran thi Thuy Dung.</b> Franchise and Arbitration as a Method of Resolving International Franchising Disputes.....	536



*Научное издание*

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ  
ПРАВООТНОШЕНИЙ  
ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА  
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ**

Издание подготовлено в авторской редакции

Технический редактор *Н.А. Ясько*  
Компьютерная верстка *Н.А. Ясько*  
Дизайн обложки *Ю.Н. Ефремова*

Подписано в печать 28.11.2017 г. Формат 60×84/16.  
Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура Таймс.  
Усл. печ. л. 32,33. Тираж 100 экз. Заказ 1901.

---

Российский университет дружбы народов  
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

---

Типография РУДН  
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. 952-04-41

*Для заметок*

---

*Для заметок*

---