

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ  
РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО  
И ПРОБЛЕМЫ  
ЧАСТНОПРАВОВОГО  
РЕГУЛИРОВАНИЯ

МАТЕРИАЛЫ НАУЧНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ  
АСПИРАНТОВ КАФЕДРЫ  
ГРАЖДАНСКОГО И ТРУДОВОГО ПРАВА  
ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА  
РОССИЙСКОГО УНИВЕРСИТЕТА  
ДРУЖБЫ НАРОДОВ  
МОСКВА, 25 ЯНВАРЯ 2008 г.

ВЫПУСК VIII

2008

МАКС ПРЕСС  
МОСКВА

УДК 340.1  
ББК 67.4  
С75

Утверждено  
РИСо юридического факультета  
Российского университета дружбы народов

*Ответственные редакторы*  
*В.В. Безбах; К.М. Беликова*

**С75** **Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования:**  
Материалы научной конференции аспирантов кафедры гражданского и трудового права юридического факультета Российского университета дружбы народов. Москва, 25 января 2008 г. / Сост. В.В. Безбах, Е.П. Ермакова, К.М. Беликова. - М.: МАКС Пресс, 2008. - 201 с.  
**ISBN 5-317-01298-8**

Подготовлено на кафедре гражданского и трудового права РУДН.

УДК 340.1  
ББК 67.4

Напечатано с готового оригинал-макета  
Издательство ООО «МАКС Пресс»  
Лицензия ИД № 00510 от 01.12.99 г.  
Подписано к печати **03.03.2008** г.  
Формат 60x90 1/16. Усл.печ.л. **17,5**. Тираж 300 экз. **Заказ 286**.  
Тел. 939-3890, 939-3891. Тел./факс 939-3893.  
119992, ГСП-2, Москва, Ленинские горы, МГУ им. М.В. Ломоносова,  
2-й учебный корпус, 627 к.

**ISBN 5-317-01298-8**

© Кафедра гражданского и трудового права  
юридического факультета Российского  
университета дружбы народов, 2008

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<i>Предисловие</i> .....	6
<i>Аношин М.В.</i> Структура имущества предприятия.....	13
<i>Аношина А.С.</i> Институт кондикции в римском праве.....	17
<i>Бадаева Н.В.</i> Защита владения в англо-американской правовой семье.....	23
<i>Беликова К.М.</i> Особенности правовой охраны конкурентной среды в Североамериканской зоне свободной торговли (НАФТА).....	29
<i>Василенко О.А.</i> Основные модели корпоративного управления.....	32
<i>Вейцман Джамия.</i> Становление корпоративного законодательства США.....	37
<i>Заман Ш.Х.</i> Защита персональных данных в Германии, Италии и Франции (циви-листический аспект).....	43
<i>Корчагина Е.С.</i> Значение английского закона о недвижимости, выступающей объектом доверительной собственности и о назначении доверительных собственников (TOLATA), 1996 г. в регулировании отношений собственности в Англии.....	49
<i>Кривенко О.А.</i> Становление доверительной собственности на недвижимость в Англии.....	54
<i>Кузнецов Н.М.</i> Защита чести, достоинства и деловой репутации.....	58
<i>Куропацкая Е.Г.</i> Устройство детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Великобритании и США.....	61
<i>Майшев М.</i> Правовая природа, форма и содержание арбитражного соглашения по праву Германии.....	69
<i>Маслова Е.В.</i> Цессия и неогоциация оборотного документа в США.....	74
<i>Мкртумян А.Р.</i> История развития автономий в XX веке.....	79

<i>Мухин М.М.</i> Краткая характеристика основных этапов унификации регулирования трансграничного банкротства (на примере основных конвенций Европейского союза и типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности).....	86
<i>Никитин А.В.</i> Косвенная экспроприация иностранных инвестиций.....	92
<i>Ноев С.В.</i> Правовые проблемы государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации.....	97
<i>Овчинников С.В.</i> Влияние кредитных историй на ипотечные кредиты в США.....	104
<i>Первухин М.В.</i> Организационное единство унитарного предприятия.....	108
<i>Печников В.В.</i> Вопросы статуса и защитных мер при образовании поликорпоративных предприятий в Англии.....	115
<i>Полозков В.В.</i> Основания для признания хозяйственного общества основным.....	120
<i>Попова Е.В.</i> Общие вопросы оспаривания решений международных коммерческих арбитражей в Швейцарии.....	123
<i>Пупина И.С.</i> Правовые аспекты ипотечного кризиса в США.....	129
<i>Семёнов П.А.</i> Реформа современного английского законодательства о компаниях: ключевые новеллы.....	133
<i>Сокольников Д.Е.</i> Регулирование деятельности наднациональных компаний правом Европейского Союза.....	140
<i>Тельнов А.В.</i> Квалифицированная юридическая помощь как средство повышения эффективности гражданского судопроизводства.....	144
<i>Терентьев А.В.</i> Защита прав кредиторов при банкротстве должника.....	149
<i>Ткачев К.В.</i> Иностранное инвестиционное законодательство: особенности регулирования инвестиционных отношений.....	154

*Тухбатуллина А.А.* Извещение иностранных лиц о времени и месте судебного заседания по российскому праву.....161

*Шумская Е.Г.* Сравнительная характеристика Принципов УНИДРУА и Принципов европейского договорного права.....168

## МАГИСТРЫ

*Адитярова Д.Э.* Проблема определения страхового случая в договоре перестрахования.....177

*Дюкина В.Р.* Организационная структура адвокатуры в Испании.....185

*Ковырина Н.А.* Меры принудительного исполнения судебных решений и других актов в РФ и ФРГ .....189

*Константинова О.А.* Виды альтернативного разрешения споров в Германии. Каким образом наиболее эффективно разрешить споры с контрагентами?.....193

*Кузаева А.* Понятие и источники правового регулирования арбитража в Испании.....198

*Моргоева Е.В.* Порядок заключения договора аренды лесного участка по законодательству Российской Федерации.....202

*Назарова М.С.* О возможностях Единого европейского исполнительного листа.....207

*Смольникова Е.О.* Виды арбитражных соглашений.....212

*Янжула И.Е.* Правовой статус членов семьи работника-мигранта в праве Европейского Сообщества.....216

## **Сравнительно-правовые исследования на кафедре гражданского и трудового права РУДН**

Настоящий сборник содержит научные сообщения, которые представили 25 января 2008 года на VIII конференции молодых ученых и аспирантов кафедры гражданского и трудового права РУДН её участники. «Гатянин день» стал традиционной датой таких конференций.

Молодые правоведы обнаруживают широкий диапазон своих научных интересов, в котором осуществляется их диалог с коллегами из других вузов России.

Отражая потребность российского общества в информации об опыте частноправового регулирования в зарубежных странах, многие представленные в сборнике работы посвящены наиболее острым проблемам такого регулирования.

В поле зрения участников конференции оказались вопросы, тематика которых поддается рубрикации по институциональному признаку. Так, ряд выступлений касался института юридического лица в российском и в зарубежном праве, соотношения понятий «юридическое лицо» и «предприятие». В частности, анализ структурных составляющих предприятия показал, что имущественный характер элементов предприятия не позволяет включать в его состав персонал – физических лиц, связанных трудовыми отношениями с юридическим лицом, собственником предприятия. Работники и имущество предприятия в единстве образуют производственно-хозяйственный комплекс. Определение стоимости предприятия и оценка его рентабельности осуществляются с учетом факторов, являющихся его неотъемлемой частью его деятельности, – таких, как клиентелла (деловые связи), деловая репутация, шансы (возможность предприятия иметь клиентов в будущем) и фактическое положение на рынке.

Рассмотрение правового положения и деятельности европейского объединения с общей экономической целью (*Groupement europeen d'interet economique*) и Европейской компании (*Societas Europaea*) позволило показать преимущества и недостатки ведения деятельности в этих правовых формах, выявленные в процессе практической реализации соответствующих нормативных предписаний.

В подавляющем большинстве случаев юридическое лицо, как самостоятельный субъект права, не является больше экономически самостоятельным субъектом, выступая в торговом обороте в качестве участника различных организационных отношений. В этой связи интересен анализ квалифицирующих признаков, позволяющих охарактеризовать хозяйст-

вующее общество в качестве основного, осуществленный на базе соотношения понятий «решение общества» и «решение органа общества». К числу таких признаков предложено относить возможность предполагаемого основным общества определять решения хотя бы одного органа управления другого хозяйственного общества.

Интересен анализ правового положения унитарного предприятия с точки зрения одного из отмечаемых в правовой науке признаков юридического лица – его организационного единства.

Не менее интересны и познавательны исследования, посвященные вопросам правового регулирования отношений в сфере доверительной собственности в Англии и защиты владения в англо-американской системе права. Значительная часть правовых конструкций, относящихся к реализации права собственности на недвижимость и обладающих определенной спецификой в общем праве, практически незнакома российскому законодательству, поэтому исследование института владения и его защиты имеет существенное информационно-практическое значение.

Применительно к институту владения выявлено, что злонамеренным созданием неудобств в осуществлении права являются не только иск о деликте по отношению к недвижимой вещи, а также иски, направленные на защиту владения движимыми вещами: *trespass for chattels* и *conversion*, и иск из *nuisance*. На основе изучения значительного объема судебной практики стран англо-американской правовой системы показано соотношение традиционных принципов деликтной ответственности в общем праве и учения о *restitution*.

Исследование этапов становления доверительной собственности на недвижимость в Англии осуществлено сквозь призму целей, для достижения которых использовалась исследуемая правовая конструкция, содержания понятий, раскрывающих содержание правомочий *trustee* (например, в рамках *general, simple, or passive trust*), а также в контексте освещения факторов, обусловивших ее возникновение (например, невозможности добиться удовлетворения иска без отыскания судебного приказа, постановленного при обстоятельствах, точно соответствовавших обстоятельствам рассматриваемого дела).

Исследование регулирования отношений со-собственности (*co-ownership*) в Англии акцентирует внимание на значении английского закона о недвижимости, выступающей объектом доверительной собственности, и о назначении доверительных собственников (*TOLATA*) 1996 г. Для английского правопорядка указание на одновременность обладания правом является важным, поскольку два и более лица могут обладать правами на одно и то же имущество, например, первое – на безусловном праве собственности (*estate in fee simple*), второе, - на пожизненном праве на недвижимое имущество (*estate for life*). Сквозь призму соблюдения основопола-

гающего принципа, на котором базируется институт со-собственности – принципа единства владения (unity of possession) характеризуется правовое положение со-собственников - joint tenants и tenants in common, исследуются изменения и новеллы, внесенные законодательным актом TOLATA (1996) в сложившуюся за более чем 70-летний срок действия английского Закона о доверительных собственниках 1925 г. систему взаимоотношений участников *trust`a*.

Следует отметить новизну научных сообщений. Многие проблемы, затронутые авторами докладов, впервые представляются на суд научной общественности. Например, изучение текущего реформирования действующего английского законодательства о компаниях, освещение предпосылок, обусловивших необходимость такого реформирования, а также рассмотрения ключевых новелл этой реформы вызвали большой интерес участников конференции.

Интересны результаты сравнительного изучения особенностей англо-американской, германской и японской моделей корпоративного управления, полученных при анализе этих моделей как определенных структур управления акционерными обществами.

Процесс становления корпоративного законодательства США показан сквозь призму его развития: от предпринимательских корпораций начала XIX в., выступавших средствами сосредоточения частных капиталов для осуществления программ внутренних улучшений в штатах, до принятия почти всеми американскими штатами к 1875 г. т.н. *general incorporation laws*. Вскоре законодательство отдельных штатов о корпорациях обрело столько различий, что открыло перед учредителями широкие возможности по выбору места регистрации будущей компании в зависимости от того, насколько либеральными оказывались положения того или иного закона. Одновременно с превращением предпринимательских корпораций в ведущую силу американской экономики, государство пришло к выводу о необходимости ужесточения государственного контроля за деятельностью предпринимательских корпораций, стремясь оградить конкурентную среду от ограничивающих либо подрывающих её монополистических тенденций, так появился в 1890 г. Закон Шермана.

Вопросы правового регулирования отношений в сфере несостоятельности и банкротства также привлекли внимание участников конференции, в докладах и сообщениях которых освещены основные этапы унификации регулирования трансграничного банкротства. Кроме того, уделено внимание исследованию средствам защиты прав кредиторов, выступающих в качестве наёмных работников несостоятельного работодателя. Показано, что отсутствие в российском законодательстве о несостоятельности достаточно чётких норм о материальных требованиях работников при банкротстве работодателя порождает немало проблем. Работник превра-



щается вследствие неплатежеспособности должника в его кредитора, но не утрачивает при этом прав и гарантий, предусмотренных трудовым законодательством, сохраняющих силу и после возбуждения дела о банкротстве. В приведенном контексте анализируется опыт зарубежных стран (в том числе ЕС) по гарантированию выплаты работникам задолженности по оплате труда.

Актуальны вопросы, связанные с ипотечным кредитованием, способным стать эффективным инструментом успешного решения многих важных социальных, экономических и других проблем. Оно используется для привлечения хозяйствующими субъектами денежных ресурсов для пополнения своих оборотных средств. На примере США показано, что одним из ключевых факторов развития существующей в США системы кредитования является совокупность основных сведений, составляющих так называемые «кредитные истории». Выявлены требования, предъявляемые американским законодательством к лицам, желающим получить ипотечный кредит, охарактеризовано правовое положение и деятельность кредитных бюро.

Изучение правовых аспектов ипотечного кризиса в США показало, что его главной причиной является рост числа невозвращенных жилищных кредитов неблагонадежными заемщиками. В числе причин участниками конференции отмечены привязка размера процентной ставки кредита к индексу *LIBOR*; несоразмерность между оплатой процентов (большая часть) и основного долга по кредиту (меньшая часть); отсутствие требований банков к заемщику о предоставлении первоначального взноса и подтверждения факта платежеспособности.

Современный период экономического роста и развивающееся многообразие правоотношений в сфере экономики дает стимул для притока иностранных инвестиций в Россию. Исследование российского законодательства, направленного на правовое регулирование иностранных инвестиций, показало возможность их косвенной экспроприации. Развитие экономики любого государства невозможно без привлечения дополнительных инвестиций как внутреннего, так и внешнего (иностранного) происхождения. Анализ основных положений законодательства зарубежных стран (США, Бельгии, Кореи, Австралии, Бразилии, Голландии, Англии), касающегося инвестиционных отношений, направлен на выявление их сходства и отличительных черт с учетом способов инвестирования.

Интеграционные процессы составляют одну из главных тенденций современного мирового развития, поэтому весьма актуально обращение к особенностям правовой охраны конкурентной среды в условиях действия Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА). Показано, что здесь не ведётся пока выработка общих для стран-участниц со-

глашения стандартов в области охраны конкуренции, как, например, в ЕС или в МЕРКОСУР.

Важному вопросу о частноправовой унификации как способе достижения единообразия в сфере договорного права уделено внимание в контексте сравнения положений Принципов УНИДРУА (Unidroit Principles) и Принципов европейского договорного права (PECL), проведенного с учетом сферы их действия и их основополагающих начал (например, свободы договора и добросовестности, порядка толкования намерения сторон, понятия нарушения и неисполнения договорных обязательств и др.).

Эра развития компьютерных технологий породила возникновение нового юридического понятия – персональных данных. Изучение правовых аспектов деятельности, связанной со сбором и хранением таких данных, показывает, что важнейшей проблемой здесь оказывается проблема защиты данных, поскольку существует угроза их неправомерного использования сведений, позволяющих идентифицировать личность человека. Проведенный в одном из сообщений анализ положений Конвенции о защите личности в связи с автоматической обработкой персональных данных (ETS No. 108) 1981 г. и законов о персональных данных Германии, Италии, Франции и России, позволил выявить сходства и отличия закрепляемого ими правового регулирования.

Изучение вопросов защиты чести, достоинства и деловой репутации свидетельствует о том, что в последнее десятилетие появилось новое, более практичное и более совершенное в теоретическом плане представление об объеме и характере защиты этих нематериальных благ. Анализ положений действующего в РФ законодательства обнаружил имеющийся на сегодняшний день разрыв между закрепляемыми исследуемыми законодательными положениями и существующими жизненными реалиями.

Обращение участников конференции к вопросу о сравнительном исследовании устройства детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Великобритании и США привело к необходимости раскрыть трактовку закрепляемого в этих странах статуса детей-сирот. Детальное рассмотрение различных форм воспитания детей, лишившихся родительского попечения (передача на усыновление/удочерение, под опеку/попечительство или в приемную семью; содержание в воспитательных учреждениях/детских приютах, детских поселках; патронат и др.), позволило выявить преимущества и недостатки каждой из этих форм.

Характеристика «оборотных документов» и основных предъявляемых к ним правом США требований выполнена в контексте доктрины о законном владельце (*holder in due course doctrine*), а способы передачи оборотных документов рассмотрены в контексте цессии и неогоциации.

Известно, что вопрос государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, является одним из приоритетных на-

правлений развития российской экономики. По этой причине участники конференции обратились к положениям ФЗ от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ “О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации” в целях выявления причин необходимости предоставления государственной поддержки малым и средним предпринимателям.

Доктрина страхового права, российская судебная практика и специалисты-практики по-разному трактуют понятие страхового случая по перестраховочным сделкам, что порождает серьезные сложности. По этой причине специальному исследованию был подвергнут вопрос определения страхового случая при заключении договора перестрахования.

Не обойдены вниманием и остающиеся классическими проблемы. Например, классификация кондикций, содержащихся в книге 12 Дигест Юстиниана, объединяемых учеными под общим названием *condictiones sine causa (generalis)*, с указанием их функций производится при ретроспективном исследовании института кондикции в римском праве: от эпохи древнего (предклассического) права и последующего затем периода республики (во времена так называемого легисакционного процесса) - до классического и постклассического периодов.

Принцип добровольности обращения к арбитражному разбирательству, являющийся основополагающим принципом международного коммерческого арбитража, положен в основу предложенной классификации арбитражных соглашений с учетом их правовой природы, формы и содержания по праву Германии. Освещены вопросы определения правоспособности сторон арбитражного соглашения, соблюдения требований, предъявляемых к его форме. Сопоставлены меры принудительного исполнения судебных решений и других актов в РФ и ФРГ. Особое внимание уделено видам альтернативного разрешения споров в Германии.

Исследованы также вопросы оспаривания решений международных коммерческих арбитражей в Швейцарии, стране, в которой институт арбитража служит защите нарушенного права наравне с системой государственных судов. Для проигравшей арбитражный процесс стороны всегда существует несколько вариантов возможных действий, в том числе возможность оспорить решение арбитража. Отмечено, что правоведы этой страны различают абсолютную и относительную окончательность арбитражного решения; освещены основания оспаривания арбитражного решения в Швейцарии и приведены случаи, когда оспаривания арбитражного решения невозможно.

Определенное внимание уделено вопросам организационной структуры и деятельности адвокатуры, и источникам правового регулирования деятельности арбитража в Испании.

Эффективность гражданского судопроизводства обеспечивается множеством средств. Одним из таких средств является квалифицированная

юридическая помощь. Этот вопрос и является предметом анализа различных представлений о трактовке понятия «квалифицированная юридическая помощь». Приведенное понятие раскрывается путем разграничения субъектов на тех, кто нуждается в юридической помощи, и тех, кто её оказывает. Исходя из того, что главной целью гражданского судопроизводства является защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан (иных заинтересованных лиц), квалифицированная юридическая помощь оказывает важное влияние на повышение эффективности гражданского судопроизводства.

Краткий обзор научных сообщений и докладов, с которыми молодые ученые кафедры и их гости из других вузов Москвы выступили на конференции 25 января 2008 г., позволяет надеяться, что они будут найдены читателями полезными как в познавательном, так и в прикладном значении.

Безбах В.В.  
д.ю.н., профессор,  
заведующий кафедрой гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов.

Беликова К.М.  
к.ю.н., старший преподаватель  
кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов.

*Аношин М.В.*  
*Научный руководитель - к.ю.н., доцент Протопопова О.В.*

### **Структура имущества предприятия**

Современные исследователи среди объектов, входящих в состав предприятия, иногда называют клиентелу (деловые связи), деловую репутацию, шансы (возможность предприятия иметь клиентов в будущем), фактическое положение на рынке и другие. Допустимость и обоснованность включения в состав предприятия данных категорий и являются предметом настоящего исследования.

Персонал. Поскольку работа предприятия невозможна без физических ресурсов, некоторые авторы склонны включать в состав предприятия как имущественного комплекса и членов трудового коллектива<sup>1</sup>. Безусловно, работники и имущественный комплекс в единстве образуют некий производственно-хозяйственный комплекс. Но имущественный характер элементов состава предприятия не позволяет включать в его состав персонал – физических лиц, связанных трудовыми отношениями с юридическим лицом, собственником предприятия. Права и обязанности из трудовых отношений с физическими лицами (трудоым коллективом) не могут приобретать качество имущества, способного переходить от одного субъекта к другому в порядке, установленном гражданским законодательством. Такой «переход» относится к предмету регулирования трудового, а не гражданского законодательства. В этом различие понятия, используемого в гражданском законодательстве, от предприятия в экономическом смысле, где труд имеет свойство товара. Как отмечает Ю.С. Поваров, «с точки зрения гражданского права ни при каких условиях к составу предприятия нельзя относить людей, говорить о предприятии-объекте, видя в нем социальную, а не имущественную организацию, недопустимо»<sup>2</sup>, хотя при переходе права собственности на предприятие возможно появление определенных социальных проблем.

С.А. Степанов и Л.С. Артабаева, наоборот, являются сторонниками включения в состав предприятия указанного элемента<sup>3</sup>. При этом С.А.

---

<sup>1</sup> См., напр.: Черноморец А.Е. Некоторые теоретические проблемы права собственности в свете ГК РФ (часть первая). // Государство и право. – 1996. - № 1. - С. 97.

<sup>2</sup> Поваров Ю.С. Предприятие как объект гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 7.

<sup>3</sup> См.: Степанов С.А. Предприятие как имущественный комплекс по гражданскому кодексу РФ // Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 15; Артабаева Л.С. Предприятие как имущественный комплекс // Юрист. – 2001. - № 6. - С. 21.

Степанов рассматривает коллектив сотрудников, «людовой субстрат» как обременение (ограничение, стеснение), приобретающее характер составных элементов предприятия<sup>1</sup>. Конечно же, любое предприятие нуждается в персонале, который приводит в действие совокупность имущества, заставляет его работать и участвовать в осуществлении предпринимательской деятельности, принося материальный доход. Но персонал нельзя рассматривать как гражданско-правовое обременение имущества, следующее судьбе вещи. Отчуждение предприятия может привести к невозможности продолжения трудовых отношений персонала с первоначальным собственником предприятия. В этом случае отчуждение предприятия должно сопровождаться переходом прав и обязанностей по трудовым договорам к новому собственнику предприятия. Такому подходу в полной мере соответствует абз. 3 п. 3 ст. 110 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», согласно которому при продаже предприятия все трудовые договоры, действующие на дату продажи предприятия, сохраняют силу, при этом права и обязанности работодателя переходят к покупателю предприятия.

Казалось бы, что трудовое законодательство также должно защищать интересы работников в случае смены собственника имущества, в результате которой продолжение трудовых отношений работников с прежним собственником окажется невозможным. Однако в Трудовом кодексе РФ нашла отражение противоположная позиция. Согласно ч. 2 ст. 75 ТК, смена собственника имущества организации не является основанием для расторжения трудовых договоров с работниками организации, за исключением руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера (ч. 1 ст. 75 ТК). А после государственной регистрации перехода права собственности на имущество возможно сокращение численности или штата работников (ч. 4 ст. 75 ТК). В случае же отказа работника от продолжения работы в связи со сменой собственника имущества организации, наступают общие основания прекращения трудового договора, предусмотренные п. 6) ч. 1 ст. 77 ТК.

В силу того, что персонал, не являясь объектом гражданского права, не может следовать судьбе предприятия при его отчуждении, интересы трудового коллектива необходимо защитить путем включения в ТК РФ нормы, которая бы устанавливала, что при смене собственника имущества организации, в результате которой трудовые отношения с прежним собственником не могут быть продолжены по причинам, связанным с такой сменой, старый или новый собственник должен взять на себя обязательства по трудоустройству соответствующих работников либо по их переквалификации или переобучению. Тем самым будет соблюден баланс соци-

---

<sup>1</sup> Степанов С.А. Предприятие как имущественный комплекс по гражданскому кодексу РФ // Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 15.

альных и имущественных интересов работодателя и членов трудового коллектива.

Клиентела<sup>1</sup> (деловые связи). Постоянная клиентура (потребители и поставщики) связана с личностью коммерсанта, с конкретным юридическим лицом, посредством обязательственных институтов гражданского права. В этом смысле клиентела может регулироваться гражданским правом. Возникновение, изменение и прекращение соответствующих отношений осуществляется посредством заключения договоров, перевода прав и обязанностей по действующим договорам, уступки права (требования) или перевода долга в соответствии с правилами, установленными в ГК РФ. В соответствии с действующим гражданским законодательством РФ (ст. 132, § 8 главы 30, § 5 главы 34 ГК РФ), гражданско-правовые обязательства, связывающие собственника предприятия с его контрагентами определенными правами и обязанностями, могут входить в состав предприятия как имущественного комплекса.

Однако у каждого предприятия есть клиентура, не связанная с ним обязательственными правоотношениями. Примером может служить предприятие, выпускающее продукцию под конкретной торговой маркой (брендом), либо имеющее постоянный круг клиентов в силу своего местоположения. При отчуждении предприятия такая клиентура также перейдет к новому собственнику.

Деловая репутация<sup>2</sup>. Некоторые авторы включают в состав предприятия и деловую репутацию. Указанный объект гражданско-правового регулирования относится к категории не связанных с имущественными личными неимущественных прав и может принадлежать только физическому или юридическому лицу, и, соответственно, не может характеризовать предприятие как имущественный комплекс.

Так, Жариков В.В. считает, что имущественный комплекс может обладать лишь имущественной ценностью, но не деловой репутацией<sup>3</sup>. Недопустимость связи деловой репутации с предприятием была отмечена еще Удинцевым В.А., указывавшим, что «такая связь имеет значение лишь экономическое и бытовое, так как репутация фирмы, представляясь каче-

---

<sup>1</sup> Клиентела – клиентура, совокупность лиц, состоящих в деловых отношениях с коммерсантом (фр. clientele), нередко отождествляется с постоянной клиентурой, элементом нематериальных активов (фр. achalandage). Во французском праве первое связано, скорее, с личностью коммерсанта, а второе – с географическим размещением активов (Буйи М. Торговое право: Словарь торговых терминов // Пер. с фр. Азимовой Е.В. – М., 1993. С. 68).

<sup>2</sup> Под репутацией обычно подразумевается добрая или дурная слава человека, общее мнение о ком-либо, приобретаемая общественная оценка качеств, достоинств и недостатков кого-либо. – См: Даль В. Толковый словарь великорусского языка. – М., 1999. Т. 3. С. 1679; Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Шведовой Н.Ю. 18-е изд. – М., 1987. С. 676.

<sup>3</sup> Жариков В.В. Особенности правового режима предприятия и отдельных видов имущества, входящего в его состав // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 7 / Под ред. Шиловцова О.Ю. – М.: Издательство НОРМА, 2003. С. 129.

ством торговли или промысла, не имеет характера имущественного объекта, способного к переходу из одних рук в другие»<sup>1</sup>.

Можно не согласиться с указанными точками зрения, поскольку любое предприятие в процессе своей деятельности завоевывает положительную или отрицательную репутацию, которая в любом случае перейдет к новому собственнику вместе с приобретаемым имущественным комплексом.

Деловая репутация тесно связана с клиентелой: у предприятия с положительной деловой репутацией обширная клиентела; у предприятия с отрицательной деловой репутацией клиентела минимальна либо отсутствует вовсе.

Фактическое положение на рынке. Фактическое положение на рынке может быть применимо при характеристике конкретного субъекта предпринимательской деятельности (предпринимателя либо юридического лица), владельца предприятия как имущественного комплекса и не может быть перенесено на имущество (объект права)<sup>2</sup>. В этом смысле фактическое положение на рынке представляется более понятием экономическим, чем юридическим.

Хотя фактическое положение на рынке конкретного субъекта определяется, в том числе, составом и ценностью его имущества, в первую очередь, стоимость предприятия влияет на фактическое положение на рынке субъекта предпринимательской деятельности, его конкурентные преимущества, но никак не наоборот. Особую ценность в этом отношении представляют предприятия, занимающие доминирующее или монопольное положение на рынке.

\*\*\*

Если исходить из того, что в состав предприятия должно входить только имущество, то клиентела (деловые связи), деловая репутация, шансы (возможность предприятия иметь клиентов в будущем) и фактическое положение на рынке не могут входить в состав предприятия как имущественного комплекса, поскольку, как отмечал К. Леман, «эти фактические моменты не подпадают ни под понятие вещей, ни под понятие прав. С этой точки зрения можно даже усомниться, допустимо ли рассматривать их как составную часть имущества»<sup>3</sup>.

В то же время нельзя отрицать тот факт, что такие факторы, сопутствующие деятельности предприятия, как клиентела (деловые связи), деловая репутация, шансы (возможность предприятия иметь клиентов в будущем) и фактическое положение на рынке являются его неотъемлемой ча-

---

<sup>1</sup> Удинцев В. Русское торгово-промышленное право. - Киев, 1907. С. 219.

<sup>2</sup> Жариков В.В. Указ. соч., с. 128.

<sup>3</sup> Цит. по: Grimm Д.Д. Переход торговых и промышленных предприятий. // Вестник гражданского права. -1915. - № 1-2. - С. 37.



стью и принимаются во внимание при определении стоимости предприятия и оценке его рентабельности. Поэтому состав предприятия должен быть расширен, и в него наряду с объектами обязательственных правоотношений и исключительных прав должны войти данные институты.

В то же время автор статьи не разделяет мнение исследователей, считающих трудовой коллектив (физических лиц) одним из элементов предприятия, поскольку гражданское право, рассматривая предприятие как объект прав, регулирует только правовое положение собственно имущественного комплекса, не включая в его состав работников.

*Аношина А.С.*

*Научный руководитель - к.ю.н., доцент Протопопова О.В.*

### **Институт кондикции в римском праве**

Римское право, основанное на началах *aequitas* (справедливости) и *ius naturale* (естественного права)<sup>1</sup>, явилось родоначальником концепции недопустимости неосновательного обогащения, позволяющей обеспечить правовую защиту нарушенным имущественным правам, когда созданные институты виндикации и реституции в силу присущего им формализма были не способны ее обеспечить<sup>2</sup>. Возможность предъявления требований из неосновательного обогащения, была обусловлена основным постулатом о том, что вещь «оказавшаяся у кого – либо в силу неправомерного основания, может быть истребована путем кондикции, ... ибо согласно природе справедливо, чтобы никто не обогащался в ущерб другому лицу»<sup>3</sup>.

Кондикция как правовое явление возникло в эпоху древнего (предклассического) римского права в виде специального кондикционного иска, к которым, согласно Институциям Гая, относились все личные иски, в интенции которых содержится требование к конкретному ответчику «что-либо дать или сделать»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Обстоятельная разработка понятий *aequitas* и *ius naturale* в римском классическом праве была осуществлена В.М. Хвостовым. - См.: Хвостов В. М. Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum jus* в римской классической юриспруденции // Ученые записки Императорского Московского университета. Отдел юридический. Вып. 10. М., 1895.

<sup>2</sup> См.: D. 50.17.206: «*lure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et iniuria fieri locupletiolem*» («Согласно естественному праву справедливо, когда никто не должен обогащаться незаконно за счет (в ущерб) другого»). Цвайгерт К, Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 2. Пер. с нем. - М., 2000. С. 286.

<sup>3</sup> Дигесты Юстиниана. Т. III / Перевод с латинского. /Отв.ред. Л.Л. Кофанов. - М., 2003. С. 99

<sup>4</sup> Gai. Inst. IV.5 Appellantur autem in rem quidem actions vindicationes, in personam uero actions, quibus dari fieriue oportere intendimus, condictiones (Вещные иски называют еще виндикациями, а личные иски, в которых мы выражаем требование дать что-либо или сделать что-нибудь, называют кондикциями). Здесь и далее Институции Гая цитируются по изданию: Гай. Институции / Пер. с лат. Ф. Дыдынского / Под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. - М., 1997.

Кондикционный иск явился одним из пяти видов «законных исков» (*legis actiones*), существовавших в период республики во времена так называемого легисакционного процесса, отличавшегося строгим формализмом и торжественностью при предъявлении иска (*legis action*) и засвидетельствовании спора (*litis contestation*) на первой стадии процесса - *in iure*.

Название *legis actio per condictio*, согласно Институциям Гая<sup>1</sup>, дословно означало «предъявление иска через торжественное заявление (истца)» а сам иск заключался в том, что истец *in iure* обращался к ответчику с вопросом признает ли тот имеющийся долг, в случае отказа истец торжественно объявлял, чтобы ответчик через 30 дней снова явился к претору для выбора судьи. Данное торжественное объявление и дало название иску, отличительной чертой которого было абстрактное формулирование претензии, где указание на конкретное основание иска в акте торжественного формулирование спора не допускалось, следовательно и сама претензия носила абстрактный характер, не зависящий от основания иска (*causa*).

Кондикционный иск появился последним - в конце III в. до н. э. и был введен законом Силия (*lex Silia*) как упрощенная форма иска для истребования определенной денежной суммы (*certa pecunia*), а во II в. до н.э. был распространен законом Кальпурния (*lex Calpurnia*) на все случаи истребования определенной вещи (*certa res*)<sup>2</sup>. И несмотря на то, что истребование и передача вещей предусматривалось другими, более древними формами исков (*sacramento in personam, per iudicis postulationem*), *legis actio per condictum*, в силу упрощенной процедуры его предъявления, не требующей обоснования требований, получил наибольшее распространение.

В эпоху классического римского права понятие *condictio* постепенно охватило собой вообще все личные иски, основанные на *ius civile* и хотя кондикционный иск утратил присущую ему торжественность, он сохранил свое название<sup>3</sup>. Такое расширение сферы применения кондик-

---

<sup>1</sup> Gai. Inst. IV.17... haec quidem action proprie condictio uocabatur: nam actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset; nunc non proprie conductionem dicimus in personam actionem, qua intendimus dari nobis oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit (... этот иск назывался кондикцией, так как истец при этом обращался к противнику с торжественным объявлением, чтобы он через 30 дней снова явился (перед судом), с целью установления iudicium; ныне же не в собственном смысле мы называем кондикцией личный иск, в котором утверждаем, что ответчик должен нам дать что-либо, ибо в настоящее время по этому поводу не делается никакого торжественного извещения. Здесь и далее Институции Гая цитируются по изданию: Гай. Институции / Пер. с лат. Ф. Дыдынского / Под ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. - М., 1997.

<sup>2</sup> Gai. 4.19. Закон Силия о кондикции датируется последней четвертью III в. до н. э., но не позднее 204 г. до н. э. Закон Кальпурния, наоборот, относят ко времени после 204 г. до н. э. Ф. М. Дыдынский датирует закон Силия 269, а закон Кальпурния — 247 г. до н. э. - См.: Бартошек М. Указ. соч. С. 184, 198; Дыдынский Ф.М. Указ. соч. С. 76, 500.

<sup>3</sup> Iust. Inst. IV. 15: Appellantur autem in rem quidem actions uindicationes, in personam uero actions, quibus dare facere oportere intenditur, conductiones. Condicere enim est denuntiare prisca lingua: nunc

ционного иска было обусловлено абстрактным характером и отсутствием указаний на основание иска (*causa agenda*) в формуле – документе, в котором стороны в эпоху формулярного процесса отражали свои требования.

Изначально по данному иску защищались только требования из строго определенных контрактов – стипуляций (*stipulation*), займа и книжного долга, лишенных возможности исковой защиты путем виндикации в силу отсутствия права собственности у истца<sup>1</sup>.

По свидетельству Г.Деренбург, только в период последних веков республики кондикция стала использоваться для защиты требований, вытекающих из приобретения чужого имущества «неправомерно и вне контракта»<sup>2</sup>. Иски подразделялись на *condictio certae pecuniae* (о возврате денег) и *condictio certae rei* (о возврате вещи или определенного количества заменяемых вещей), последние из которых в Дигестах Юстиниана получили название «зерновая кондикция» (*condictio triticaria*)<sup>3</sup>. По этой кондикции могли истребоваться любые родовые вещи, а также и арендуемая государственная земля, и узуфрукт на нее либо отдельный сервитут. Данный иск мог предъявить и собственник, изгнанный из своего имения. В случае, если ответчиком предмет спора был необоснованно отчужден, истец истребовал ее стоимость. Характерной чертой данного иска было проведение судебной оценки предмета спора, соответственно решение по нему в пользу истца имело денежное выражение.

В последствие *condictio certae pecuniae* и *condictio certae rei* были объединены под общим названием *condictiones certi*, к которым далее в эпоху императора Трояна присоединились *condictiones incerti*, применяемые именно к случаям возврата неосновательного обогащения. Данные виды исков относились к *actions in factum*, о которых в титуле VI Книги 19 Дигест Юстиниана сказано: при отсутствии установленных судебных разбирательств и обычных исков, когда мы не можем найти особого на-

---

uero abusiuedisimus conductionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere: nula enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit (“Вещные иски мы называем еще виндикациями; личные иски, в которых истец утверждает что ему должны дать или сделать что-либо – кондикциями: кондицировать по-древнему значило торжественно заявлять. В настоящее время мы не точно называем кондикцией всякий личный иск, посредством которого истец утверждает, что ему должны дать, так как в настоящее время ради этого не делается никакого торжественного заявления»).

<sup>1</sup> Сабинин С.Е. Указ. соч. С. 134-135.

<sup>2</sup> Подробнее о соотношении требований из займов и неосновательного обогащения см. Деренбург Г. Пандекты. Т. III. Обязательственное право. 2-е издание./Пер. под рук. и ред. П. Соколовского. - М., 1904. С. 446.

<sup>3</sup> «И вообще следует сказать, что путем этого иска предъявляется требование о тех вещах, которые не являются наличными деньгами, независимо от того, определяются ли они весом или мерой, являются ли они движимостями или (принадлежат) земле. - См. Дигесты Юстиниана том III книги XII-XIX / Под ред. Кофанова Л.Л. М.: Изд. Статут, 2003. С. 153.

именования (для иска вытекающего из этого дела), мы в целях удобства переходим к искам, которые называются иски по факту содеянного (*in factum*)<sup>1</sup>. В отличие от истребования определенных вещей или ценностей для требований *condictiones incerti* существовали иные основания, например, освобождение лица от исполнения обязательств данных без основания (*sine causa*). «Кто без основания дал обещание, тот не может истребовать вещь, которую он не дал, но может истребовать само обязательство»<sup>2</sup>. Возвращение данного обязательства являлось по выражению Г. Деренбург «возвращением иного рода ценностей», которые и были предметом *condictiones incerti*<sup>3</sup>

В дальнейшем в послеклассический период обязательства из неосновательного обогащения выделились в самостоятельную группу специфических обязательств возникающих из квазиконтракта. Кроме того, была произведена классификация кондикций в зависимости от основания требования, которая нашла свое отражение в книгах 12 и 13 Дигест Юстиниана. В 13 книге Дигест были закреплены три кондикции, которые нельзя отнести к неосновательному обогащению: *condictio furtive* (Титул I), *condictio ex lege* (Титул II) и *condictio triticaria* (Титул III).

*Condictio ex lege* явилась универсальным иском для всех не защищенных законом обязательств: «если новым законом введено обязательство и в этом же законе не предусмотрено, какого рода иском мы судимся в суде, то следует предъявить иск на основании этого закона»<sup>4</sup>. Данная кондикция способствовала еще большему расширению сферы ее применения далеко за пределы неосновательного обогащения.

*Condictio furtive* давалась только собственнику вещи против вора. Производилось четкое разграничение уголовной и гражданской ответственности вора. «Иск, вытекающий из воровства, требует законного признания, а кондикция (требует) саму эту вещь. Это обстоятельство приводит к тому, что ни иск, вытекающий из воровства, не погашается кондикцией, ни кондикция – иском о воровстве. Итак, лицу, у которого совершена кража, принадлежит иск, вытекающий из воровства, и кондикция, и виндикация»<sup>5</sup>. Воровством признавалась не только кража, но и неправомерное пользование и извлечение доходов из чужой вещи, например, отданной в залог или на хранение. Гибель вещи не ущемляла прав собственника, так как при кондикции (в отличие от виндикации) в суде совершалась денежная оценка нанесенного вором ущерба.

---

<sup>1</sup> Там же. С. 759.

<sup>2</sup> Там же. С. 139.

<sup>3</sup> Деренбург Г. Цит. соч. С. 466.

<sup>4</sup> Дигесты Юстиниана том III книги XII-XIX под ред. Кофанова Л.Л. – М.: Изд. Статут, 2003. С.153

<sup>5</sup> Там же. С.145

Кондикции, содержащиеся в книге 12 Дигест Юстиниана, рядом ученых объединяются под общим названием *condictiones sine causa (generalis)*<sup>1</sup> и именно они оказали огромное влияние на развитие института обязательств из неосновательного обогащения. К ним относятся:

1. Кондикция, когда что-либо дано в силу определенного основания и это основание отпало (*condictio causa data causam non secuta*). Ненаступление результата не обязательно должно быть волей случая, кондикция возможна и тогда, когда сам истец отказался от обязательства или повлиял на его ненаступление. Так Ульпиан в 26 книге «Комментариев к эдикту» пишет: «Если я дал для выполнения условия, (включенного в завещание) тебе 10, а затем откажусь от наследства или от легата, то я могу предъявить кондикцию»<sup>2</sup>. При этом, с момента, когда кондикционный должник узнал о своей обязанности вернуть полученное, он обязан вернуть не только фактически полученные доходы, но и те доходы, которые могли бы быть им получены<sup>3</sup>. Аналогичные нормы содержатся в большинстве современных правовых систем, предусматривающих ответственность должника в виде обязанности компенсировать убытки, в случае сознательного удержания им неосновательно приобретенного или сбереженного имущества.

Однако и интересы должника также справедливо учтены, если должник в результате невиновного неосновательного обогащения понес расходы «...и если ясно, что ты издержал больше, чем получил, то кондикция отпадает, но если издержано меньше, то имеет место кондикция, но с тем, однако, что тебе должно быть дано возмещение того, что ты израсходовал»<sup>4</sup>.

2. Кондикция в случае постыдного или неправомерного основания (*Condictio ob turpem vel iniustam causam*) давалась в том случае, когда имущество было предоставлено бесчестному получателю для выполнения им определенного правомерного обязательства. Так, Павел в 10 книге «Комментариев к Саббину» указывает: «данное для честного дела может быть истребовано обратно, если дело, для которого было дано, не последовало. Если же было дано (предоставление) ради постыдного дела со стороны получающего, то данное может быть истребовано обратно, даже если дело последовало». А Ульпиан в 26 книге «Комментариев к эдикту» уточняет «например, если я сделал тебе представление, чтобы ты не совершил святотатства, не совершил воровства, не убил человека, можно предъявлять кондикцию»<sup>5</sup>. При этом неправомерные действия всегда должны быть на

<sup>1</sup> Zimmermann R. Op. cit. P. 871-873.

<sup>2</sup> Дигесты Юстиниана том III книги XII-XIX / Под ред. Кофанова Л.Л. – М.: Изд. Статут, 2003. С. 81.

<sup>3</sup> См.: Деренбург Г. Цит. соч. С. 460.

<sup>4</sup> Дигесты Юстиниана том III книги XII-XIX / Под ред. Кофанова Л.Л. – М.: Изд. Статут, 2003. С. 87.

<sup>5</sup> Там же. С. 97.

стороне получающего. В случае если имеются постыдные действия и/или на стороне дающего (вор платит за то, чтобы его не выдавали или подкуп судьи), то требования не удовлетворяются.

3. Кондикция в случае уплаты недолжного (*condictio indebiti*) применялась при оплате мнимого в действительности не существующего долга. Под оплатой понимаются не только деньги, но и любое предоставление, оказание услуг<sup>1</sup>, принятие на себя обязательств<sup>2</sup> или отказ от прав<sup>3</sup>. Вместе с основным долгом при кондикции возврату подлежали так же и приращения, например, ребенок, родившейся у рабыни или иные плоды, но за вычетом произведенных расходов<sup>4</sup>.

Дигесты Юстиниана содержали ряд случаев, когда кондикция не допускалась, аналогия которых прослеживается в современном праве. Так, например, «если лицо уплатило, зная, что он не должен, то обратное истребование не имеет места»<sup>5</sup>. Такое предоставление по общему правилу рассматривалось как дарение. Кондикция не применялась и в тех случаях, когда происходила уплата действительного долга, но ранее срока исполнения обязательства, так как «должник, обязанный заплатить в определенный срок, является должником и в том смысле, что не может истребовать обратно уплаченное им раньше срока»<sup>6</sup>.

4. Кондикция в отношении того, что находится у кого-либо без основания (*condictio sine causa*), согласно Ульпиану применяется, «если кто-либо обещал без основания или если кто-либо уплатил недолжное». Исходя из этой универсальной формулировки данная кондикция по-видимому была создана с целью возможности защиты требований, не подпадающих под условия иных видов кондикций.

Средневековый глоссатор Йоханес Вут (*Johannes Voet*) в комментариях к Дигестам выделял две функции данной кондикции: *condictio sine causa generalis*, обладающая возможностью конкурировать наравне с ос-

---

<sup>1</sup> «Если патрон договориться с вольноотпущенником, что не будет требовать от него услуг, то что бы ни было впоследствии уплачено вольноотпущенником, можно истребовать обратно». См.: Там же. С.125 (D. 12.6.40.2.)

<sup>2</sup> «Тот, кто по ошибке гарантирует кредитору больше, чем составляет (его) наследственная доля, имеет (право предъявить) кондикционный иск о недолжно Обещанном». Дигесты Юстиниана том III книги XII-XIX / Под ред. Кофанова Л.Л. – М.: Изд. Статут, 2003. С.119 (D. 12.6.31.).

<sup>3</sup> «Божественный Север и Антонин ответили рескриптом, что если кто-то, когда он мог получить обеспечение (на случай необходимости расплаты по долгам наследства) от того, кому следует выдать наследство по фидеикомиссу, не позаботился (об этом), то он может истребовать обратно уплаченное им сверх должного, как будто недолжно (уплаченное). Там же. С.125 (D. 12.6.39.).

<sup>4</sup> Там же. С. 136-137 (D. 12.6.65.5).

<sup>5</sup> Там же. С.101 (D. 12.6.1.).

<sup>6</sup> Там же. С.103 (D. 12.6.10.).

тальными кондикциями; и *condictio sine causa specialis*, как возможность быть предъявленной в случаях, не охваченных остальными кондикциями<sup>1</sup>.

Ю. Барон, так же высказывал подобное мнение: «Юстиниан выделил эти четыре случая, а так как они не обнимали всех случаев обогащения, то он установил еще один добавочный иск: *condictio sine causa*, посредством которого потерпевший ущерб мог преследовать обогащенного в прочих случаях обогащения»<sup>2</sup>. Мнения о субсидиарности данного иска придерживались и иные современные цивилисты, такие как Покровский И.А., Братошек М., Митюков К.А., Агарков М.М., Слесарев А.В. и пр.<sup>3</sup>.

Таким образом, в Римском праве термин «*condictio*» отождествлялось именно с *action in personam*. Данный иск не подразумевал под собой защиту только требований, вытекающих из неосновательного обогащения. Скорее, подобные требования были одними из тех, которые подлежали защите посредством кондикции, когда указание на основание иска не могло быть указано в его формуле. Таким образом, кондикция распространялась на неопределенное число исков. И уже только в период рецепции римского права странами Европы термин «*condictio*» стал использоваться цивилистами в узком смысле для обозначения исков о возврате неосновательного обогащения, а затем и одноименных обязательств.

***Бадаева Н.В.***

***Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ульянищев В.Г.***

### **Защита владения в англо-американской правовой семье**

Система вещных прав и способы их защиты в англо-американском праве представляют собой достаточно разработанную структуру, характеризующуюся наличием широкого спектра прав на вещи, в частности на недвижимость, каждое из которых обеспечено соответствующей правовой защитой, а также разнообразием легальных способов их трансформации. Например, значительная часть правовых конструкций, относящихся к реализации права собственности на недвижимость, практически незнакома российскому законодательству, а институт владения и его защита также обладают своей спецификой.

Фактическим подтверждением права владения вещью в соответствии с исторической традицией общего права является титул, характеризующий

---

<sup>1</sup> *Commentarius ad Pandectas*. Lib. XII. Tit. VII. I.

<sup>2</sup> Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып. 3. Кн. IV. С. 182.

<sup>3</sup> Покровский И.А. История римского права. / Вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А.Д. Рудокваса. СПб., 1998. С. 439-440; Бартошек М. Римское право: Понятия, термины, определения. Пер. с чешского. М., 1989. С. 84; Митюков К.А. Курс римского права 3-е изд. Киев, 1912. С. 204-205; Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. М., 2002. С. 84.

объем прав индивида на данную вещь. Титульные права могут подвергаться сравнительной характеристике; в любом споре по поводу вещи достаточно, как правило, доказать наличие «лучшего титула». При разрешении спора абсолютный характер титула выявляется редко, поскольку это не вызывается практической необходимостью, но и в случае определения абсолютного характера титула подобный вывод в значительной степени относителен<sup>1</sup>. Определение абсолютного характера титула имеет практическое значение лишь постольку, поскольку этому понятию в англо-американском праве соответствует понятие права собственности в привычном для континентального права значении этого термина (*ownership*) – как совокупности прав на вещь, достаточной для того, чтобы окружающие имели основания (и необходимость) полагать, что данная вещь принадлежит конкретному индивиду (в системе правовых титулов по отношению к недвижимости выражается в «безусловном неограниченном праве собственности» - *fee simple absolute*).

Традиция англо-американского права не знает исков, аналогичных владельческим искам континентальной системы. Защита владения осуществляется в рамках деликтного права, в первую очередь с использованием категории общего права *trespass* (деликт, правонарушение, выраженное во вторжении в чужое владение). Нарушение владения недвижимостью в большинстве случаев является простейшим деликтом, где не требуется доказательств наличия даже минимального «видимого» вреда, поскольку последнее презюмируется, как, скажем, в случаях нанесения побоев. Подобное общее правило в США было закреплено в прецеденте штата Северная Каролина *Dougherty v. Stepp* 1835 г.: «Каждое неправомочное и тем более незаконное вторжение во владение другого является деликтом. При каждом таком вторжении против воли владельца закон подразумевает наличие какого-либо вреда; за отсутствием иного - выразившегося в вытаптывании травы или кустарника»<sup>2</sup>.

Иск о деликте по отношению к недвижимой вещи предназначен для защиты интересов истца при осуществлении исключительного права владения и пользования землей и произведенными на ней улучшениями. Традиционная формула иска – *quare clausum fregit*: «почему ответчик проник во владение истца»; единственное его условие – вторжение ответчика на землю истца, обычно происходящее на поверхности земли. Вместе с тем установлено, что данный иск распространяется и на случаи вторжения во владение, осуществляемое над или под поверхностью земли.

Проблема соотношения форм вины издавна является одной из основных в англо-американском деликтном праве (старейшее судебное решение,

---

<sup>1</sup> Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. Изд. 3-е, доп. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. С. 144.

<sup>2</sup> Epstein R., Gregory C., Kalven H. *Cases and Materials on Torts*. Boston – Toronto. 1984. P.9.



содержавшее общие правила об основаниях гражданско-правовой ответственности, - the Thorns Case – относится к 1466г.). Значительное внимание уделяется этой проблеме и в современной доктрине. В целом можно сказать, что общим правилом является наступление ответственности при наличии вины ответчика, однако может иметь место ответственность и за невиновные действия. В связи с неприменением в системе общего права принципа генерального деликта вопрос об ответственности решается индивидуально в каждом конкретном случае.

Владение движимыми вещами<sup>1</sup> может быть защищено исками двух видов - trespass for chattels (иск о деликте по отношению к движимой вещи) и conversion (иск о присвоении движимой вещи). Ранние исследования ученых в рамках системы исков общего права были направлены на выяснение отличий между trespass и conversion. В соответствии с установлениями доктрины и судебной практики, в случае предъявления иска о деликте от истца требуется доказать, что он лишен владения вещью ответчиком, при этом вещь находится во владении последнего (латинская формулировка такого нарушения - de bonis asportitis, или «унос» движимой вещи). Такой деликт рассматривается как правонарушение исключительно против владения, так что истец может предъявить иск даже в том случае, когда имеется третье лицо, обладающее лучшим, чем у истца и ответчика, титулом.

В отличие от первого, иск о присвоении движимой вещи может быть предъявлен стороной, которая претендует как на право моментального владения вещью, так и на право собственности на нее. В ряде прецедентов установлено, что в случаях, когда третье лицо является собственником вещи, conversion не допускается, поскольку истец не обладает в отношении предмета спора титулом, достаточным для поддержания такого иска.

Суды с учетом доктринальных взглядов направляли свои усилия на разграничение ситуаций, в которых мог применяться первый или второй иск. Так, исключительно иск conversion был, например, признан допустимым для защиты интересов А против С, когда С лишил владения имуществом В, который ранее получил его от А. Иск trespass неприменим, поскольку во время нарушения, допущенного С, владение осуществлялось В, а иск conversion подходит постольку, поскольку истец А имеет как право на фактическое владение, так и право собственности на предмет спора. С другой стороны, только иск trespass допускается для защиты владения

---

<sup>1</sup> Разделение вещей на движимые и недвижимые в старом английском общем праве производилось не в соответствии с природой вещей, а в зависимости от процедуры реализации права на вещь, в частности, ее отчуждения. Это разграничение имеет, вместе с тем, существенное значение в силу различий в правовом регулировании отношений по поводу движимой и недвижимой собственности.

движимостями, когда нарушение владения не сопряжено с претензией на право собственности на вещь<sup>1</sup>.

Различаются названные иски о защите владения движимостями и по мерам возмещения причиненного вреда. С начала 1600-х гг. в английской доктрине и практике установлено, что истец вправе выбрать более выгодный из двух типов судебного решения, когда оба типа являются допустимыми. Выбор во многих случаях зависит от характера удовлетворения, которое хочет получить истец. Изначально конструкция *conversion* основывалась на теории «принудительной продажи», в соответствии с которой ответчик, завладевший имуществом истца, обязывался купить его по максимальной рыночной цене, даже если сам он хотел вернуть имущество. В наши дни в США это правило смягчено в прецедентах большинства штатов, в частности ответчик, нарушивший владение истца неумышленно, может, как правило, вернуть предмет спора последнему, если вещь не претерпела существенного вреда, оплатив убытки от невозможности использования вещи истцом или расходы на ремонт. Исторически правила возмещения вреда при иске *trespass for chattels* сложились иным образом – здесь размер подлежащих возмещению убытков ограничивается уменьшением стоимости вещи. Ответчик, таким образом, может заставить истца принять вещь обратно, а полная стоимость вещи выплачивается только в случае полного ее уничтожения.

Представляет интерес соотношение в судебной практике стран англо-американской правовой системы традиционных принципов деликтной ответственности *law of torts* общего права и сравнительно нового учения о *restitution* (восстановление в первоначальное положение), имеющего свои истоки, очевидно, в праве справедливости (*law of equity*)<sup>2</sup>. По теории деликта, истец уполномочен лишь на возмещение убытков, непосредственно причиненных нарушением (в континентальном праве – реального ущерба). Реституция, между тем, позволяет возместить ущерб в пределах суммы, равной стоимости аренды имущества, владение которым нарушено ответчиком. Различия между этими мерами могут быть существенными для истца. Например, ответчик использует благоустроенные дороги, проложенные

---

<sup>1</sup> Так, в споре *Fouldes v. Willoughby* 1841 г. был отклонен иск *conversion* истца-пассажира к ответчику-паромщику, нарушение которого состояло в перемещении лошадей истца с парома на берег до начала переправы. В обоснование своей позиции судья заявил, что простой унос движимости без намерения впоследствии извлечь из нее выгоду не является достаточным основанием для иска *conversion*. Ответчик в этом деле в оправдание своих действий утверждал, что перегнал животных с целью принудить истца, чье поведение было ненадлежащим, покинуть паром.

<sup>2</sup> Право справедливости в свое время оказало благотворное влияние на развитие гражданского оборота в странах англосаксонской правовой модели, поскольку применение его норм позволяло преодолевать юридические преграды, установленные устаревшим и формализованным общим правом. Благодаря применению норм права справедливости, правовое регулирование становилось более гибким, что отвечало интересам развивавшегося капиталистического общества.

на участке истца, для вывоза добытого им на своем участке угля. Реальный ущерб, причиненный истцу, в данном случае может быть незначительным, однако значимые суммы (в зависимости от характера действий ответчика) могут быть взысканы посредством требования о применении последствий нарушения условий несуществующего (презюмируемого) контракта в соответствии с учением о *restitution*<sup>1</sup>.

Помимо категории *trespass* владение в странах общего права защищается иском из *nuisance*, т. е. злонамеренного создания неудобств в осуществлении права. Гражданский кодекс штата Калифорния в п. 3479 определяет *nuisance* как «всякое противоправное действие, причиняющее вред здоровью, - несправедливое или преступное по отношению к основам правопорядка или препятствующее свободному использованию собственности, вступая в противоречие с возможностью без помех пользоваться правами личности или собственностью, или незаконно препятствующее свободному использованию в соответствии со сложившимся обычаем пригодных для навигации озер, рек, заливов, каналов, искусственных водоемов или общественных парков, площадей, улиц, проезжих дорог или проезду по ним».

Понятие *nuisance*, сформировавшееся в доктрине достаточно давно, можно проиллюстрировать американскими прецедентами нынешнего столетия. Так, в деле *Puritan Holding Co. v. Holloschitz* (штат Нью-Йорк, 1975 г.) ответчица была признана ответственной за злонамеренное поведение в связи с тем, что отказывалась ремонтировать принадлежащее ей здание в черте города. В делах же *Merriam v. McConell* (штат Иллинойс, 1961 г.) и *Robinson v. Whitelaw* (штат Юта, 1961 г.) суд не стал квалифицировать поведение ответчиков как *nuisance* (в первом случае вред был причинен деревьям, принадлежащим истцу, жуками-вредителями, проникавшими с участка ответчика, во втором – имело место засорение участка истца пылью и грязью после того, как ответчик срезал на своем участке ранее служившие препятствием для грязи полынь и сорняки с целью будущей культивации земли, до того им никогда не предпринимавшейся).

Сравнение в самом первом приближении категорий *trespass* и *nuisance* как способов защиты владения в англо-американском праве позволяет сделать вывод, что различие между ними обусловлено характером нарушения владения: если *trespass* имеет место в случае физического вмешательства, вторжения нарушителя в имущественную сферу пострадавшего, то при *nuisance* имеют место действия, совершаемые в пределах допустимого для деятельности нарушителя пространства, однако создающие помехи управомоченному лицу в осуществлении им своего права. Очевидно, что вторая категория была обязана своим возникновением необходимостью при-

---

<sup>1</sup> Epstein R., Gregory C., Kalven H. Op. cit. P. 560-563.

способить к усложняющимся отношениям гражданского оборота достаточно жесткую конструкцию, свойственную общему праву, в соответствии с которой все нарушения владения трактуются исключительно с точки зрения деликта. Главный вопрос, который судам приходится решать при рассмотрении исков о злонамеренном поведении, это определение часто весьма зыбкой грани между умышленным (в форме прямого или косвенного умысла) поведением ответчика, причинившим вред, и недостаточностью принятых им мер для предотвращения вреда. Определения законодательных актов в соответствии с традицией стран общего права не дают четких критериев для разрешения этой проблемы, отдавая его на откуп судебной практике<sup>1</sup>.

Завершая рассмотрение способов защиты фактического владения, применяемых в англо-американском праве, представляется возможным сделать следующие выводы. Система общего права не имеет аналогов специфичного института владельческой защиты, разработанного в римском праве и континентальной системе, что обусловлено среди прочего и отсутствием в нем деления на частное и публичное, вещное и обязательственное право. Одним из основных методов, которыми руководствуется суд при вынесении решения, является сравнение объема прав спорящих сторон на предмет спора, что неизбежно ставит суд перед необходимостью исследования правового титула каждого из спорящих. Отсутствие в общем праве института, аналогичного владельческой защите континентального права, основной чертой которой является упрощенный ее характер, объясняется также верностью краеугольному принципу *justice before truth* – соблюдение норм, касающихся отправления правосудия, необходимо даже тогда, когда это вредит установлению истины; а также отсутствием практической необходимости в интеграции такого института, благодаря отлаженному веками бесперебойному и оперативному функционированию судебной и судебно-исполнительной систем.

---

<sup>1</sup> В настоящее время в англо-американской системе права законодательство занимает равнозначное положение по сравнению с судебной практикой, однако, во-первых, законы более казуистичны, чем в континентальном законодательстве, имеют стремление приблизиться по конкретике к судебным нормам, а во-вторых, интегрируются в систему источников права только после апробации в судебной практике, что связано со спецификой англосаксонского правового менталитета — доверием к норме, данной законодателем, только после реализации ее в конкретных судебных решениях (в отличие от романо-германской системы применения и толкования действующей нормы в соответствии с принципом *non exemplis sed legibus judicandum est*) не казусы, а законы имеют юридическую силу. - См.: Давид Р. Правовые системы современности. - М., 1989. С. 331.

## **Особенности правовой охраны конкурентной среды в Североамериканской зоне свободной торговли (НАФТА)**

Одной из главных тенденций мирового развития в настоящее время является интеграция государств, основывающаяся на тесном сотрудничестве и приспособлении национальных хозяйств к новым мировым отношениям. Примерами могут служить Европейский Союз (ЕС) в Европе, Южноамериканский общий рынок (МЕРКОСУР) в Южной Америке, Североамериканская зона свободной торговли (НАФТА) в Северной Америке и др.

В настоящее время и страны, придерживающиеся рыночной концепции развития экономики, и интеграционные объединения, в состав которых входят такие страны, исходят из необходимости охраны конкурентной среды на соответствующих рынках. В НАФТА, являющейся предметом рассмотрения настоящей статьи, степень координации правового регулирования охраны конкуренции невысока, что присуще данному этапу экономической интеграции.

Подобно ЕС и МЕРКОСУР в НАФТА положения об охране конкуренции содержатся в учредительном документе – Соглашении о создании североамериканской зоны свободной торговли.<sup>1</sup> В числе основных целей НАФТА, закрепленных в п. b) ст.102(1) указывается установление справедливых условий конкуренции в рамках зоны свободной торговли. Положения главы 15 НАФТА «Конкурентная политика, монополии и государственные предприятия» закрепляют основополагающие принципы,<sup>2</sup> которыми надлежит руководствоваться странам-участницам, и служат конкретизации заявленной цели. Они не направлены на гармонизацию процессуальных правил и выработку общих для стран-участниц стандартов в области охраны конкуренции. Ст. 1501 обязывает каждую из Сторон принимать запретительные меры в отношении антиконкурентного поведения предприятий и предпринимать соответствующие запрещающие действия, а также периодически проводить консультации относительно эффективно-

---

<sup>1</sup> Текст Соглашения о создании Североамериканской зоны свободной торговли см. на оф.с. Секретариата НАФТА <http://www.nafta-sec-alena.org>

<sup>2</sup> Именно такой терминологией предпочитают пользоваться американские юристы. – См, например, Regional Cooperation Arrangements. // Antitrust Division of International Competition Policy Advisory Committee: Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust. Annex 1-C. U.S. Experience With International Antitrust Enforcement Cooperation // <http://www.usdoj.gov>

<http://www.usdoj.gov/atr/icpac/1c.htm>; Fox, Eleanor M., et al., Report of the Task Force of the American Bar Association Section of Antitrust Law on the Competitive Dimensions of NAFTA (KDZ944 .R46 1994).

сти предпринимаемых мер. Признавая важность кооперации и координации правоприменительной деятельности антимонопольных органов, Сторонам надлежит сотрудничать, взаимно оказывать правовую помощь, производить соответствующие уведомления, проводить консультации и обмениваться информацией, касающейся применения конкурентного законодательства и политики, проводимой в сфере охраны конкуренции. Ни одна из Сторон не вправе уклониться от разрешения возникающих на основании положений указанной статьи споров.

В рамках реализации полномочий Рабочей группы НАФТА по торговле и конкуренции (РГ учреждена согласно положениям ст. 1594 НАФТА в составе представителей стран-участниц НАФТА) по представлению Комиссии свободной торговли (Free Trade Commission - образована согласно ст. 2001 НАФТА<sup>1</sup>) последняя в течение пяти лет с момента вступления в силу НАФТА должна была высказаться относительно дальнейшего плана работ по вопросам взаимодействия на уровне законодательства в сфере охраны конкуренции стран-участниц НАФТА, политики и торговли между странами-участницами в форме докладов или рекомендаций. Вплоть до настоящего времени члены Рабочей группы НАФТА предпочитают не использовать НАФТА для углубления трансграничной политики в сфере охраны конкуренции, поэтому никаких практических результатов деятельности Рабочей группы пока не достигнуто.

Согласно положениям ст. 1502 НАФТА ничто в настоящем Соглашении не служит препятствием установлению монополии. Согласно ст. 1505 «установливать» (designate) означает учреждать, установливать или санкционировать либо расширять сферу деятельности уже существующей монополии за счет включения в круг ее деловых интересов дополнительных товаров или услуг позднее даты вступления в силу НАФТА; «монополия» означает предприятие, в том числе консорциум или правительственное агентство, которые на любом соответствующем рынке в пределах территории любой из Сторон являются единственным поставщиком или покупателем товаров или услуг, но не распространяется на предприятия, получившие исключительные права интеллектуальной собственности единственно в силу такого факта. В случае, когда Сторона намеревается установить монополию и это может затронуть интересы субъектов, имеющих связь с другой Стороной, первой надлежит, как только представится возможность, предоставить другой Стороне предварительное письменное уведомление об установлении монополии и приложить в момент установ-

---

<sup>1</sup> Комиссия работает в составе представителей каждой из сторон в ранге министра или назначенного последним лица. Комиссии надлежит осуществлять надзор за исполнением настоящего Соглашения и его дальнейшей доработкой; разрешать споры, которые могут возникнуть в ходе его толкования или применения; контролировать работу всех созданных согласно положениям Соглашения и означенным в Приложении 2001.2 комитетов и рабочих групп и решать иные вопросы, которые могут повлиять на действие настоящего Соглашения (ст. 2001 НАФТА).

ления монополии все усилия для того, чтобы в результате ее деятельности были минимизированы или упразднены в смысле Приложения 2004 «Нуллификация и умаление полученных преимуществ» к ст. 2004 НАФТА «Ходатайство о начале процедур урегулирования споров»<sup>1</sup> любые отрицательные последствия или умаление полученных преимуществ. Каждой из Сторон надлежит гарантировать посредством осуществления регулятивного и административного надзора и контроля, а также путем принятия иных мер, что *действия любой устанавливаемой ею частной монополии* (а) не являются несовместимыми с обязательствами, взятыми на себя каждой из Сторон НАФТА в случаях, когда такая монополия наделяется Правительством регулятивными, административными или иными присущими только ему полномочиями в связи с деятельностью осуществляемой в отношении какого-либо товара или услуги, например, полномочиями в сфере выдачи импортных или экспортных лицензий, одобрения коммерческих транзакций или выдачи квот, уплаты взносов или иных выплат; (b) в рамках условий ее установления, не являющихся несовместимыми с пп. (c) и (d) настоящей статьи, осуществляются при покупке или продаже товаров или услуг монополии на соответствующем рынке (под рынком понимается географический и товарный (commercial) рынки – ст. 1505) применительно к цене, качеству, доступности, товарным качествам (marketability), транспортировке и иным условиям купли-продажи в соответствии с обычной деловой практикой частного предприятия в соответствующей сфере коммерческой или производственной деятельности (in accordance with commercial considerations - ст. 1505); (c) служат целям недискриминации капиталовложений инвесторов, товаров и поставщиков услуг других Сторон при покупке или продаже ими на соответствующем рынке товаров или услуг таковой монополии. «Недискриминация» согласно ст. 1505 означает применение национального режима и режима наибольшего благоприятствования в русле соответствующих положений настоящего Соглашения; (d) не направлены на использование ее монопольного положения прямо или косвенно, в том числе посредством сделок с материнской, дочерней или ины-

---

<sup>1</sup> Согласно данной статье и Приложению к ней положения главы 20 НАФТА «Институциональные соглашения и процедуры по урегулированию споров» (Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures) ... в случае если одна из Сторон полагает, что проводимые или предлагаемые к проведению другой Стороной меры являются или будут несовместимы с обязательствами, принятыми сторонами в силу заключения настоящего Соглашения или явятся причиной нуллификации или существенного умаления в смысле Приложения 2004, применяется процедура урегулирования споров, предусмотренная настоящей главой. Согласно Приложению 2004, если Сторона полагает, что преимущества, наступления которых она могла разумно ожидать вследствие применения Части 2 (Торговля товарами), Части 3 (Технические барьеры торговле), Главы 12 (Трансграничная торговля услугами) или Части 6 (Интеллектуальная собственность) нуллифицируются или умаляются вследствие применения любых мер, несовместимых с положениями настоящего Соглашения, Сторона вправе ходатайствовать о начале процедуры урегулирования споров согласно положениям главы 20 НАФТА.

ми компаниями, принадлежащими одному и тому же субъекту, в антиконкурентных действиях на немонополизированном рынке в пределах ее территории, если это окажет неблагоприятное воздействие на капиталовложения инвесторов другой Стороны, в том числе посредством дискриминации со стороны монополии, перекрестного субсидирования или хищнического поведения. Согласно ст. 1505 «дискриминация» означает более благоприятное обращение по отношению к (а) материнской, дочерней или иными компаниями, принадлежащими одному и тому же субъекту чем к неаффилированным компаниям и (b) одной из нескольких разновидностей предприятий, находящихся в сходных обстоятельствах.

Поскольку НАФТА создана для достижения экономической интеграции на уровне зоны свободной торговли, положения рассматриваемого Соглашения не направлены в настоящее время на выработку общих для стран-участниц стандартов в области охраны конкуренции, как, например, в МЕРКОСУР или ЕС.

*Василенко О.А.*

*Научный руководитель – д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

### **Основные модели корпоративного управления**

На настоящий момент единого понятия термина “корпоративное управление” не существует. Различные исследователи, в зависимости от методов, используемых при изучении этого понятия, определения отражают ту или иную сторону корпоративного управления. Многообразие определений признает и Федеральная служба по финансовым рынкам РФ, публикуя на своем официальном сайте несколько вариантов определений:

1) система отчетности перед акционерами лиц, которым доверено текущее руководство компанией;

2) способ управления компанией, который обеспечивает справедливое и равноправное распределение результатов деятельности между всеми акционерами, а также иными заинтересованными лицами;

3) комплекс мер и правил, которые помогают акционерам контролировать руководство компании и влиять на менеджмент с целью максимизации прибыли и стоимости предприятия;

4) система взаимоотношений между менеджерами компании и их владельцами по вопросам обеспечения эффективности деятельности компании и защите интересов владельцев, а также других заинтересованных сторон<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Корпоративное управление: история и практика. // [http://www.fcsm.ru/catalog.asp?ob\\_no=8642](http://www.fcsm.ru/catalog.asp?ob_no=8642)



В нормативных актах и многочисленных доктринальных источниках, посвященных исследованию понятия корпоративного управления можно найти и другие определения

Отсутствие однозначного подхода к дефиниции корпоративного управления делает невозможным существование единственного определения и такого понятия как “модель корпоративного управления”.

Оно может быть раскрыто через функциональный блок (элемент) корпоративного управления, включающий в себя “инструментарий деятельности, ее направления, средства и меры”<sup>1</sup>.

Под моделью корпоративного управления можно понимать систему управления акционерными обществами, основанная на осуществлении определенным рыночным институтом корпоративного контроля, под которым понимается возможность собственников определять принятие управленческих решений и осуществлять контрольные функции<sup>2</sup>.

Модель корпоративного управления это структура управления акционерными обществами, которая имеет определенные характеристики и составляющие элементы, отличающие ее от структур других стран<sup>3</sup>.

Иногда для обозначения способа организации корпоративного управления вместо термина “модель” применяют категории “тип” или “система”.

Обособление различных моделей корпоративного управления происходит вследствие различных отношений собственности, форм и методов их регулирования. Различие моделей корпоративного управления в конкретной стране определяется, прежде всего, законодательством, регулирующим корпоративные отношения, историческим опытом и особенностями формирования структур управления, экономическими факторами, менталитетом граждан государства, участвующих в корпоративных отношениях.

Таким образом, можно говорить о том, что система управления акционерными обществами в отдельном государстве имеет определенные отличительные характеристики и элементы, которые образуют в каждом случае собственную национальную модель корпоративного управления.

Несмотря на это, можно выделить общие признаки, присущие нескольким группам национальных моделей корпоративного управления. Так выделяют основные сложившиеся и доминирующие в мире модели корпоративного управления: американскую (англо-американскую, англосаксонскую), германскую (западноевропейскую, континентальную) и

<sup>1</sup> Долинская В.В. Акционерное право: основные положения и тенденции. – М. С. 422.

<sup>2</sup> Логвинов С.А., Батаева Б.С. Тенденции формирования российской модели корпоративного управления. // Вестник Финансовой академии. – 2000. - №3. // [http://www.vestnik.fa.ru/3\(15\)2000/2.html](http://www.vestnik.fa.ru/3(15)2000/2.html)

<sup>3</sup> Мерззликина Г.С., Передунова С.В. Корпоративное управление. // [http://www.smartcat.ru/catalog/con\\_141\\_5.shtml](http://www.smartcat.ru/catalog/con_141_5.shtml)

японскую. Вместе с тем, всегда существуют различия между национальными моделями корпоративного управления, относимых к одному из основных типов корпоративного управления.

Некоторые авторы в зависимости от характера методов, внешнего или внутреннего, выделяют аутсайдерскую и инсайдерскую модель<sup>1</sup>.

Рассмотрим основные черты каждой из основных моделей корпоративного управления.

### **Англо-американская модель**

Модель, также именуемая аутсайдерской, используется в США, а также распространена в таких странах, как Великобритания, Канада, Новая Зеландия, частично Австралия. Модель построена на рыночных механизмах саморегулирования экономики. Доля государственной собственности низка, вмешательство государства в процесс организации производства и управления незначительно, предпринимательская активность достаточно высокая.

Отличительными признаками и характерными чертами данной модели являются:

1) Распыление акционерного капитала между независимыми индивидуальными и институциональными инвесторами, которые не связаны с корпорацией никакими другими отношениями, помимо собственно отношений участия в акционерном капитале (так называемые внешние акционеры или аутсайдеры);

2) Разделение контроля и владения со стороны акционеров, управляющих и совета директоров. Приоритет при принятии решений отдается интересам акционеров, которым гарантируется право контролировать компанию. Совет директоров и менеджмент подотчетны акционерам. Вся модель управления строится на принципе приоритета прав акционера;

3) Управляющая роль принадлежит наемным менеджерам. Основная проблема - построение системы контроля над действиями менеджеров и систему их вознаграждения, чтобы минимизировать риски их поведения в собственных интересах, которое смогло бы ущемить права акционеров<sup>2</sup>;

4) Четко разработанная законодательная база, определяющая права и обязанности акционеров, совета директоров и управляющих;

5) Модель основана на раскрытии информации компанией. Разработаны детальные правила обеспечения инвесторов наиболее полной информацией, создание равного доступа к информации как для внутренних, так и для внешних инвесторов. Одну из основных ролей в

---

<sup>1</sup> Логвинов С.А., Батаева Б.С. Цит. соч.

<sup>2</sup> Корпоративное управление в современной России: Опыт и перспективы. - Национальный совет по корпоративному управлению. - М., 2007. С.72.

контроле играют внешние механизмы - фондовые рынки, которые определяют требования по листингу, а также содержат правила раскрытия информации;

б) Сравнительно высокая доля враждебных слияний и поглощений по сравнению с Японией и европейскими странами. Агрессивное поглощение является средством наиболее серьезного воздействия на представителей менеджмента, которые явно неэффективно управляют хозяйственными операциями. При этом перехват контроля может осуществляться не только путем открытых конкурентных торгов, на которых продается стратегический пакет акций, но и путем осуществления закрытых частных сделок<sup>1</sup>.

### **Германская модель корпоративного управления**

Данная модель корпоративного управления именуется также инсайдерской и распространена в Германии, Нидерландах, Франции, Скандинавских странах, частично в Бельгии и Австрии. Ее характеризуют следующие черты.

1) Концентрированный характер собственности, при котором группы акционеров сравнительно малы по составу. При этом они являются внутренними акционерами или инсайдерами, представляющими работников компаний, семьи, банки, иные финансовые институты, других корпоративных собственников, которые действуют через холдинговые компании или через механизм перекрестного владения акциями. Акционеры хорошо знают друг друга и поддерживают с компанией отношения, выходящие за рамки только финансовых инвестиций;

2) Большую роль играют банковские структуры, выступая одновременно как кредиторы компании и ее акционеры. Банки активно участвуют в совете директоров, имеют возможность блокировать изменения в учредительных документах компании, тем самым препятствуя распылению акционерного капитала;

3) Мотивация приобретения акций иная, нежели в аутсайдерской модели. Основная цель - участие в контроле и обеспечение стабильности и результативности деятельности организации, а не на частоту и уровень выплачиваемых дивидендов;

4) Фондовый рынок играет в контроле меньшую роль, чем в аутсайдерской модели корпоративного управления. Контроль за деятельностью компании осуществляется с использованием внутренних связей между сторонами корпоративных отношений;

5) Основной конфликт возникает между акционерами, которые владеют контролирующим пакетом акций и миноритарными акционерами;

---

<sup>1</sup> Радыгин А.Д., Энтов Р.М., Межеераупс И.В. Особенности формирования национальной модели корпоративного управления. Научные труды № 55Р - Институт экономики переходного периода. - М., 2003. С. 19.

б) Компания представляет собой сложную организацию, действующую в интересах широкого круга лиц (stakeholders), к которым относятся различные группы: акционеры, менеджеры и другие наемные работники, поставщики, потребители, местное сообщество, общественные организации, государство.

### **Японская модель корпоративного управления**

Японская модель в общих чертах похожа на германскую модель. В связи с чем, ряд авторов объединяет эти две модели корпоративного управления в одну - японо-германскую модель<sup>1</sup>.

Одной из особенностей корпоративного управления японского типа является то, что крупные акционеры готовы получить меньший текущий доход в целях большей стабильности компании и приобретения других выгод из сотрудничества в рамках группы. Финансовые учреждения оказывают поддержку компаниям, входящим в состав группы, придавая тем самым эти компаниям большую устойчивость в случае неожиданного ухудшения конъюнктуры. Такая поддержка предполагает и перераспределение дополнительного дохода в пользу банка-акционера<sup>2</sup>.

Менеджеры японских компаний больше защищены от влияния инвесторов, чем их американские коллеги. Однако в отношении менеджмента не распространены практика применения опционов, а также материального поощрения в случае увеличения стоимости компании. При заметном ухудшении финансового состояния компании велика вероятность смещения управляющих.

Также ряд исследователей отмечает некоторые складывающиеся модели корпоративного управления, такие как латиноамериканскую и африканскую, а также модели корпоративного управления, присущие странам с переходной экономикой. Их отличительными особенностями являются силовые методы вмешательства государства в экономику, отсутствие грамотного менеджмента, коррупция, криминализация, неразвитость трудовых отношений. Указанные модели включают в себя элементы основных типов корпоративного управления с учетом индивидуальных особенностей страны или региона.

---

<sup>1</sup> Долинская В.В. Акционерное право: основные положения и тенденции. - М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 423.

<sup>2</sup> Радыгин А.Д., Энтов Р.М., Межераупс И.В. Цит. соч. С. 12.

*Вейцман Джамиля,  
(Московская государственная юридическая академия)  
Научный руководитель – д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

## **Становление корпоративного законодательства США**

Взгляд на корпорации как на некое «искусственное образование» (artificial entity) или «правовую фикцию» (legal fiction) утвердился в США еще в начале XIX века. В Англии в то время большинство юристов придерживались «контрактной» теории фирмы, по которой в качестве субъектов права могли выступать только физические лица. Как писал В. Браттон, «на начальной стадии развития корпораций американская практика в этой сфере достигла гораздо более высокого уровня, чем где-либо в Европе того времени»<sup>1</sup>, а затем теория правовой фикции распространилась по Европе<sup>2</sup>. Утвердившись в теории и на практике, такой взгляд существенно упростил и облегчил формирование предпринимательских корпораций в Соединенных Штатах.

Первым единую статистику корпораций по отдельным штатам осуществил Дж. Хебертон Эванс. Он отметил четко выраженную цикличность в динамике корпораций. Так, в Нью-Йорке первая волна создания корпораций началась в 1805 г. и закончилась в 1820 г. Высшая точка была достигнута в 1814 г. – 68 корпораций. В Пенсильвании она началась в 1809 г., закончилась в 1821 г., а высшая точка – в 1814 г. (69 корпораций). В Мэриленде волна началась в 1805 г., закончилась в 1820 г., пик пришелся на 1816 г. (23 корпораций). При этом корпорации в штатах Джорджии и Огайо не носили конкретно выраженной волнообразной формы. В общем-то, и в штатах, где цикличность была более наглядна, при внимательном рассмотрении обнаруживается наличие не одной волны, а нескольких. В Мэриленде первая микроволна дошла до высшей точки в 1805 г. (10 корпораций), вторая – в 1810 г. (11 корпораций), третья – в 1816 г. (23 корпораций). В Нью-Джерси первая микроволна достигла пика в 1804 г. (12 корпораций), вторая – в 1811 г. (11 корпораций), третья – в 1815 г. (13 корпораций). В Пенсильвании первая микроволна была в 1804 г. (14 корпораций), вторая – в 1807 г. (9 корпораций), третья – в 1811 г. (17 корпораций), четвертая – в 1814 г. (69 корпораций), пятая – в 1817 г. (23 корпораций), шестая – в 1819 г. (24 корпораций).

Начало XIX в. характерно для корпоративного процесса в США тем, что предпринимательские корпорации рассматривались как орудие сосре-

---

<sup>1</sup> Bratton W. The New Economic Theory of the Firm: Critical Prospectives from History. // Stanford Law Review, 1989, № 41, p. 1484-1485.

<sup>2</sup> Хохлов Е.Б., Бородин В.В. Понятие юридического лица: история и современная трактовка. // Государство и право. – 1993. - № 9. - С. 153.

доточения частных капиталов для осуществления программ внутренних улучшений в штатах. Создавались они в основном для строительства дорог, каналов, мостов. Это и подразумевало определяющую роль государства в учреждении и деятельности корпорации. Корпорации считались искусственными образованиями в том смысле, что они создавались не как результат действий учредителей, а путем издания специальных законодательных актов, наделяющих корпорации по очереди, одну за другой, определенными правами<sup>1</sup>.

Вскоре после того, как Мартин Ван Бурен в 1837 г. сменил Эндрю Джексона на посту президента США, сразу два штата приняли общие законы о регистрации предпринимательских корпораций, или «об инкорпорациях», – Пенсильвания в 1836 г. и Коннектикут в 1837 г. В штате Нью-Йорк, принявшем закон, регламентирующий процесс создания корпораций, в 1811 г. (Act of Mar. 22, 1811), местные законодатели стремились, кроме того, снизить зависимость своего штата от британского импорта. Законы же Пенсильвании и Коннектикута были приняты с целью уравнивать в правах всех лиц, желающих вести бизнес в корпоративной форме. Именно эти законы ознаменовали начало эпохи «общей» инкорпорации. Штат Пенсильвания своим законом разрешил создание корпораций «без получения специальной хартии для изготовления или производства железа из сырья с использованием кокса или каменного угля»<sup>2</sup>. Штат Коннектикут законом разрешил создание корпораций «без получения специальной хартии при ведении любого вида производственного, горного бизнеса, деятельности по разработке карьеров и других видов законного бизнеса»<sup>3</sup>.

Во второй трети XIX в. в праве утвердилось представление о необходимости более жесткого контроля над корпорациями со стороны государства. В итоге корпорации приобрели еще больше свободы от вмешательства государства. На протяжении 40-х годов XIX века еще 6 штатов приняли общие законы о корпорации – штат Висконсин, разрешивший в 1849 г. инкорпорацию «с целью ведения производственной деятельности, горных работ, лесоразработки, сельскохозяйственного, машиностроительного, или химического бизнеса»<sup>4</sup>, штат Айова, в 1847 г. разрешивший инкорпорацию для «любого бизнеса, который в соответствии с законом разрешено вести в форме генерального товарищества, включая создание паромных переправ, строительства железных дорог, и других работ по внутренним усовершенствованиям»<sup>5</sup>, штат Луизиана, разрешивший в 1848 г. создание корпораций для ведения многих видов бизнеса, включавших

---

<sup>1</sup> Friedman L. A History of American Law, 1985, p. 188-191.

<sup>2</sup> Act of June 16 1836, ch. CCCLX Pennsylvania Laws 746.

<sup>3</sup> Act of June 10, 1837, tit. XIV, ch. LXII, § 1, Connecticut General Statute § 1 (1837).

<sup>4</sup> Wisconsin Statute, ch. 51, § 1, 1849.

<sup>5</sup> Act of Feb. 22, 1847, ch. LXXXI, § 1, 1847 Iowa Acts 101.

«производство, горное дело, строительство, страхование, литейное дело, переработку сахара», но в тоже время инкорпорация была запрещена «для ведения сельскохозяйственного, комиссионного, брокерского бизнеса, торговли акциями, агентской и бартерной деятельности»<sup>1</sup>, штат Мичиган, разрешивший в 1846 г. создание корпораций «для горного дела и производства железа, меди и других материалов»<sup>2</sup>, штат Огайо, разрешивший в 1846 г. инкорпорацию «для производства или горного дела»<sup>3</sup>, штат Нью-Джерси, в 1846 г. разрешивший создание корпораций «для любого производства, не запрещенного законом»<sup>4</sup>. В 50-г. XIX века к ним присоединились еще 15 штатов. В итоге к 1875 г. почти все штаты США приняли general incorporation laws. С этого момента любому желающему учредить корпорацию нужно было лишь представить в регистрационный орган документы, подтверждающие выполнение условий, предъявляемых законом к вновь создаваемой корпорации.

В то время не ослабевал ажиотаж по строительству шоссейных дорог. Во многом учредительский бум в строительстве дорог с твердым покрытием – следствие железнодорожного бума. В свою очередь «железнодорожная мания» охватила сначала южные регионы, а вскоре и центральные штаты. Каждая часть системы железных дорог строилась частными корпорациями. Для постройки железной дороги практически во всех штатах требовалось утверждение хартии в законодательном порядке. Каждая железнодорожная корпорация на ограниченной территории владела монопольным статусом. В хартии железнодорожных корпораций включались многочисленные ограничения и условия, позволявшие властям иметь определенные рычаги давления на монополиста в случае нарушения интересов общества. Железные дороги в США в середине XIX века строились без единого общегосударственного проекта, что в условиях острой конкуренции между железнодорожными компаниями приводило к отрицательным экономическим последствиям. В частности, не существовало единого стандарта на ширину колеи, поэтому, чтобы переправить груз или пассажиров на большое расстояние требовалось постоянно менять транспортные составы на границе участка, регулируемого одной компанией, чтобы продолжить путь по следующему участку железной дороги, которым владела уже другая.

Строительство железных дорог приносило колоссальные доходы их владельцам. Железнодорожные магнаты становились и крупными землевладельцами, получая от федерального правительства в собственность большие земельные площади. За вторую половину XIX в. железнодорож-

---

<sup>1</sup> Act of Mar. 16, 1848, No. 100, § 1, 1848 Louisiana Acts 70.

<sup>2</sup> Act of May 18, 1846, No. 148, § 1, 1846 Michigan Pub. Acts 265.

<sup>3</sup> Act of Feb. 9, 1846, ch. 29, § 80, 1846 Ohio Laws 224.

<sup>4</sup> Act of Feb. 25, 1846, 1846 New Jersey Laws 64.

ным компаниям было отдано 242 тысячи квадратных миль земли, что превышало территорию Германии и Франции, вместе взятых. До кризиса 1873 года в железнодорожный бизнес было вложено 3 миллиарда долларов.

Одно из главных преимуществ предпринимательской корпорации состоит в подвижности ее капитала. Она обеспечивается, прежде всего, тем, что капитал корпорации существует не только в физической форме, но и в фиктивной – в форме акций. С 40-х годов курсы акций стали публиковать в газетах, что свидетельствовало о росте популярности акций как средства помещения капиталов<sup>1</sup>. Основными держателями акций оставались банки и состоятельные люди. Приобщению рядового американца к рынку ценных бумаг способствовала Гражданская война. Федеральное правительство для покрытия чрезвычайных расходов прибегло к выпуску казначейских облигаций. Была создана система национальных банков – главных потребителей казначейских облигаций. Этого было недостаточно, и тогда с революционным предложением выступил банкир из Филадельфии Джей Кук. Он начал шумную рекламную кампанию по всей стране. Покупателям предлагались различные льготы и скидки при покупке облигаций. Эта кампания начала приносить плоды уже весной 1863 г., а всего до конца войны было продано облигаций на сумму около 830 млн. долларов. Кук был назван «казначеем Гражданской войны»<sup>2</sup>. Его работа действительно дала американцам первый навык работы с ценными бумагами. Таким образом, Гражданская война стала важным этапом в развитии рынка ценных бумаг. И хотя главным товаром на нем оставались казначейские облигации, он был подготовлен к массовым продажам акций предпринимательских корпораций в послевоенный период.

К концу века законодательство о корпорациях в штатах стало настолько разным, что открывало перед учредителями небывалые возможности для выбора места регистрации будущей компании. Так, чтобы зарегистрировать компанию в Делавэре, достаточно было зарегистрировать учредительные документы в офисе секретаря штата. В Алабаме и на Аляске необходимо было зарегистрировать в одном из графств, а затем и в офисе секретаря штата. Во Флориде нужно было просить разрешение на регистрацию у губернатора штата, в Мэне и Миссури – у прокурора штата. В Северной Каролине нужно было зарегистрировать компанию у клерка суда графства. Разными были сборы и платежи с корпораций. В Алабаме при регистрации нужно было платить 1 доллар с каждой тысячи долларов учредительского капитала, по 15 центов за каждую строчку регистрационного сертификата, 2,5 доллара за проверку, 50 центов за регистрацию в офисе

---

<sup>1</sup> Chandler, Alfred. *The visible Hand*. P. 91-92; Salisbury, Stephen. *The State, the Investor, and the Railboard*. Boston&Albany. 1825-1867. Cambridge, 1967. P. 94.

<sup>2</sup> Селигмен, Бен. *Сильные мира сего. Бизнес и бизнесмены в американской истории*. - М., 1976. С. 120-121.



секретаря штата. В Делавэре же нужно было заплатить при регистрации 10 центов с каждой тысячи долларов учредительского капитала и по 2 цента за каждую строчку регистрационного сертификата<sup>1</sup>.

Но при этом разнообразии корпоративное право в штатах стало в целом более либеральным. Только в 11 штатах требовалось, чтобы учредители корпорации проживали в данном штате, 33 штата не ограничивали никак сферу деятельности предпринимательских корпораций, только 10 штатов устанавливали сумму минимально необходимого учредительского капитала, в 23 штатах срок деятельности корпораций был неограниченным, вслед за Нью-Джерси еще 38 штатов разрешили корпорациям «держат» акции других компаний, только в 2-х штатах закон требовал, чтобы офис корпорации находился в «материнском» штате. Г. Ховенкэмп писал: «К концу XIX века в США учредить компанию стало легче, чем начать бизнес»<sup>2</sup>.

В конце XIX в. федеральная власть по-прежнему мало влияла на бизнес-процессы в стране. Несмотря на конституционную обязанность регулировать торговлю между штатами, лишь к 1887 г. федеральным правительством была предпринята первая попытка поставить под контроль железнодорожный бизнес. Конгрессом был принят Межштатный транспортный закон (Interstate Commerce Act of 1887), который устанавливал требования к постройке и оперированию железных дорог на территории всей страны. А в 1890 г. появился на свет антитрестовский закон Шермана (Sherman Antitrust Act), который запретил сговор между конкурентами и злоупотребление доминирующим положением. Однако закон Шермана оказался непригодным для применения, так как содержал очень неясные пространственные нормы, которые нуждались в детальном судебном толковании. Лишь в 1912 г. Верховный Суд США впервые вынес решение о запрете слияния двух компаний, применив закон Шермана. До этого штаты обходились своими антимонопольными нормами, по большому счету, игнорируя федеральный закон. Это лишь подчеркивает, что правовое регулирование создания и деятельности корпораций в конце XIX века по-прежнему оставалось прерогативой штата.

В трактовке природы предпринимательской корпорации окончательно утвердилось представление о ней как разновидности частного контракта. Этому способствовало распространение Верховным Судом на них гарантии, закреплённой в XIV поправке к Конституции США. Стремление каждого штата удержать «свои» корпорации от их возможного теперь «побега» в другой штат привело к быстрой либерализации корпоративного права в штатах. Либерализация корпоративного права совпала в последней

---

<sup>1</sup> Sullivan, John J. American Corporation. The Legal Rules Governing Corporate Organization and Management With Forms and Illustrations. N. Y., 1919. Appendix A.

<sup>2</sup> Hovenkamp, Herbert. Enterprise and American Law. Cambridge, 1991. p. 37.

трети XIX века с тенденцией к упорядочению конкуренции в американской промышленности. Легальной формой осуществления этого стала консолидация компаний отрасли, поскольку пулы и тресты были запрещены. На рубеже веков этот процесс приобрел взрывообразный характер. Произошла корпоративная революция, предпринимательские корпорации стали ведущей силой в американской экономике, основной формой ведения крупного бизнеса.

Отличительной особенностью американской экономической истории является гораздо большее распространение предпринимательских корпораций. Уже в начале XIX века в США было больше компаний, чем во всей Европе. В 1840 г. во Франции было 260 корпораций, в Англии в 1844 г. – 994. В США не было федеральной регистрации корпораций, поэтому на сегодняшний день есть данные только об их учреждении. К 1840 г. только в 8 штатах было учреждено 4 796 корпораций. Если учесть, что не все зарегистрированные компании начинали бизнес, то их все равно было больше на порядок, чем в Европе. Такое соотношение позже почти не изменилось. Гораздо более либеральным было и американское корпоративное право. В Германии, к примеру, по закону об акционерных обществах 1884 г. для их регистрации устанавливались гораздо более жесткие условия. Закон требовал выплаты подписчиками всей подписанной суммы и не рассматривал ограниченную ответственность акционеров как обязательное их право. Акции при этом могли выпускаться номинальной стоимостью не менее 1000 марок (240 долл.), что резко ограничивало круг потенциальных акционеров. Каждое акционерное общество было обязано иметь резервные фонды в размере 10 % уставного капитала, представлять обязательные годовые отчеты, а для управления им помимо совета директоров создавался еще и наблюдательный совет<sup>1</sup>.

Более раннее превращение американских предпринимательских корпораций в ведущую силу экономики во многом было обусловлено ее масштабами и особенностями развития бизнеса. Вместе с ростом масштабов бизнеса повышался предпринимательский риск. Корпорация не только создавала возможность для ведения большого бизнеса, она была средством раздела предпринимательского риска. Господство же мелкого и среднего бизнеса в основных отраслях европейской экономики, семейный по преимуществу его характер были существенным препятствием для быстрого развития этого института.

Важным фактором становления института предпринимательской корпорации в США был федеративный характер американского государства. В отличие от европейских стран, где право учреждать и регистрировать корпорации и акционерные общества принадлежало исключительно цен-

---

<sup>1</sup> Evans, G. Heberton.Jr. Business Incorporation in the US. 1800-1943. P. 12.

тральной власти, в США, несмотря на то, что федеральное правительство закрепило за собой право на инкорпорацию, пользовалось оно им только в экстремальных случаях. Предпринимательские корпорации учреждались и учреждаются в США почти исключительно штатами. Это не только облегчило процесс учреждения корпораций. Открылись более широкие возможности для экспериментов и взаимного обогащения опытом в развитии корпоративного права. В конце XIX века именно дух соперничества между штатами в деле либерализации этого права сделало его самым либеральным в мире.

Корпоративной революции способствовало и то, что в США единственной формой ограничения конкуренции стало слияние и поглощение конкурирующих фирм, все другие формы были объявлены незаконными. В Германии картели (пулы) были вполне легальными, и именно они стали главной формой регулирования конкуренции. В картели могли входить и акционерные общества, и единовладелецские фирмы, и товарищества. Становление новых форм конкурентной борьбы в США потребовало преобразования единовладелецских фирм и товариществ в корпорации. В Германии оно не привело к изменению соотношения между единовладелецскими фирмами, акционерными обществами и партнерствами, в США оно привело к корпоративной революции.

Важно подчеркнуть, что утверждение корпорации в качестве основной формы ведения крупного бизнеса было, по существу, перенесением в бизнес привычных для американцев норм демократической общественной жизни. Хартия корпорации выглядела как аналог конституции, власть в корпорации принадлежала, как и во всем государстве, выборным должностным лицам. Все акционеры, как и граждане США, имели равные права и обязанности. Корпорация в сущности была «миниреспубликой», что повышало притягательность этого института в глазах американцев и способствовало ее легитимизации.

Таким образом, корпоративная форма стала важнейшим институциональным нововведением в сфере организации бизнеса в США в XIX веке.

*Заман Ш.Х.*

*Научный руководитель - к.ю.н., доцент Ульянищев В.Г.*

### **Защита персональных данных в Германии, Италии и Франции (цивилистический аспект)**

Эра развития компьютерных технологий породила возникновение нового юридического понятия – персональные данные.

В настоящее время под персональными данными понимается любая информация, относящаяся к идентифицируемому лицу. Данное определение закреплено на международном уровне, в Конвенции о защите личности в связи с автоматической обработкой персональных данных (ETS No. 108) 1981 года.

Надо отметить, что ученые считают указанное определение не слишком удачным в виду его широты и неопределенности. Руководствуясь данной дефиницией, нельзя понять, какая информация относится к персональным данным, а какая таковой не является и не требует специального правового регулирования.

Однако, ведущие европейские государства (Германия, Италия, Франция), а также Россия<sup>1</sup>, присоединившиеся к указанной выше Конвенции, воплотили данное определение в своих национальных законах о персональных данных.

Ввиду того, что персональные данные позволяют довольно четко идентифицировать личность человека (получить весьма исчерпывающее представление о нем), существует серьезная угроза того, что кто-то может воспользоваться последними с намерением причинить вред лицу, к которому они относятся (использовать его данные для получения каких-либо благ, причитающихся его владельцу либо в для шантажа и т.д.).

В целях предотвращения таких возможностей законодателями во многих европейских странах, а также в Северной Америке еще 30 лет назад был выработан соответствующий юридический механизм – право на защиту персональных данных.

В целом под защитой права понимают деятельность по устранению препятствий на пути осуществления субъективных прав<sup>2</sup>. Защита прав включает в себя меры ответственности и так называемые меры защиты.

Защита персональных данных представляет собой деятельность уполномоченных субъектов по обеспечению надлежащих условий сбора, хранения и обработки персональных данных, которые препятствуют их разглашению неуправомоченным лицам, а также обеспечивают реализацию прав граждан в отношении их персональных, предусмотренных международными договорами и национальными законами о персональных данных.

Единообразные подходы и стандарты защиты персональных данных установлены в уже упомянутой Конвенции о защите личности в связи с автоматической обработкой персональных данных (ETS No. 108) 1981 года.

---

<sup>1</sup> 25 ноября 2005 г. Государственная Дума ратифицировала Конвенцию Совета Европы «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных»

<sup>2</sup> Вершинин А.П. Меры защиты субъективных прав по гражданскому законодательству. // Проблемы совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав. - Ярославль: Ярослав. Гос. Ун-т, 1988.- С. 39.

Данной Конвенцией закреплены следующие принципы защиты персональных данных:

1) предоставление любому лицу права быть осведомленным о существовании базы персональных данных, ее главных целях, и ее юридическом адресе;

2) предоставление лицу возможности периодически и без лишних затрат времени или средств обращаться с запросом о том, накапливаются ли в базе данных его персональные данные, и получать информацию о таких данных в доступной форме;

3) право лица требовать изменения или уничтожения данных, которые не соответствуют критериям, установленным Конвенцией;

4) право лица прибегнуть к судебной защите нарушенного права, если его запрос либо требование о доступе к его персональным данным, уточнении или уничтожении данных не были удовлетворены.

Изъятие из этих положений Конвенции допускается лишь тогда, когда оно прямо предусмотрено законом и представляет собой необходимую в демократическом обществе меру для охраны государственной и общественной безопасности, финансовых интересов государства или для пресечения преступлений, а также для защиты субъекта данных прав или прав и свобод других лиц.

Данные положения были воплощены в специализированном законодательстве о персональных данных Германии, Италии, Франции и России. Учитывая это обстоятельство, рассмотрим национальное законодательство о персональных данных рассматриваемых стран подробнее.

Так, немецкий закон о защите персональных 1977 г. (BDSG) данных предусматривает весьма значительные возможности для отстаивания гражданами своих прав в области персональных данных.

В законе установлено, что базы данных должны быть официально зарегистрированы на федеральном уровне. Для раскрытия собранной информации необходимо получение предварительного согласия субъекта данных, то есть лица, в отношении которого эти данные собраны. В отношении коммерческой компании установлено, что в случае, если она собирает, обрабатывает или использует персональные данные, в ее штате должна иметься должность специального сотрудника по защите данных.

Необходимо отметить, что соблюдение закона о защите данных в определенной мере само по себе обеспечивает защиту персональных данных. Однако, этого все же недостаточно. Для контроля в указанной сфере была создана Федеральная Комиссия по защите данных (Bundesbeauftragte für den Datenschutz). Основное назначение указанной Комиссии в получении и рассмотрении жалоб, подготовке рекомендаций для Бундестага и других государственных органов.

Поскольку Германия является федеративным государством, на уровне субъектов федерации - земель также есть специальный орган - комиссия, которая следит за исполнением соответствующих норм о защите персональных данных. Кроме этого, на территории каждой земли контроль в отношении частных баз данных осуществляется специальными органами или чиновниками, которые назначаются в рамках Закона о защите данных, то есть уполномоченными земель по защите данных.

Немецкое законодательство о защите персональных данных является весьма эффективным, что подтверждает следующий пример. Так, в 1996 г. Уполномоченный по защите данных Берлина подписал соглашение с железнодорожным ведомством и американским банком Citibank, которые собирались совместно выпустить карточки Visa. Указанный проект предполагал, что вся обработка информации должна была происходить в США. Учитывая данное обстоятельство, Уполномоченный по защите данных Берлина воспользовался действующими ограничениями ЕС в области трансграничной передачи данных, чтобы воспрепятствовать сделке. Разрешение на сделку было дано только после того, как German Railway и Citibank подписали соглашение, по которому гражданам Германии, находящимся в Соединенных Штатах, гарантировался тот же уровень защиты данных, что и в самой Германии. Эта сделка стала важным ориентиром для дальнейшего информационного обмена с Соединенными Штатами и другими странами<sup>1</sup>.

Во Франции также создан работающий механизм защиты персональных данных. Так, закон о персональных данных *Loi relative a l'informatique, aux fichiers et aux libertes (LIFL)*, 1977 предусматривает следующие гарантии защиты персональных данных: любое лицо, которое намеревается обрабатывать персональные данные, должно зарегистрироваться и получить разрешение во многих случаях, имеющих отношение к обработке данных государственными структурами и в медицинских целях. Частные лица должны быть проинформированы о причинах сбора информации, при этом они имеют возможность заявить протест на любом этапе сбора персональных данных. Кроме того, гражданам предоставлено право доступа к информации о них самих, хранящейся в базах данных. Они имеют право требовать исправления ошибок и, в определенных случаях, полного уничтожения данных. Нарушение указанных правил влечет юридическую ответственность.

Вопросы защиты персональных данных во Франции возложены на два органа. Защиту персональным данным обеспечивает специализированная организация, которая называется *Commission nationale de l'informatique*

---

<sup>1</sup> Electronic Privacy Information Center, Privacy International «Приватность и права человека – 2002. Германия. Оф. с. портала «Права человека в России». // [www.hro.org/docs/rep/privacy/phr2002/phr2002\\_34.php](http://www.hro.org/docs/rep/privacy/phr2002/phr2002_34.php)

et des libertés (CNIL). Это независимый орган, который следит за исполнением Закона о защите данных и прочих законов, касающихся приватности. Комиссия рассматривает жалобы, издает постановления, устанавливает правила в области защиты данных, изучает практику обращения с персональными данными, публикует доклады, а также содержит реестр организаций, занимающихся сбором и обработкой данных.

Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) наделена полномочиями следить за соблюдением законов о доступе к материалам, находящимся в ведении государственных структур. Комиссия может регулировать конфликты и выступать с рекомендациями, но ее решения не носят обязательный характер<sup>1</sup>.

В целом, французское законодательство о защите данных, подчеркивают исследователи, в целом предоставляет значительные возможности специально уполномоченным органам по защите данных. Они могут проводить собственные расследования, формулировать свои претензии, накладывать взыскания на нарушителей в виде штрафов.

Защита персональных данных в Италии во многом обеспечивается четким исполнением закона о защите персональных данных. За соблюдением данного закона следит специальная надзорная служба по персональным данным - Garante. Garante ведет реестр баз данных, проводит расследования и добивается претворения положений закона в жизнь. Служба имеет право проверять базы данных и вне своей прямой юрисдикции, например, связанные с разведывательными структурами.

В 2000-2001 гг. Garante приняла несколько важных решений: работники имеют право доступа к информации о них, которая включается в отчетность их работодателей; политическим объединениям запрещается собирать в Интернете адреса e-mail для последующей рассылки незапрошенной информации политического характера; процедуры обращения с персональными данными карабинеров не соответствуют требованиям закона о защите данных; персональная информация, которая содержится на служебных значках (бэйджах) сотрудников, постоянно общающихся с клиентами, должна соответствовать смыслу работы каждого сотрудника и быть избыточной; банки не имеют право снимать отпечатки пальцев у тех, кто имеет доступ в банковские помещения, так как это не может считаться необходимой мерой для обеспечения безопасности; персональные данные в экспертных медицинских заключениях, необходимых по делам о страхо-

---

<sup>1</sup> Electronic Privacy Information Center, Privacy International Приватность и права человека – 2002. Франция. Оф.с. портала «Права человека в России» //www.hro.org/docs/rep/privacy/phr2002/phr2002\_69.php

вании, должны быть доступны лицу, к которому они относятся; исключения из этого правила возможны только в интересах следствия<sup>1</sup>.

В России специальный закон о персональных данных был принят 27 июля 2006 г. До этого момента вопросы защиты персональных данных основывались на нормах Трудового кодекса Российской Федерации, федерального закона от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», которые, разумеется, не могли обеспечить должные гарантии защиты персональных данных, соответствующие мировым стандартам. В целом надо отметить, что отечественный закон о персональных данных соответствует своим европейским аналогам. Указанное сходство проявляется в том, что механизм защиты персональных данных, предусмотренный данным законом, в целом соответствует европейской модели: наличие специальной структуры по защите прав лиц, которым принадлежат персональные данные – федерального органа исполнительной власти по контролю и надзору в сфере информационных технологий и связи; особый правовой режим в отношении данных, требующих деликатного обращения и т.д.

Таким образом, персональные данные в Германии, Италии, Франции, а теперь и в России регламентированы достаточно подробно. Кроме того, законодатель предусмотрел довольно эффективный механизм их защиты.

Однако, указанный механизм носит административный характер – существует специально уполномоченный орган (должностное лицо), который компетентен разрешать вопросы, связанные с обеспечением защиты персональных данных, контролировать соблюдение законодательства в указанной сфере и в некоторых случаях карать нарушителей.

Однако, этого недостаточно, чтобы личность чувствовала себя полностью защищенной в данной области.

Необходимо, чтобы причиненный ей ущерб, а том числе моральный вред, также были возмещены.

Специальное законодательство о персональных данных рассматриваемых стран не содержит положений о компенсации за нарушение прав в области персональных данных.

Данные вопросы регулируются нормами гражданского права. В частности, такая ситуация имеет место в Германии, где данные вопросы регламентируются нормами ГГУ о возмещении ущерба. Так, §823 ГГУ устанавливает, что каждый, кто намеренно или по неосторожности, причинит вред жизни, телесной неприкосновенности, здоровью, свободе, правам собственника или другим правам другого лица противозаконным образом, несет ответственность за причиненный вред.

---

<sup>1</sup> Electronic Privacy Information Center в сотрудничестве с Privacy International Приватность и права человека – 2002. Италия. Оф.с. портала «Права человека в России». //www.hro.org/docs/rep/privacy/phr2002/phr2002\_34.php



Думается, что в силу специфики персональных данных, одним из наиболее адекватных способов защиты для пострадавшего от нарушения его прав в области персональных данных, как раз является материальная компенсация за вред, предусмотренная гражданским правом. Иные способы защиты в большей степени хороши как превентивные меры. Полагаем, что наличие в гражданских кодексах специального указания на защиту персональных данных посредством материальной компенсации пострадавшему лицу стало дополнительной гарантией обеспечения права лица на защиту персональных данных.

*Корчагина Е.С.  
Научный руководитель к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

**Значение английского закона о недвижимости, выступающей объектом доверительной собственности и о назначении доверительных собственников (TOLATA), 1996 г. в регулировании отношений собственности в Англии**

В связи с возрастающей интеграцией России в глобальную систему взаимоотношений мирового сообщества изучение права зарубежных государств, наряду со сравнительно-теоретическим интересом, приобретает существенную практическую значимость.

В Англии большой объём имущественных отношений регулируется с помощью доверительной собственности, являющейся «наряду с договором центральным институтом англо-американского права».<sup>1</sup> В данной статье мы ограничимся значением этого института для отношений собственности на недвижимость в Англии. Термин «сособственность» в английском праве соответствует российскому термину «общая собственность» как объединяющий два вида - совместная и общая собственность (в российском праве общая собственность может быть совместной и долевой). Сособственность (co-ownership) - право общей собственности - институт английского права собственности (law of property) регулирующий отношения, складывающиеся в связи с обладанием двумя и более лицами вещными правами на одно и то же имущество в одно и то же время. Этот институт широко применяется в Англии для регулирования отношений недвижимости. Для английского правопорядка указание на одновременность обладания правом является важным, поскольку в Англии два и более лица могут обладать правами на одно и то же имущество (например, первое *estate for life* (пожизненное право на недвижимое имущество) и

---

<sup>1</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран. Учебное пособие. /Под общей ред. проф. В.В. Безбаха и проф. В.К. Пучинского. - М., 2004. С. 228.

второе *estate in fee simple* (безусловное право собственности), но это не будет одновременным обладанием правом собственности.<sup>1</sup>

Сособственники в Англии подразделяются на совместных собственников (*joint tenants* - совместные владельцы, объединённые владельцы) и собственников на правах общей собственности (*tenants in common* - владельцы на правах общего владения).<sup>2</sup>

Нам представляется правильным согласиться с Р. Секстоном, утверждающим, что основное отличие между двумя видами со-собственников заключается в порядке перехода принадлежащего сособственнику права на объект собственности в связи с его смертью.<sup>3</sup> Из английского Закона о собственности 1925г. следует, что при общей собственности (*tenancy in common*) доля умершего сособственника наследуется в соответствии с его завещанием, а при отсутствии завещания ближайшим родственником (*next-of-kin*). При совместной собственности (*joint tenancy*) доля умершего сособственника распределяется между оставшимися сособственниками.

Английские правоведы указывают на необходимость с осторожностью употреблять понятие «доля» в отношении права совместной собственности. «Каждый совместный собственник ничем не обладает самостоятельно, и в то же время обладает всем имуществом в целом совместно с остальными со-собственниками». <sup>4</sup> Использование в отношении совместной собственности понятия «доля» объясняется удобством представления о том, что совместные собственники обладают некими долями. На самом деле, умирая, совместный собственник физически (и юридически) прекращает обладать правами в отношении объекта совместной собственности. Он не может передать долю в праве собственности, т.к. никогда её не имел. Оставшиеся совместные собственники просто продолжают владеть общим имуществом, как и раньше.<sup>5</sup>

Для существования собственности необходимо соблюдение её основополагающего принципа - единства владения (*unity of possession*).

А для существования совместной собственности на землю необходимо наличие ещё трёх «единств»: 1. Единство права (единство вида права на землю) (*unity of interest*). 2. Единство титула (*unity of title*). Сособственники должны получить своё право на основании одного и того же документа о правовом титуле. 3. Единство времени (*unity of time*). Сособственники должны получить своё право в одно и то же время.

По Закону о собственности 1925г. (*Law of Property Act, 1925*) легальная сособственность, т. е. основанная на законе сособственность по

<sup>1</sup> Англо-русский юридический словарь. / С.Н. Андрианов, А.С. Берсон, А.С. Никифоров. – М., 2003. С.179.

<sup>2</sup> Там же. С. 426.

<sup>3</sup> Sexton R. *Land Law Textbook*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, 2006. P.186.

<sup>4</sup> Megarry R., Wade H.W.R. *The Law of Real Property*, 5<sup>th</sup> ed. London, 1984. P.404.

<sup>5</sup> См., например, Gray K. and Gray S.F. *Land Law*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, 2006. P.357.

общему праву, была возможна лишь как совместная собственность доверительных собственников траста с обязанностью продажи (*trust for sale* - дословно: *траст для продажи*). Однако созданная этим Законом конструкция траста с обязанностью продажи широко использовалась и теми учредителями, которые не хотели, во что бы то ни стало продать недвижимость. Ведь доверительные собственники обладали правом откладывать продажу по своему усмотрению, если иное не было прямо указано учредителем. А для большого количества бенефициаров основная выгода от недвижимости заключалась в возможности проживать в своём доме, квартире, вести бизнес в своём офисе. В TOLATA, 1996г. предусмотрена единая для всех видов земельной недвижимости форма траста - земельный траст (*trust of land*). Что устранило существовавший парадокс, когда учредители выбирали траст с обязанностью продажи, благодаря возможности отложить эту продажу на неопределённо долгий срок.

Таким образом, после вступления в силу 1 января 1997г. TOLATA, сособственность на недвижимость существует в Англии в форме земельного траста. Данная правовая форма предусматривает, что доверительные собственники в обязательном порядке являются совместными собственниками, а бенефициары могут владеть имуществом как на праве совместной, так и на праве общей собственности. Нередки случаи, когда доверительные собственники являются одновременно и бенефициарами по праву справедливости. В этой ситуации закон так же оставляет на выбор субъектов права, какой вид со-собственности избрать для получения бенефициарных выгод.

Традиционно доверительные собственники обладают формальным титулом (*paper title*). В отношениях со-собственности может быть не более четырёх совместных собственников по общему праву и решения они должны принимать единогласно. Бенефициар же имеет право пользоваться землей, получать доход от рентных платежей и т. д. И хотя доверительный собственник осуществляет номинальное право владения и основанные на доверии полномочия по управлению и распоряжению имуществом в качестве титульного владельца, личность доверительного собственника не играет столь важной роли для отношений бенефициарной со-собственности. В ситуации несовпадения доверительного собственника и бенефициария в одном лице, права последнего не затрагиваются уменьшением числа доверительных собственников или изменениями в их составе. А для управления и распоряжения имуществом, т. е. для отношений с третьими лицами значительным удобством представляется отсутствие необходимости каждый раз в случае смерти одного из доверительных собственников вводить в состав таких собственников новое лицо. В то же время

новый доверительный собственник может быть назначен без особых затруднений.<sup>1</sup>

В устоявшуюся за более чем семидесятилетний срок действия английского Закона о доверительных собственниках 1925г. схему взаимоотношений субъектов доверительной собственности TOLATA, 1996 внёс существенные изменения, неоднозначно оцениваемые английскими правоведами.<sup>2</sup>

Первое и главное – на доверительных собственниках больше не лежит обязанность продать объект доверительной собственности. Всякое условие касательно обязательной продажи объекта со-собственности является недействительным изначально (если составлено после вступления в силу TOLATA, 1996) или (если составлено ранее) стало таковым в момент вступления TOLATA, 1996 в законную силу.

Второе, доверительные собственники (со-собственники по общему праву), для целей осуществления своих обязанностей как доверительных собственников, имеют в отношении имущества, находящегося в доверительной собственности (объекта общей собственности) все полномочия абсолютного собственника (TOLATA, 1996 s. 6(1)) В то время, как до принятия этого закона возможности доверительных собственников были ограничены (к примеру в отношении залога имущества – целями займа, в отношении аренды – сроками и т.д.)

Однако учредитель траста в учредительном документе может ограничить предоставленные законом доверительным собственникам полномочия по управлению и распоряжению имуществом как ему заблагорассудится (TOLATA, 1996 s. 8) От запрета на залог или долгосрочную аренду до полного лишения доверительных собственников права распоряжаться имуществом, находящимся в доверительной собственности. Данное положение TOLATA, 1996 вызывает беспокойство тех правоведов, кто, помня о склонности отдельных англичан к стремлению обязать потомков сохранять родовое поместье «в семье», считает его (положение) «открытым приглашением таким учредителям навязывать [потомкам] свои эксцентричные желания».<sup>3</sup> Преодоление императивного решения учредителя относительно судьбы имущества, находящегося в доверительной собственности, хоть и проблематично, но теоретически возможно.

TOLATA, 1996 закрепил на уровне статутного права сформулированное ещё в 1841 году в деле *Saunders v Vautier* важное правило. В соответствии с этим правилом, если все бенефициары являются совершенно-

---

<sup>1</sup> Trustee Act, 1925 ss 36,40, 41(1); Trusts of Land and Appointment of Trustees Act (TOLATA), 1996 s 19 (2).

<sup>2</sup> См., например, Gray K. and Gray S.F. Land Law. 4<sup>th</sup> ed. Oxford University Press. 2006. Ch.11; Sexton R. Op. cit. Part IV.

<sup>3</sup> Sexton. R. Op. cit. P. 172.

летними, они могут, приняв единогласное решение, диктовать, как следует поступить с доверительной собственностью, вплоть до прекращения траста. Руководствуясь данным правилом, бенефициары так же вправе требовать увольнения одного или нескольких доверительных собственников, и/или назначения выбранного бенефициарами нового доверительного собственника (собственников) (TOLATA, 1996 s. 19). Однако на практике в большинстве трастов обычно найдётся хотя бы один несовершеннолетний бенефициар, да и совершеннолетним прийти к единодушному согласию не всегда легко.<sup>1</sup>

Бенефициары могут и иным образом влиять на судьбу траста. TOLATA, 1996 предусматривает а) обязанность доверительных собственников консультироваться в процессе осуществления ими своих полномочий в отношении недвижимости с совершеннолетними бенефициарами, обладающими владельческими правами в отношении данной недвижимости, и б) в той степени, в которой это соответствует интересам траста, выполнять пожелания бенефициаров или (при разногласиях) большинства бенефициаров (TOLATA, 1996 s. 11(1)). Однако, право решать, что представляют собой интересы траста, остаётся у доверительных собственников. И это на практике возвращает нас к вопросу о том, в какой мере учредитель траста мог ограничить (или не ограничивать) правомочия доверительных собственников.

Здесь надо ещё отметить, что s.11(1) TOLATA, 1996 применяется лишь к трастам, возникшим после вступления в силу данного закона. В то время как сам закон действует как в отношении трастов, учреждённых после его вступления в силу, так и единообразно регулирует отношения существующие после вступления TOLATA в силу, но основанные на учредительных документах составленных до этого момента.

Наконец, TOLATA, 1996 законодательно закрепил сложившиеся в судебной практике положения о праве бенефициаров занимать объект доверительной собственности. Ведь в соответствии с существовавшей в Англии доктриной конверсии (*conversion- изменение юридического статуса*) бенефициары траста с обязанностью продажи могли претендовать лишь на выгоды от того, что является конечной целью такого траста - от некой суммы вырученной благодаря продаже недвижимости.<sup>2</sup> Земельный же траст может иметь своей целью занятие бенефициаром или группой бенефициаров объекта доверительной собственности. И при наличии желания бенефициаров и объективной возможности данное желание осуществить, доверительные собственники такую возможность предоставляют

---

<sup>1</sup> Ibid. P. 173.

<sup>2</sup> Англо-русский юридический словарь. / С.Н. Андрианов, А.С. Берсон, А.С. Никифоров. – М., 2003. С. 118.

(TOLATA, 1996 s. 12). При этом с них снимается обязанность управлять имуществом наиболее прибыльным образом.

При разногласиях между бенефициарами относительно того, кто именно должен занять недвижимость, этот вопрос решается доверительными собственниками. Но, учитывая, что в большинстве случаев со-собственники, владеющие бенефициарными выгодами от недвижимости, полностью или частично совпадают с сособственниками по общему праву (доверительными собственниками), этот вариант решения спора часто непродуктивен. В случае недостижения согласия между сособственниками, решение о предоставлении кому-либо из сособственников права занимать недвижимость и о присуждении остальным сособственникам компенсации за неиспользуемое право принимает суд. S. 15 TOLATA, 1996 содержит перечень моментов, которые должен учесть суд при вынесении решения.

Таким образом, английский Закон о недвижимости, выступающей объектом доверительной собственности, и о назначении доверительных собственников 1996г. (TOLATA, 1996), представляет собой успешный пример стремления законодателя обеспечить существующим, естественным образом складывающимся в государстве отношениям собственности (со-собственности в данном случае), адекватное законодательное регулирование.

*Кривенко О.А.*  
*Научный руководитель - д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

### **Становление доверительной собственности на недвижимость в Англии**

Существует мнение, что конструкция доверительной собственности сложилась в Англии не вполне как сугубо английское правовое явление, а не без влияния средневековых германских конструкций, именованных «*treuhand*» и «*salman*»<sup>1</sup>. В германском праве эти конструкции оказались впоследствии вытесненными римско-правовыми фидеикомиссами, а в общем праве привели к появлению уникальной особенности в системе отношений собственности.

Эти конструкции оказались пригодными для достижения целого ряда различных целей. Они, в частности, позволяли:

- земельным собственникам - избегать обременений, налагаемых феодалным наследственным правом;

---

<sup>1</sup> См.: С.Н. van Rhee. Trusts, Trust-like Concepts and Ius Commune. // European Review of Private Law, 2000, № 3. P. 453-462.

- монастырям - извлекать доход от земельной собственности в обход законов, запрещавшим им иметь землю в собственности (mortmain acts);

- участникам имущественного оборота в целом - обеспечивать более свободный порядок передачи земли посредством прижизненных сделок (inter vivos);

- приобретать правомочия распоряжения недвижимостью посредством завещания.

Доверительная собственность в своей первоначальной форме обозначалась различными терминами: использовался, в частности, термин «use»; обозначалась она также термином «passive trust». Последнее обозначение обязано своим происхождением тому обстоятельству, что доверительный собственник не был связан обязанностью совершать какие-либо действия, а оставался всего лишь носителем правового титула (legal title), реализуемого в пользу *cestui que use*, то есть выгодоприобретателя; единственная обязанность доверительного собственника заключалась здесь в предоставлении выгодоприобретателю возможности пользоваться благами, доставляемыми состоящим в ней имуществом, а также передавать ее тем лицам, которых укажет выгодоприобретатель.

Правоведы и судьи того времени обычно использовали термины «use» и «trust» в качестве синонимов. Однако значения этих слов не тождественны.

Так, ещё до принятия в начале XVI в. английского Статута о доверительной собственности (Statute of Uses of 1535) праву этой страны было известно отношение, именуемое *trust*'ом.

Если *trustee* обладал правом управлять объектом доверительной собственности для достижения некоторой цели, и мог с этой целью предпринимать какие-либо действия, то trust назывался «специальным», или «активным». Например, если учредитель передавал землю доверительному собственнику на определенный период времени в целях извлечения дохода и его последующей передачи выгодоприобретателю, то доверительный собственник считался обладающим «специальными» или «активными» правомочиями (special or active trust).

Этот вид *trust*'а не получил большего распространения в период, предшествовавший принятию Статута о доверительной собственности 1535 г. Более распространенным оставался в ту пору «генеральный», т.е. «простой», или «пассивный» trust, он же use (general, simple, or passive trust, or a use). При этой разновидности доверительной собственности на доверительного собственника не возлагалось обязанности совершать действия по управлению либо распоряжению имуществом, - ему лишь передавался правовой титул на имущество в целях последующей передачи этого титула выгодоприобретателю. Ко времени правления короля Генриха V, то

есть в период 1413-1422гг., в такой доверительной собственности находилась весьма значительная часть земель.<sup>1</sup>

Вопрос о том, почему возможной моделью для *trust*'а послужила не римско-правовая конструкция фидеикомисса, а уже упоминавшиеся древнегерманские конструкции «*treuhand*» и «*salman*», объясняется правоведами тем обстоятельством, что римское право не предоставляло возможности свободно завещать недвижимость в пользу определенных лиц, например, не римских граждан. Для обхода этого затруднения среди римлян распространилась практика передачи имущества какому-либо дееспособному лицу под условие, что оно передаст его тому, кто был не вправе принять его непосредственно (это и составляло суть фидеикомисса). Фидеикомисс считается английскими правоведами во многом схожим с ранним английским *trust*'ом или *use* с тем лишь фундаментальным отличием, что он мог возникать исключительно как разновидность завещательного распоряжения. Это обстоятельство и привело к выработке в Англии столь своеобразной конструкции как доверительная собственность.

Несколько факторов заслуживают упоминания при объяснении причин возникновения *trust*'а. Один из них состоит в том, что для раннего английского права были характерны исключительно жесткие формальные требования, подлежащие неукоснительному соблюдению. В судах общего права, например, невозможно было добиться удовлетворения иска без отыскания судебного приказа (*writ*), постановленного при обстоятельствах, точно соответствовавших обстоятельствам рассматривавшегося дела. Между тем, издание новых судебных приказов в судах общего права к тому времени оказалось затрудненным нормами статутного права. Это привело к тому, что субъективные права из *uses* и *trusts* не могли получить защиты в судах общего права, поскольку суды не располагали согласуемыми с обстоятельствами дела приказами. Действовавшие в ту пору церковные суды не могли служить альтернативой судам общего права, так как вообще не обладали юрисдикцией по таким делам. Это в известной мере объясняло сложившееся в Англии положение, при котором на протяжении многих лет обязательства, опиравшиеся на *uses* и *trusts*, не имели в английском праве правовых оснований и могли признаваться только как обязательства совести. Такое положение позволяло отдельным доверительным собственникам злоупотреблять оказанным им доверием и безнаказанно объявлять переданное им имущество своей личной собственностью. Нельзя сказать, чтобы суды общего права вообще не предоставляли в то время какой-либо защиты фидуциарным отношениям, однако такая защита распространялась лишь на отношения, предметом которых выступали деньги либо движимое

---

<sup>1</sup> См.: Kenelm Edward Digby, William Montagu Harrison. An Introduction to the History of the Law of Real Property. Clark, NJ: The Lawbook Exchange Ltd, 2005.



имущество (случаи так наз. «common law trusts»); для недвижимости же специальными средствами защиты *common law* не располагало.

Положение дел изменилось с учреждением и развитием судов лорд-канцлера. Их учреждению сопутствовала зародившаяся к тому времени практика обращений заинтересованных лиц к королю за защитой в тех случаях, когда она не могла быть предоставленной судами общего права. Речь шла о том, что если получению такой защиты препятствовало отсутствие надлежащего судебного приказа, либо если отправлению правосудия препятствовало влияние могущественного феодала, то незадачливый истец мог обратиться к королю или королевскому совету за особой защитой, предоставляемой вне сферы действия норм общего права. Членом такого совета был лорд-канцлер, и на рубеже XIII-XIV вв., то есть ко времени правления Эдварда I (1272-1307 гг.), сложилась практика направления таких обращений непосредственно к лорду-канцлеру.

Лорд-канцлер стал своеобразным охранителем королевской справедливости, а суд, который он творил, стали называть судом справедливости. В этом суде предпочтение перед принципами жесткой формальности довольно быстро получили принципы справедливости и честности<sup>1</sup>.

Для выгодоприобретателей, столкнувшихся с узурпацией своих прав доверительными собственниками, стало естественным обращение за защитой в суд лорда-канцлера. К началу XV века начала складываться практика отправления правосудия в судах справедливости по такого рода обращениям, а соглашение об учреждении *uses* и *trusts* стало возможным подвергать принудительному исполнению.

Решения, которые принимал лорд-канцлер, обозначались термином *subpoena*. Они предписывали ответчику определенный вариант поведения, выражающийся в совершении определенных действий либо в воздержании от них. Цель этого решения всегда предусматривала реальное исполнение соглашения, нарушенного ответчиком; возмещения в денежной форме такое решение не предусматривало. По этой причине практика судов права справедливости создала действующее до настоящего времени правило: «*cestui que trust had a remedy only by subpoena*» («выгодоприобретатели имеют защиту только в виде решения суда справедливости»)<sup>2</sup>.

Таким образом, становлением института доверительной собственности английское право обязано деятельности судов лорда-канцлера, прак-

---

<sup>1</sup> Следует заметить, что лордов-канцлеров в те времена назначали обычно из числа священников, «чувство справедливости которых страдало от созерцания нечестности со стороны тех доверительных собственников, которые пренебрегали исполнением открыто возложенных на себя обязанностей и нарушением прав выгодоприобретателей». – См.: Lord High Chancellor. // *Encyclopædia Britannica*, 11th ed. London: Cambridge University Press, 1911.

<sup>2</sup> Kenelm Edward Digby, William Montagu Harrison. *An Introduction to the History of the Law of Real Property*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange Ltd, 2005.

тика которых предопределила содержание такой его части, как право справедливости (equity law).

*Кузнецов Н.М.*  
*Научный руководитель - д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

### **Защита чести, достоинства и деловой репутации: вопросы теории**

Стремительное и коренное обновление Российского гражданского и гражданского процессуального законодательства в последние 10 лет выразилось, в числе прочего, и в том, что появилось новое, более практичное и более разработанное в теоретическом плане представление об объеме и характере защиты тех нематериальных благ, к которым гражданское право относит защиту чести, достоинства и деловой репутации.

Данная тенденция очевидна уже при первом сравнении текста ст.7 старого гражданского кодекса РСФСР, действовавшего с 11.06.1964 года, и ст.152 ГК РФ, вступившего в силу с 01.01.1995 года. Статья 152 ГК РФ состоит из семи частей, каждая из которых имеет свое особое значение, в том числе в плане осмысления такой защиты с точки зрения теории права.

Нельзя сказать, что в связи с применением ст. 152 ГК РФ, все теоретические вопросы или хотя бы большинство из них, были решены. Напротив, честь и достоинство человека, а также деловая репутация граждан и юридических лиц в установившихся рыночных отношениях создает потребность нового теоретического осмысления феномена их защиты.

Обратимся к фактам:

1. Рассмотрим субъектный состав правоотношений по защите чести и достоинства. Новым здесь является то, что данный субъектный состав в настоящее время расширен, хотя теория права пока не сумела адекватно отразить это расширение.

Я имею в виду явный крен нового ГК РФ и ст. 152 к стремлению защитить права и законные интересы не только гражданина РФ, что было характерно и для ст.7 ГК РСФСР от 1964 года, но и права и законные интересы человека, то есть лица, не имеющего устойчивой правовой связи с данным государством.

Причину этого крена я усматриваю в том, что на новый ГК РФ оказала влияние новая Конституция РФ 1993 года, в которой глава 2-я ориентирует российское законодательство на защиту прав и свобод не только гражданина РФ, но и человека вообще.

В этой связи я обращаю внимание на то обстоятельство, что применительно к данной тенденции изменение сути ст. 152 ГК РФ теоретики права пока не исследовали, и то обстоятельство, что нормы права, разрабо-

таннные на ином, а именно, международном уровне стремительно вторгаются и уже вторглись в правовое поле нашей страны, в том числе в том его сегменте, который охватывает защиту чести, достоинства и деловой репутации.

2 . Другим примером отставания теории права от реальных жизненных отношений является то обстоятельство, что в субъектном составе правоотношений по защите чести, достоинства и деловой репутации возрастает роль юридических лиц.

Обратимся к части 7 ст. 152 ГК РФ. Здесь сказано: *«Правила настоящей статьи о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица».*

О чем говорит эта норма? Упрощая, можно сказать о том, что у юридического лица есть только деловая репутация, но нет, ни чести, ни достоинства. Это в свою очередь приводило и приводит к тому, что суды отказывают в требованиях по возмещению морального вреда юридическим лицам.

Сегодня мы наблюдаем изменение подхода к данному обстоятельству, которое теория права пока не осмыслила.

Под воздействием норм международного права, в частности, *«Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека»*, а также протоколов к ней, правовой позиции Европейского суда по правам человека юридические лица РФ в настоящее время, получили право требовать компенсацию морального вреда в связи с распространением о них сведений, порочащих их деловую репутацию. На это обращает внимание п. 15 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 24.02.05 г. №3. *«О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц».*

3. Нельзя считать полностью разработанным и осмысленным в теоретическом плане сам объект охраны в рамках ст. 152 ГК РФ.

Дело в том, что нет единого согласованного и выверенного понятийного аппарата чести, достоинства и деловой репутации. Что имеется в виду при осуществлении защиты чести, достоинства и деловой репутации? О чем идет речь? Это защита каких-то прав, или защита охраняемых законом интересов? Что есть честь? Что есть достоинство? И что есть деловая репутация?

Законодатель, а вслед за ним и Пленум Верховного Суда не дают ответов на данный вопрос. Они смотрят на эту проблему теории права через призму перечисления видов порочащих то или иное лицо сведений. *«Порочащими, в частности, являются сведения, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросове-*

стности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица»<sup>1</sup>.

По моему мнению, все перечисленные критерии весьма расплывчаты. Им явно не хватает четкости, которая свойственна праву. Думаю, что данная проблема является лишь незначительной частью той общей проблемы осмысления теоретиками феномена права как такового. На что обратил внимание профессор Геннадий Васильевич Мальцев в своей монографии «Понимание права»<sup>2</sup>.

Не претендуя на абсолютную достоверность, но исходя из анализа изученных мною исковых заявлений, которые за последние 10 лет были рассмотрены в Московском арбитражном суде и районных судах общей юрисдикции города Москвы, полагаю, что под *честью*, заявители понимают сформировавшееся в современном российском обществе представление об основных нравственных устоях нашей страны и ее народа.

Под *достоинством*, заявители понимают свое соответствие этим представлениям. Таким образом, достоинство это внутреннее убеждение человека о собственном соответствии понятию чести. Каждый заинтересован в том, чтобы общество рассматривало человека сообразно его собственной самооценке.

В теоретическом плане это означает, что в случае с честью и достоинством речь идет скорее о защите интересов личности, нежели о её правах.

Что же касается *деловой репутации*, то это нематериальное благо постепенно возникает и накапливается у юридического и физического лица, как его право. Здесь может присутствовать интерес, но он вторичен.

В отличие от чести и достоинства, где законный интерес присутствует как данность, как некое благо, присущее личности от рождения, в случае с деловой репутацией такого блага изначально нет, оно накапливается как право данного лица по мере того, как это лицо входит в гражданский оборот.

4. К числу других теоретических вопросов, возникающих в связи с защитой чести, достоинства и деловой репутации, можно отнести:

- участие государства в качестве истца или ответчика по ст. 152 ГК РФ;
- исчисление ущерба и его соотношение с моральным вредом;
- соотношение свободы информации, на которую имеет право личность, и посягательства на честь достоинство и деловую репутацию другого лица в процессе реализации этого права.

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.05. г. № 3 п. 7.

<sup>2</sup> Мальцев Г.В. Понимание права подходы и проблемы. - М.: Изд. «Прометей», 1999.

- соотношение права человека и гражданина на обращение с любыми вопросами и по любому поводу в государственные, муниципальные и общественные органы и организации, как реализация его конституционного права, с одной стороны и охрана чести достоинства и деловой репутации лиц, задетых таким обращением, с другой.

В заключение можно сказать, что вопросы защиты чести, достоинства и деловой репутации, имеют множество проблем, требующих обсуждения, разъяснения и решения. В нынешний период стремительного развития гражданского и гражданского процессуального законодательства данные вопросы нашли отражение в Конституции РФ и ориентации Российского законодательства на международные законы в области защиты прав и свобод человека. Это говорит о том, что демократические преобразования в стране также влияют на психологию наших сограждан, которые еще только учатся защищать свою честь, достоинство и деловую репутацию.

*Куропацкая Е.Г.  
Научный руководитель - к.ю.н., доцент Протопопова О.В.*

### **Устройство детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Великобритании и США**

В соответствии с нормами международного права ребенок, который временно или постоянно лишен своего семейного окружения или не может более оставаться в таком окружении, имеет право на особую защиту и помощь, предоставляемые государством<sup>1</sup>. В любом цивилизованном обществе задачей государственной важности является создание условий для полноценного физического, интеллектуального, духовного, нравственного и социального развития детей, оставшихся без попечения родителей, подготовки их к самостоятельной жизни в современных условиях, а также оказание им психологической, медицинской и педагогической помощи.

Законодательство Великобритании<sup>2</sup> и США<sup>3</sup> определяет детей-сирот как несовершеннолетних лиц, лишившихся родительского попечения по причине смерти обоих родителей, или их безвестного отсутствия, лишением их родительских прав, или отказа родителями от выполнения своих родительских обязанностей.

---

<sup>1</sup> Ст. 20 Конвенции ООН о правах ребенка. Принята и открыта для подписания, ратификации и присоединения резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 года. Вступила в силу 1990 г. Ратифицирована Верховным Советом СССР 13 июля 1990 г. Вступила в силу для СССР 15 сентября 1990 г. // Ведомости СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

<sup>2</sup> The Adoption and Children Act 2002. // [www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga\\_20020038\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020038_en_1)

<sup>3</sup> The Immigration and Nationality Act 1952. Section 101 (b).//<http://www.law.cornell.edu/uniform> – оф.с. Cornell University Law School

В Великобритании и США, как и во многих других странах, установлен несомненный приоритет форм семейного воспитания детей, лишившихся родительского попечения: передача на усыновление (удочерение), под опеку/попечительство или в приемную семью. При отсутствии возможности найти для ребенка семью, закон допускает его направление в соответствующие воспитательные, лечебные учреждения или учреждения социальной защиты для детей-сирот.

Воспитательное учреждение/детский приют (orphanage) – это организация, целью которой является воспитание и забота о детях, оставшихся без попечения родителей. В компетенцию приюта входит также устройство таких детей в семьи. Согласно действующему законодательству различают частные и государственные воспитательные учреждения. Многие приюты находятся под патронажем религиозных организаций.

Широко распространены и эффективно функционируют так называемые детские поселки (SOS Children's Villages), негосударственные и нерелигиозные организации, совмещающие в своей деятельности семейную заботу и заботу в детском учреждении.

Другой, хорошо зарекомендовавшей себя формой устройства детей, лишенных родительского попечения, является патронат (foster care) – форма устройства ребенка, который не имеет возможности проживать со своими биологическими родителями и потому нуждается в государственной защите. При патронате обязанности опекуна (попечителя) в отношении ребенка распределяются между опекуном (попечителем) и государственным органом социальной защиты. Патронат может быть как добровольным (например, в случае смерти родителей или лишения их родительских прав), так и вынужденным (например, когда речь идет о случаях насилия в семье биологических родителей над ребенком). Патронат является временным периодом в жизни ребенка, лишенного родительского попечения, пока не найдена для него более подходящая форма семейного воспитания.

Семейное воспитание дает возможность осуществить индивидуальный подход к каждому ребенку с учетом его личностных, психических, физических, национальных и иных особенностей. Не случайно в семейном законодательстве Великобритании и США определено, что при устройстве ребенка, оставшегося без попечения родителей, должны учитываться его этническое происхождение, религиозная и культурная принадлежность, родной язык, возможность обеспечения преемственности воспитания.

Основные формы семейного воспитания детей, оставшихся без попечения родителей, определенные законодательством этих стран следующие: усыновление, передача детей в приемную семью, опека и попечительство.

Законодательство США<sup>1</sup> и Великобритании<sup>2</sup> определяет усыновление (adoption) как установление таких родственных отношений между усыновителями и ребенком, которые обеспечивали бы те же права, что возникают, согласно действующему законодательству, между кровными родственниками, в том числе право наследования усыновленного ребенка наравне с кровными детьми усыновителя.

В Великобритании процедура усыновления отличается в зависимости от того, был ли ребенок усыновлен посредством услуг специализированного агентства, гражданином (подданным) какого государства он является, имеет ли родственные отношения с усыновителями, а также возраст ребенка и усыновителя (усыновителей).

Согласно законодательству Великобритании, кровные родители обязаны составить в письменном виде один из двух документов: о том, что они не возражают против последующего усыновления или, что они оставляют ребенка лишь на какое-то время.

Потенциальные усыновители обращаются с соответствующим прошением в суд графства, где исследуются все обстоятельства, необходимые для разрешения усыновления, с точки зрения максимального обеспечения интересов ребенка: имеют ли право быть усыновителями, согласно действующему законодательству, лица, обратившиеся с ходатайством; родственные отношения; атмосфера в семье; состояние их здоровья. Если ребенок достиг такого возраста, когда он в состоянии понимать обстоятельства дела, его мнение при решении вопроса об усыновлении тоже учитывается. После слушания дела в суде графства при благоприятном исходе дела выносится решение об усыновлении, на основании которого в свидетельстве о рождении ребенка вписываются имена усыновителей.

В Великобритании в последнее время активно обсуждался вопрос о возможности усыновления одинокими родителями и представителями сексуальных меньшинств, и заметна тенденция в том, чтобы разрешать усыновление в таких случаях, учитывая общие требования, обеспечивающие интересы ребенка.

В США вопросы усыновления регулируются унифицированным законом об усыновлении (*The Uniform Adoption Act*), одобренным в 1994 г. межштатным консультативным органом – Национальной конференцией за единообразие законов штатов (*National Conference of Uniform State Laws*) – и федеральным законом об иммиграции и гражданстве.

---

<sup>1</sup> The Uniform Adoption Act of 1994. // <http://www.law.cornell.edu/uniform> - оф.с. Cornell University Law School

<sup>2</sup> The Children Act 1989. // [www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga\\_19890041\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890041_en_1.htm); The Adoption and Children Act 2002, Chapter 38. // [www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga\\_20020038\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020038_en_1)

Согласно этому закону, ходатайство об усыновлении могут подавать<sup>1</sup>:

- Лица, соответствующие требованиям, предъявляемым действующим законодательством к желающим усыновить ребенка;
- Лица, которые не менее чем в течение 6 месяцев ухаживали за ребенком, прежде чем подали прошение на усыновление.

В указанном законе определено, что супруги потенциальных усыновителей могут присоединиться к ходатайству, за исключением случаев, когда они, согласно действующему законодательству, признаны не имеющими право на усыновление, либо ходатайство усыновителя официально признано индивидуальным.

В США вопросы, связанные с усыновлением, решаются в основном на уровне штатов, где ими занимаются местные управления (администрации) по социальным вопросам, в рамках которых действуют специальные отделы по делам семьи, правам ребенка и т.п. В ведение последних входит как оказание помощи в усыновлении детей-сирот, так и лицензирование коммерческих и бесприбыльных агентств, занимающихся этой проблематикой. Лицензия обычно выдается на один год, и ее имеют 4000 таких организаций. Вследствие различий в законодательстве штатов предъявляемые контрольными органами требования к агентствам также могут иметь существенные различия. Как правило, они не отличаются особой жесткостью, однако многие солидные агентства, в том числе чисто коммерческие, сами весьма дорожат своей репутацией, нанимают на работу квалифицированных специалистов и требуют от своих служащих строгого соблюдения местного и иностранного законодательства. Негосударственные агентства ежегодно проходят перерегистрацию в контролирующих органах штатов, которые обязаны осуществлять периодическую проверку их деятельности. Выявление фактов нарушения законов, финансовой и налоговой дисциплины ведет к лишению лицензии.

В соответствии с решением Конгресса функционирует единственная действующая на общенациональном уровне государственная организация, оказывающая исключительно информационную помощь в усыновлении – Национальная информационная палата по усыновлению (*National Adoption Information Clearinghouse*), которая издает и распространяет различные брошюры, буклеты и другие материалы, а также рекомендует, в какие агентства можно обратиться за помощью.

В консульской службе Государственного департамента имеется отдел по проблемам детей (*Children's Issues*), занимающийся также оказанием помощи американским гражданам в международном усыновлении. Любой интересующийся данным вопросом может обратиться (по телефону,

---

<sup>1</sup> The Uniform Adoption Act of 1994. // <http://www.law.cornell.edu/uniform>



факсимильной связи или через Интернет) и получить информацию о возможности международного усыновления в различных странах и процедуре получения американских виз для усыновляемых детей. Государственный департамент также оказывает через американские посольства содействие в получении информации о конкретных делах по усыновлению, а в необходимых случаях предпринимает шаги с целью гарантировать беспристрастность, объективность и отсутствие дискриминации по отношению к гражданам США. При этом подчеркивается, что ни при каких обстоятельствах Государственный департамент и американские загранпредставительства не могут выполнять следующие функции: подбирать детей для усыновления; принимать иное непосредственное участие в процессе усыновления за рубежом; представлять усыновителей в суде; гарантировать выдачу въездной визы усыновляемому ребенку.

Необходимо отметить, что традиционно акты, касающиеся усыновления, включая свидетельства о рождении усыновленных детей в США, засекречивались. Это означало, что они не просто находятся в ограниченном доступе, но закрыты даже для усыновленных лиц и их биологических родителей. Компетентные органы выдавали в процессе усыновления новое свидетельство о рождении, в котором имена настоящих родителей заменялись именами усыновителей. Усыновленные дети могли тогда лишь ознакомиться с актами об усыновлении, когда у них возникал так называемый «обоснованный интерес»<sup>1</sup> и при этом не нарушались другие интересы усыновленного, интересы его усыновителей и настоящих родителей. Новейшая тенденция в развитии законодательства – это полная открытость актов об усыновлении. Два штата: Аляска и Канзас, разрешили совершеннолетним усыновленным ходатайствовать о доступе к первоначальным свидетельствам о рождении без административного или судебного разбирательства. Схожее законодательство есть и в других штатах - Миннесоте, Вашингтоне, Вермонте, Делавэре, Орегоне и Теннесси, - которое отличается лишь деталями.

Законодательство США и Великобритании определяет опеку и попечительство над ребенком (*custody*) как установление в семье фактической и/или юридической опеки над несовершеннолетним ребенком и несение за него ответственности<sup>2</sup>.

Законодательство США различает понятие фактической (*physical custody*) и официальной опеки (*legal custody*) над ребенком<sup>3</sup>. Фактическая опека означает фактический, т.е. физический уход и надзор за ребенком. Официальная, т.е. законная опека – это права и обязанности, предусмотр-

---

<sup>1</sup> Точное определение «обоснованного интереса» сформулировано только в штате Виржиния.

<sup>2</sup> The Uniform Adoption Act of 1994, The Children Act 1989, The Adoption and Children Act 2002. Chapter 38

<sup>3</sup> The Uniform Adoption Act of 1994. Section 1-101. Definitions

ренные действующим законодательством, а также все родительские полномочия, которые приобретает опекун над ребенком: права и обязанности по защите, обучению ребенка, контролю над ним, предоставлению ему одежды, пищи и крова, медицинской помощи и созданию ему благоприятной обстановки.

Приемная семья (*foster family*)<sup>1</sup> – это семья, принявшая воспитанника. Воспитанник – это ребенок, оставшийся без попечения родителей, который передается на воспитание в приемную семью на основании решения суда или органа местного социального обеспечения. Приемные родители не могут усыновить или взять под опеку воспитанника, но обязуются обеспечивать ребенка жильем, питанием, одеждой, образованием как своего кровного ребенка. По общему правилу приемные родители получают за это плату от органов местного управления.

Пока существуют четкие критерии для всех лиц, желающих взять ребенка на воспитание в приемную семью. У потенциальных приемных родителей должен быть стабильный источник дохода, собственное жилье и определенный уровень образования. Все агентства, оказывающие услуги при подборе воспитанников в приемные семьи, ищут потенциальных приемных родителей с разными биографическими данными, уровнем образования, образом жизни, жизненным опытом с тем, чтобы удовлетворить все многообразие запросов как детей, так и приемных родителей.

Решение создать приемную семью – серьезный шаг. Естественно, потенциальные приемные родители беспокоятся о последствиях такого решения, поэтому им необходимо получить полную информацию о том, что такое приемная семья, и как она формируется. В Великобритании органы социального обеспечения или негосударственные агентства, предоставляющие услуги при подборе воспитанников в приемные семьи, выполняют все пожелания приемных родителей. В настоящее время все указанные организации мало отличаются в том, как они содействуют при создании приемной семьи, потому что вся их деятельность в Великобритании регламентируется Законом об усыновлении и защите детства (*The Adoption and Children Act 2002*). Основные положения, которые обязательно должны быть соблюдены, следующие:

- Во-первых, выясняется наличие у потенциальных приемных родителей основных условий для опеки: состояние их здоровья, наличие жилищных условий для ребенка и т.д. посредством краткой беседы по телефону, после чего соискатели приглашаются для предварительного собеседования. Это собеседование дает возможность потенциальным приемным родителям узнать все о процедуре создания приемной семьи и получить ответы на все интересующие их по этому поводу вопросы. Кроме то-

---

<sup>1</sup> The Uniform Adoption Act of 1994, The Children Act 1989, The Adoption and Children Act 2002. Chapter 38

го, соискатели смогут узнать, каким образом, учитывая их пожелания, специализированное агентство будет осуществлять подбор воспитанника, получить ответ относительно примерного периода времени, в течение которого им необходимо обратиться с заявлением о создании приемной семьи. Соискатели смогут получить информацию о том, каким образом агентство осуществляет подбор приемных родителей, как удовлетворить пожелания детей в отношении приемных родителей, с какими «типичными» сложностями могут столкнуться потенциальные приемные родители в процессе создания приемной семьи. Если после предварительного собеседования соискатели не оставили своего решения создать приемную семью, то они переходят к следующему этапу – подготовке для вступления в группу приемных родителей.

- Группы приемных родителей формируются из желающих создать приемные семьи. В таких группах соискатели имеют возможность с помощью персонала агентства решить возможные проблемы и вопросы, касающиеся создания и функционирования приемной семьи. Как правило, занятия проводятся примерно 4-6 раз в течение нескольких недель. Соискатели имеют возможность встретиться с опытными приемными родителями и побеседовать со специалистами по данной теме. Работа в таких группах – это шанс обсудить свою точку зрения и свои пожелания по вопросам взаимоотношений в приемной семье. Кроме того, в процессе работы в таких группах персонал агентства имеет возможность поближе познакомиться с потенциальными приемными родителями. После того, как группа приемных родителей закончит свою работу, соискателями дается еще время подумать над своим решением о создании приемной семьи.

- Следующий этап – это посещения потенциальной приемной семьи представителем социальной службы. Во время своих визитов социальный работник беседует со всеми членами семьи, как вместе, так и индивидуально. Необходимо иметь в виду, что этот этап на пути формирования приемной семьи не следует рассматривать только с точки зрения «подходят» ли соискатели, чтобы быть приемными родителями, но учитывать право на получение полной информации соискателями и членами их семей с тем, чтобы принять окончательное решение о создании приемной семьи. Основной целью этих домашних посещений является создание общего впечатления о потенциальных родителях и той семейной атмосфере, которую они смогут обеспечить воспитаннику, а также определить, каких детей можно устроить в конкретную приемную семью. Большинство социальных работников оценивают соответствие соискателей в документе формы «Ф». Во время всех своих посещений представитель социальной службы будет заполнять эту форму. Когда работа социального работника будет закончена, в случае возникших разногласий между ним и потенциальными приемными родителями, все данные могут быть зарегистрирова-

ны. Наконец, будучи записанным и согласованным, документ подписывается обеими сторонами. Необходимо добавить, что роль социального работника – помогать соискателям в процессе создания приемной семьи, стараться обеспечить соответствие пожеланий соискателей с интересами воспитанников. В идеале, было бы хорошо потенциальным приемным родителям установить тесные и честные взаимоотношения с их социальным работником, что отразилось бы и в документе «Ф», как в двустороннем соглашении. Весь процесс, начиная от первого посещения социальным работником семьи до рассмотрения дела в суде, может занять от 6 месяцев до года, в зависимости участвует ли в этом процессе специализированное агентство или орган социального обеспечения, а также времени ожидания рассмотрения дела.

В США интересы детей на федеральном уровне защищаются Законом о защите детства и поддержке усыновления от 1980 года (*The Adoption Assistance and Child Welfare Act Of 1980*). Государство заинтересовано также не только в том, чтобы обеспечить интересы детей, что первостепенно, но и также создать все возможные условия для создания и эффективного функционирования приемной семьи. С этой целью разработаны специальные социальные программы<sup>1</sup>, как на общефедеральном уровне, так и на уровне отдельных штатов, содействующие и поощряющие создание приемных семей. Кроме того, законодательно предусмотрена возможность выплаты медицинских и образовательных субсидий для лиц, уже достигших совершеннолетия, находящихся в приемной семье<sup>2</sup>. Активно действуют в этой сфере негосударственные и некоммерческие организации, например, *Foster Care Support Foundation, Inc.*

Таким образом, развитие разнообразных форм семейного устройства детей, оставшихся без попечения родителей, направлено на усиление гарантий соблюдения прав несовершеннолетних детей, поскольку воспитание в семье предпочтительнее с учетом как материально-бытовых условий жизни, так и иных, самых разнообразных интересов ребенка.

---

<sup>1</sup> Title 42. The Public Health and Welfare. Chapter 7. Social Security. // The Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980. // <http://www.law.cornell.edu/uniform> – оф.с. Cornell University Law School

<sup>2</sup> The Foster Care Independence Act of 1999. // <http://www.law.cornell.edu/uniform> – оф.с. Cornell University Law School

### **Правовая природа, форма и содержание арбитражного соглашения по праву Германии**

Одним из основополагающих принципов международного коммерческого арбитража является принцип добровольности обращения к арбитражному разбирательству. Арбитраж может принять дело к своему производству только при наличии согласия сторон об этом. Соглашение, выражающее согласованную волю сторон о передаче спора между ними в арбитраж, называется арбитражным соглашением<sup>1</sup>. Нью-Йоркская конвенция 1958 года впервые на уровне международных правовых актов закрепляет необходимость наличия письменного арбитражного соглашения, как предпосылки к началу третейского судопроизводства и устанавливает, что каждое государство-участник «признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договором или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства». Таким образом, по своей природе арбитражное соглашение представляет собой договор, заключаемый между сторонами, по поводу передачи в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением. В немецкой юридической доктрине арбитражное соглашение определяют не иначе, как материально-правовой договор с процессуальным содержанием<sup>2</sup>.

Гражданский процессуальный кодекс ФРГ (Абз.1 §1029) содержит следующее определение: «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, носит ли оно договорный характер или нет»<sup>3</sup>. Необходимо отметить, что данное определение полностью совпадает с определением, данным в ст.7 Типового Закона ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже», принятого Комиссией ООН по международному торговому праву 21 июня 1985 г.

Известны три вида арбитражных соглашений: арбитражная оговорка, третейская запись и арбитражный договор.

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Учебник /Л.П. Ануфриева, К.А. Бекяшев, Г.К. Дмитриева и др. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С.640.

<sup>2</sup> Schuetze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren. S. 44-45.

<sup>3</sup> Перевод ГПК ФРГ см. на сайте по адресу <http://www.dis-arb.de/>

Арбитражный договор - это самостоятельное соглашение между сторонами об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть в будущем в связи с каким-либо контрактом или группой контрактов, заключенных между этими сторонами.

Арбитражная оговорка - это соглашение сторон контракта об арбитражном порядке разрешения споров, включенное в договор как одно из его условий.

Третьей записью (или компромисс) - это отдельное от контракта соглашение между сторонами о разбирательстве в арбитражном порядке уже возникшего между ними спора.<sup>1</sup>

Следует заметить, что данная классификация арбитражных соглашений носит достаточно условный характер и чаще всего бывает представлена в теоретических исследованиях ученых-процессуалистов. Далекое не всегда в законодательстве проводится различие между отдельными видами арбитражного соглашения. Действительно, абз.2 §1029 ГПК ФРГ определяет только два вида: «Арбитражное соглашение может быть заключено в виде отдельного соглашения (арбитражный договор) или в виде оговорки в договоре (арбитражная оговорка)»<sup>2</sup>.

Возможно также обращение в коммерческий арбитраж без предварительного соглашения, однако для того чтобы арбитраж принял такое дело к рассмотрению, необходимо явно выраженное согласие ответчика на рассмотрение спора в данном арбитражном институте, поэтому последний способ практически не применяется и, соответственно, на законодательном уровне очень редко определяется.

Немецкие ученые подчеркивают, что арбитражное соглашение должно быть составлено таким образом, чтобы его форма соответствовала требованиям, установленным законодателем в месте проведения арбитражного разбирательства. Соблюдение формы арбитражного соглашения является одним из важнейших условий признания его действительным.

Поскольку арбитражное соглашение, как упоминалось выше, определяется как материально правовой договор с процессуальным содержанием, естественно, что первым требованием, предъявляемым к действительности такого соглашения – это правоспособность сторон арбитражного соглашения.

Что касается права, применимого для определения правоспособности сторон, то необходимо отметить, что, так как этот вопрос не входит в сферу действия принципа автономии воли сторон, правоспособность сторон определяется по их личному закону. Личный закон физического и юридического лица определяется по-разному в разных странах. В Германии под личным законом физического лица понимается право страны, гражданство

---

<sup>1</sup> Дмитриева Г.К. Учебник «Международное частное право». - М.: Проспект, 2001. С. 133.

<sup>2</sup> См. <http://www.dis-arb.de/>

которой это лицо имеет, т.е. *lex patriae*, в соответствии с которым определяется его гражданская право- и дееспособность. Содержание же правоспособности юридического лица, определяемое его личным законом, устанавливается на основе права места его учреждения.<sup>1</sup>

Важным условием действительности арбитражного соглашения является соблюдение требований, предъявляемых к форме соглашения. Оно позволяет как государственному суду, так и арбитражу удостовериться в подлинности волеизъявления сторон, определить их истинные намерения. Соблюдение требования формы арбитражного соглашения обеспечивает надлежащую защиту от недобросовестных действий другой стороны, пытающейся уклониться от участия в арбитраже со ссылкой на какие-либо дефекты в способе фиксации арбитражного соглашения.

Требования к форме арбитражного соглашения содержатся как в национальном законодательстве, так и в международных конвенциях.

Согласно п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме. Оно может выглядеть в виде арбитражной оговорки в договоре, а может быть составлено в виде отдельного соглашения; в таком случае оно должно быть подписано сторонами. Однако в современных условиях требование подписи арбитражного соглашения, предполагающее личное присутствие обеих сторон при заключении ими сделки, являлось бы, скорее, препятствием для развития международной торговли, особенно если учитывать стремительное развитие электронной торговли<sup>2</sup>. Поэтому Нью-Йоркская конвенция предусматривает, что под термином «письменное соглашение» понимается также и соглашение, содержащееся в обмене письмами или телеграммами. На практике к ним приравниваются также телексы, телетайпы и «иные средства связи».

Согласно пп. «а» п. 2 ст. I Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года арбитражное соглашение соответствует требованию о форме, даже если оно заключено в иной форме, в т.ч. в устной, если по законодательству государств, к которым принадлежат стороны, письменная форма не требуется. Данная коллизия положений Нью-Йоркской конвенции и Европейской конвенции может стать причиной затруднений при определении действительности арбитражного соглашения, если страной проведения арбитражного разбирательства является государство-участник обеих конвенций. С целью разрешения данной коллизии практикой было выработано правило, в соответствии с которым, нормы Европейской конвенции превагируют над нормами Нью-Йоркской конвенции в регулиро-

---

<sup>1</sup> Leisner, 'Verfassungswidrigkeit ausländischer Rechtsnormen' [1957] BayVBl 108, 110.

<sup>2</sup> Карабельников Б.Р. Исполнение решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ. М.: ФБК-ПРЕСС, 2003. С. 52.

вании отношений между контрагентами государств, каждая из которых является участницей обеих конвенций.<sup>1</sup>

В суде ФРГ рассматривалось дело по спору между западногерманской фирмой и австралийской корпорацией. Одна из сторон оспаривала арбитражное соглашение, содержащееся в письме, направленном австрийской корпорацией западногерманской фирме, но не подтвержденном последним в письменной форме. В связи с тем, что ФРГ и Австралия являются участниками и Нью-Йоркской, и Европейской конвенции, перед судом встал вопрос, положения какой конвенции следует применить для разрешения данного спора. Суд пришел к выводу руководствоваться нормами Европейской конвенции, основываясь на том, что она была заключена позже Нью-Йоркской конвенции, и ее нормы превалируют. В соответствии со ст. II (2) Европейской конвенции и на основании того, что согласно нормам права ФРГ сторона, не заявившая возражений сразу после получения предложения заключить арбитражное соглашение, считается связанной этим соглашением, суд признал данное арбитражное соглашение действительным<sup>2</sup>.

Согласно немецкому процессуальному законодательству (§1031 ГПК ФРГ), арбитражное соглашение должно содержаться либо в документе, подписанном сторонами, либо быть заключенным путем обмена письмами, сообщениями по телефаксу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. Имеющим силу арбитражным соглашением может быть также признана часть письменного документа, на который делается ясно выраженная ссылка в подписанном сторонами договоре (абз.3 §1031), а также путем передачи коносамента, в котором также имеется ссылка на имеющееся в договоре чартера арбитражное соглашение (абз.4 § 1031). Таким образом, национальное законодательство ФРГ относится к форме арбитражного соглашения более строго, нежели международные конвенции, однако, необходимо отметить, что в соответствии со ст.25 Основного Закона ФРГ, нормы международного права, являясь составной частью права Германии, имеют преимущество перед национальными законами и законами земель.

Немаловажно предусмотреть в арбитражном соглашении и место проведения арбитража. От того, где будет проходить рассмотрение спора, зависит не только ход процесса и применимое процессуальное право, но и в ряде случаев выбор арбитров, применимого права, возможность принудительного исполнения арбитражного решения в третьих странах.

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Учебник /Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева и др. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. С. 647.

<sup>2</sup> Минаков А.И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. - М., 1985. С. 33.



Правовой фактор является также немаловажным при выборе места арбитражного разбирательства. Страна может быть удобна с географической точки зрения, однако ее арбитражное законодательство может быть, к примеру, устаревшим, суды могут отличаться излишним вмешательством в ход арбитражного разбирательства, что характерно и для Германии.

Желательно также осуществить выбор языка арбитражного разбирательства. Если стороны такого выбора не сделали, то соответствующее решение принимается арбитрами. Обычно в таком случае разбирательство ведется на национальном языке той страны, где оно проводится, или на языке, на котором составлен контракт. При этом возможен перевод на другой язык. Однако это увеличивает расходы сторон, т.к. существует правило, если сторона не владеет языком, на котором осуществляется арбитражное разбирательство, то она обеспечивает переводчика за свой счет.

Каждое арбитражное учреждение имеет свою собственную арбитражную оговорку, рекомендуемую для использования в контрактах. Типовые оговорки содержатся в регламентах институционных арбитражей.

Немецкая институция по арбитражному делу, например, рекомендует всем сторонам, желающим сослаться в своих договорах на ее арбитраж, использовать арбитражное соглашение следующего содержания:

«Все споры, возникающие в связи с Договором (название договора) или относительно его силы, окончательно разрешаются в соответствии с Положением об арбитражном суде Немецкой институции по арбитражному делу (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. – DIS) без обращения в суды обычной (общей) юрисдикции.»

Далее рекомендуются следующие дополнения:

- Местом арбитража является <...>
- Число арбитров составляет <...>
- Материальными нормами, применимыми к существу спора, являются <...>
- Арбитражное разбирательство ведется на <...> языке<sup>1</sup>.

Рекомендуется также надлежащим образом указывать в арбитражном соглашении условие о порядке назначения арбитров, об оплате их услуг арбитров, а также вопрос о конфиденциальности разбирательства.

В заключение следует заметить, что международный коммерческий арбитраж уже давно является общепризнанным способом разрешения споров между участниками международных торговых отношений во всем мире. В настоящее время растет интерес к этому и иным альтернативным способам разрешения споров и начинает создаваться единая система правовых норм, призванных обеспечить принятие и, главное, исполнимость арбитражных решений. Коммерческие субъекты безусловно понимают, что

---

<sup>1</sup> См. <http://www.dis-arb.de/>

чем тщательней продумана и составлена арбитражная оговорка, тем больше шансов избежать проблем, осложняющих и затягивающих арбитражный процесс, а в последствии и исполнение судебного решения. В этом контексте трудно переоценить значение Нью-Йоркской конвенции 1958 г., участниками которой на сегодняшний день являются все государства, имеющие какое-либо значение в мировой экономике, и которая закрепила основные принципы составления арбитражного соглашения. Однако основной груз ответственности за популярность коммерческого арбитража среди иностранных коммерческих организаций несет естественно внутреннее законодательство страны арбитража и деятельность ее арбитражных институтов, которые также определяют условия действительности и действительности арбитражного соглашения.

*Маслова Е.В.*

*Научный руководитель – к.ю.н., доцент Протопопова О.В.*

### **Цессия и неогация оборотного документа в США**

То обширное количество коммерческих сделок, которые заключаются ежедневно в современном деловом мире, было бы невообразимо без оборотных документов. Обратный документ может быть определен как подписанная бумага, содержащая безоговорочное обещание или приказ оплатить точную сумму денежных средств. По назначению и содержанию своему эти документы представляют собой циркулирующие платежно-расчетные средства, то есть в большей мере субститут денег или кредита в рамках коммерческого оборота.<sup>1</sup>

Появление законов, регулирующих оборотные документы, связано с экономической потребностью общества. Еще в средневековом мире проблемы транспортирования и сохранности золота или монет побудили торговцев использовать так называемый «письменный приказ», адресованный банку, произвести оплату лицу, предъявившему данную бумагу. Такие приказы, названные векселями («bills of exchange»), изначально не признавались английскими судами, поэтому торговцы сами создавали и развивали правила, регулирующие использование таких документов. Однако в 1862 году в Англии сложившаяся практика торговцев по векселям была кодифицирована, в результате появился Закон о векселях. В Соединенных Штатах Национальная конференция уполномоченных по унификации права штатов составила проект Единообразного закона об оборотных доку-

---

<sup>1</sup> Вступительная статья Лебедева С.Н. (профессор, заведующий кафедрой международного частного и гражданского права МГИМО, заслуженный юрист РФ), Единообразный торговый кодекс США: Пер. с англ./ Серия: Современное зарубежное и международное частное право. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С.13.

ментах в 1896 году, который к 1920 году был принят всеми штатами, и явился предшественником раздела 3 «Оборотные документы» Единообразного Торгового Кодекса.

Еще одна попытка унификации вексельного регулирования проявилась в принятии 9 декабря 1988 г. Конвенции ООН о международных переводных и простых векселях 1988 г., которая была разработана в рамках Комиссии ООН по праву международной торговли (United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory notes).<sup>1</sup> Если данная Конвенция будет ратифицирована Соединенными Штатами, то на территории США будут применяться положения Конвенции, а не нормы, закрепленные в разделе 3 ЕТК.

Как правило, оборотные документы разделяют на два вида: приказывающие оплатить (переводные векселя (drafts) и чеки (checks) и обещающие оплату (простые векселя (promissory notes) и депозитные сертификаты (certificates of deposit). Основные требования, предъявляемые к оборотным документам следующие:

1. Письменная форма для документов обязательна;
2. Подписываются документы их изготовителем или трассантом, то есть лицом, которое выписывает тратту или которое обозначено в тратте как лицо, приказывающее совершить платеж;
3. Документ должен представлять собой либо безоговорочное обещание произвести оплату, либо приказ к оплате;
4. В документе указывается фиксированная сумма, подлежащая оплате;
5. Также в документе прописывается, когда по нему совершается платеж: по требованию или в строго определенное время;
6. Закрепляется условие о том, каким образом документ подлежит оплате: по указанию или на предъявителя.

Единообразный Торговый Кодекс предусматривает два способа передачи оборотного документа: путем цессии (by assignment) или путем неготиации (by negotiation).

Цессия, как способ передачи прав согласно контракту, дает только те права цессионарию, которыми обладал непосредственно сам cedent, и те методы защиты, которые могут быть предъявлены против cedent, правомочно предъявлять и против цессионария. Данный принцип применяется и при уступке прав по оборотному документу.

Статья 3-203(a) ЕТК определяет цессию оборотного документа следующим образом – это передача оборотного документа лицом, не являющимся векселедателем, другому лицу с целью предоставить ему право требовать принудительного исполнения документа. При уступке прав по обо-

---

<sup>1</sup> Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие./ Под общей редакцией В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. С.447.

ротному документу цессионарию переходит право требовать принудительного исполнения документа и иные права cedenta. Однако, статья 3-203(в) указывает, что в случае вовлечения цессионария в обманные или незаконные действия в отношении уступаемого оборотного документа, цессионарий не получает прав cedenta.

Как правило, если соглашением не предусмотрено иное, оборотный документ передается на возмездной основе, и цессионарий приобретает права согласно произошедшей цессии с момента осуществления cedентом индоссамент на документе, но в то же время цессионарий обладает правом, защищаемом иском о реальном исполнении, на безусловное индоссирование документа cedентом. Однако, уступка оборотного документа будет иметь юридическую силу только с момента осуществления индоссамент. Индоссамент, по которому передается обеспечительный интерес по документу, считается безоговорочным индоссаментом.

Согласно норме статьи 3-416(a) лицо, которое передает оборотный документ за встречное удовлетворение, гарантирует своему правопреемнику, а если передача осуществляется посредством индоссамент, - то любому последующему индоссату, что:

1. Гарант является лицом, уполномоченным требовать принудительного исполнения документа;
2. Все подписи, поставленные на документе, идентичны и правомочны;
3. Документ не был изменен;
4. Документ не подвержен никаким возражениям и требованиям о компенсации со стороны любого лица по отношению к гаранту;
5. Гаранту не известно о каком-либо конкурсном производстве, начатом в отношении составителя или акцептанта, или, в случае неакцептованной тратты, - трассанта.<sup>1</sup>

В случае нарушения предоставленных cedентом гарантий, право на иск у истца возникает с того момента, когда он обнаружил соответствующее нарушение. Истец вправе заявлять требования о возмещении убытков, которые повлекло нарушение гарантии, в размере, равном потерям, понесенным в результате этого нарушения, но не превышающем сумму самого оборотного документа, а также взыскивать упущенную выгоду. При этом у истца с момента обнаружения нарушения гарантии есть всего тридцать дней на уведомление гаранта о своих требованиях, если же данный срок истцом упущен, то ответственность гаранта ограничивается пределами потерь, понесенными истцом до даты, когда истец мог узнать о нарушении гарантии и о личности гаранта.

---

<sup>1</sup> Единообразный торговый кодекс США: Пер. с англ./ Серия: Современное зарубежное и международное частное право. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С.187.

Передача оборотного документа путем негоциации согласно статье 3-201(a) ЕТК означает как добровольную, так и недобровольную передачу владения оборотным документом, совершаемую лицом, не являющимся векселедателем, другому лицу, который таким образом приобретает право держателя документа. В отличие от цессии оборотного документа, где держатель получает лишь тот объем прав, который был у предыдущего владельца документа, в случае негоциации держателю дается возможность получить большее количество прав по документу, чем имел предыдущий владелец.

Норма статьи 3-203(d) указывает, что в случае передачи оборотного документа не полностью, негоциации документа не происходит. Если по одному оборотному документу существует более одного требования, то передача такого документа будет осуществляться путем совершения цессии.

Существует два метода негоциации оборотного документа, зависящие от того, передается ли документ определенному лицу или предъявителю. В первом случае передача документа путем негоциации требует обязательного совершения индоссаментов и передачи владения оборотным документом путем его вручения. В случае же негоциации документа на предъявителя индоссамент не требуется, то есть документ может быть негоцирован путем вручения, что, естественно, влечет за собой большое количество рисков, связанных с утратой такого документа.

Различают следующие виды индоссаментов: специальный, бланковый и необычный. Специальный индоссамент имеет место быть, когда, независимо от того, подлежит ли оборотный документ выплате определенному лицу или предъявителю, указывается лицо, которому подлежит оплате документ. Такой оборотный документ вправе негоцировать по индоссаменту только это лицо. К бланковым индоссаменентам относятся все индоссаменты, не являющиеся специальными, они подлежат оплате предъявителю и негоцируются путем передачи владения. Необычный индоссамент производится лицом, который не является держателем оборотного документа, и не влияет на способ, которым документ может быть негоцирован.

Цессия и негоциация оборотного документа всегда возможны, и не зависят от того, что какие-либо ограничения по уступке или негоциации были прописаны в индоссаменте оборотного документа. Статья 3-202 ЕТК устанавливает, что негоциация действительна, даже если она совершена несовершеннолетним, корпорацией, превысившей свои полномочия, либо неспособным лицом, достигнута посредством обмана, принуждения

или заблуждения, либо совершена в нарушение обязанностей или является частью незаконной сделки.<sup>1</sup>

Тем не менее, возможны случаи аннулирования неогоции, но при условии, что меры правовой защиты не будут применены к правильным держателям или к лицам, добросовестно оплатившим оборотный документ и не знавшим о наличии обстоятельств, ставших основанием для аннулирования неогоции.

Из всех кредиторских средств и методов, используемых в отношениях потребительского кредита и контрактах, возможно, ни один не получил столько популярности, комментариев и противоречий как доктрина о законном владельце (*holder in due course, HIBC doctrine*).

На сегодняшний день, лицо может квалифицироваться как законный владелец (HIBC), если оно приобретает оборотный документ за «стоимость», «добросовестно, в честных намерениях» и «без уведомления о том, что этот документ просрочен или был отказан в оплате или в любой защите против требований на него со стороны любого лица». Статус *HIBC* обеспечивает много преимуществ по отношению к лицу, имеющему обязательства по этому документу, и эти преимущества играют важную роль в сделках потребительского кредита, где такой документ довольно часто используется.

В типичном потребительском кредите на покупку товаров долгосрочного пользования приобретатель подписывает документ о платеже в рассрочку продавцу, соглашаясь возместить неоплаченную часть покупной цены плюс комиссионные сборы за предоставление денежных средств, в соответствии с оговоренным графиком возмещения. Продавец, в свою очередь, неогоцирует документ в учреждение финансирования (обычно в компанию, специализирующуюся по финансированию продаж, или банк). В большинстве этих сделок учреждение финансирования имеет статус HIBC и может заявлять требования приобретателю по документу, независимо от каких-либо возражений, которые покупатель может иметь против продавца относительно совершенной покупки. Например, если приобретатель подпишет документ на оплату или частичную оплату за холодильник, финансовое учреждение, которое является держателем документа, как *HIBC*, имеет право получить оплату, несмотря на то, что холодильник оказался неисправным, или если никогда не была осуществлена его поставка приобретателю, или был поставлен холодильник не в том виде, в каком был представлен во время продажи.

Такой юридический прием, как освобождение от обязательств, обеспечивает привилегии финансовым институтам от возражений, которые

---

<sup>1</sup> Единообразный торговый кодекс США: Пер. с англ./ Серия: Современное зарубежное и международное частное право. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С.166.

может предъявить покупатель продавцу, до осуществления покупателем оплаты. Отказ от пункта возражений является частью контракта купли-продажи в рассрочку и, фактически, обеспечивает представителю контракта выгоды и статус *HIDC*.

Не так давно и суды, и законодательные органы стали переоценивать и тщательно исследовать законность и воздействие *HIDC* доктрины и освобождения от обязательств в сделках потребительского кредита. Множество судов отвергло статус *HIDC* для кредиторов за «слишком тесную связь» с продавцами потребительских товаров. Ряд законодательных органов штатов запретил использование оборотных документов и, следовательно, статус *HIDC* в розничных продажах (предоставлениях услуг) в рассрочку. Освобождение от возражений в контрактах купли-продажи потребительских товаров было признано судами юридически недействительным, как нарушение государственной политики, и было запрещено несколькими законодательными органами.

*Мкртумян А.Р.*  
*(Российская академия государственной службы*  
*при Президенте РФ)*  
*Научный руководитель – д.ю.н., профессор Кузнецов М.Н.*

### **История развития автономий в XX веке**

Процесс возникновения автономий в истории российского государства проходил несколько этапов. До Октябрьской революции Россия представляла собой унитарное государство. К концу XIX в. территория России составляла 22 млн. кв. км., а в состав 120-млн. населения входили около 150 наций и народностей, принадлежавших к различным конфессиям. Большое территориальное пространство, невозможность его эффективного управления из одного политического центра, поликонфессиональность, полиэтничность, сложные межнациональные отношения, желание входящих в состав России наций сохранить национальную самобытность и признаки государственности уже тогда обусловили широкий интерес к идеям автономии и федерации. Безусловно все это обусловило появление элементов автономии в региональной и национальной политике царского правительства. Автономные системы управления действовали на Украине, в Прибалтике, среди Кавказских народов, в Грузии, Азербайджане, в Армении и Нахичеванской области, в Средней Азии и в присоединенной в 1809 г. Финляндии.

После Февральской революции к вопросам государственного устройства обратилась Особая комиссия по составлению проекта Основных

законов при Временном правительстве. Предварительный проект статей Основных законов по вопросу об автономии (федерации) предусматривал:

1) Государство Российское едино и нераздельно.

2) В составе государства Российского Финляндия пользуется самостоятельностью на основаниях и в пределах, установленных законом о взаимных отношениях России и Финляндии, принятым Учредительным Собранием и формой правления, утвержденной.

3) В государстве Российском будет введена областная автономия.

4) Устройство областных учреждений и пределы их ведомства в делах местного законодательства и управления будут определяться законами, издаваемыми центральной законодательной властью<sup>1</sup>.

Областные власти наделялись правом издавать законы, не противоречащие законам, издаваемым центральной властью. Пределы областного законодательства и предметы ведения областей должны были быть определены соответствующими центральными законами об областях.

Таким образом, федеративные отношения могли бы быть установлены только с Финляндией, остальные части Российской империи могли претендовать только на статус политической автономии. При этом получение статуса «областной автономии» не увязывалось напрямую с национальным составом населения, и такой статус, вероятно, мог быть предоставлен и с учетом иных обстоятельств. Однако Октябрьская революция не позволила подобным проектам реализоваться.

Позиция новой советской власти в вопросе о форме политико-территориального устройства государства была сформулирована В.И. Лениным еще до революции. Основным явился тезис о признании права наций на самоопределение вплоть до отделения и образования самостоятельного государства. Еще I съезд РСДРП в своем решении признал за каждой нацией право на самостоятельное государственное существование, правда, только в отдельных случаях. Следующим шагом стали решения ЦК (сентябрь 1913 года): «Признание права на свободное отделение от России угнетенных царизмом наций безусловно обязательно для социал-демократов во имя их демократических и социалистических задач».<sup>2</sup>

Провозглашалось «областное самоуправление для тех местностей, которые отличаются особыми бытовыми условиями и составом населения».<sup>2</sup> Также впервые была выдвинута идея широкой областной национальной автономии. Кроме того, в резолюции совещания было принято положение о полном равноправии всех наций и языков.

---

<sup>1</sup> Предварительные проект статей Основных законов по вопросу об автономии (федерации). Запись Особой комиссии для выработки проекта Основных государственных законов Российской республики. Заседание 17 октября 1917 г. № 3 II Конституционное право России. Основные законы, конституции и документы XVIII-XX веков. Хрестоматия. Новосибирск, 2000. С. 488.

<sup>2</sup> Ленин В.И. Полн. собр. соч. Изд. 5-е. т.27. С. 264.



В работе «Критические заметки по национальному вопросу» В.И. Ленин подверг критике идею национально-культурной автономии, выдвинутую Отто Бауэром и Карлом Ронсором.<sup>1</sup> Так как культурно-национальная автономия, по мнению австрийских социал-демократов - это автономия лишь в пределах культурной жизни нации, она не предоставляла нации право иметь свои государственные органы власти.

Эта автономия касалась лишь права нации иметь свои школы, клубы, печать и т.п., работающие на языке данной нации. В.И. Ленин подчеркивал классовый характер национальных культур, полагая, что разделение школьного дела по национальному признаку в пределах одного государства вредным для «интернационального воспитания трудящихся, противоречащим демократии вообще и интересам классовой борьбы пролетариата в частности».

Крупное, централизованное, демократическое, унитарное государство В.И. Ленин считал наиболее отвечающим интересам пролетариата в его борьбе за диктатуру пролетариата, признавая федерацию лишь как исключение. Вплоть до Октябрьской революции Ленин считал федерацию неприемлемой формой государственного устройства для России. Он исходил из идеи создания унитарной республики с широкой автономией внутри нее для тех наций, которые не пожелали бы отделиться<sup>2</sup>.

Провозглашение России федерацией после Октябрьской революции было шагом вынужденным, обусловленным, в том числе, реальной угрозой распада государства. В этот период Советское правительство своими декретами признало государственную независимость Украины (17 декабря 1917г.), Финляндии (31 декабря 1917 г.), Эстонии (7 декабря 1918 г.), Латвии (22 декабря 1918 г.), Литвы (22 декабря 1918 г.), Белоруссии (31 января 1919 г.).<sup>3</sup>

Россия была провозглашена федерацией в Декларации прав трудящегося и эксплуатируемого народа, принятой III Всероссийским съездом Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов в январе 1918г.<sup>4</sup> После принятия Конституции РСФСР 1918 года Россия окончательно оформилась как федерация, основанная на автономии.<sup>5</sup>

Конституция РСФСР в ст. 11 провозглашала: «Советы областей, отличающихся особым бытом и национальным составом, могут объединиться в автономные областные союзы, во главе которых, стоят областные съезды Советов и их исполнительные органы. Эти автономные областные союзы входят на началах федерации в Российскую Социалистическую Федера-

<sup>1</sup> КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. Изд. 8-е, т.1. – М., 1970. С. 63.

<sup>2</sup> См. Ленин В.И. Полн. собр. соч. т. 24. С. 134.

<sup>3</sup> См.: Декреты Советской власти. Т.1. - М., 1957. С. 40.

<sup>4</sup> СУ РСФСР. 1918 № 15, Ст. 215.

<sup>5</sup> Лепешкин А.И. Советский федерализм (теория и практика). - М., 1977. С. 84

тивную Советскую Республику».<sup>1</sup> Конституция РСФСР 1918 года закрепила национально-территориальный принцип формирования автономных образований внутри РСФСР.

В развитии автономии в РСФСР в период 1918-1922 гг. можно выделить два этапа.<sup>2</sup> Первый этап охватывает первую половину 1918 года, когда были созданы первые автономные республики. В этот период были образованы Терская Советская республика, Социалистическая республика Таврида, Донская Советская республика, Кубано-Черноморская Советская республика и Северо-Кавказская Советская республика.<sup>3</sup>

На втором этапе (вторая половина 1918 - 1922 годов) различные формы автономии создавались в полном соответствии с национально-территориальным принципом. Кроме того, Конституция РСФСР 1918 года установила, что к ведению высших органов РСФСР относится установление границ и компетенции областных советских союзов, входящих в состав РСФСР; разрешение споров между ними; принятие в состав РСФСР новых членов Советской Республики и признание выхода из Российской Федерации отдельных ее частей. Следовательно, одного факта образования автономии стало уже недостаточно, а требовалось решение высших органов Российской Федерации о принятии автономии в состав РСФСР, равно как и ее выходе.

В первой половине 1918 года основной и единственной формой автономии была автономная республика. Однако, уже во второй половине 1918 года создается новая форма автономии - трудовая коммуна, а с 1920 года начинает широко применяться еще одна форма автономии - автономная область.

Автономная республика была высшей формой автономии. Она имела некоторые атрибуты государственности: свой государственный механизм, свою конституцию (или закон, выполняющий функции конституции). В отличие от автономной республики трудовые коммуны и автономные области атрибутов государственности не имели.

Вступление РСФСР в состав Союза ССР совпало с завершением становления самой Российской Федерации. К моменту образования Союза ССР в составе РСФСР находилось 8 автономных республик и 11 автономных областей и 2 трудовые коммуны. В 1921-1924 годах автономные республики и автономные области были образованы не только в РСФСР, но и в других союзных республиках. В 1923 году упраздняются автономные трудовые коммуны путем преобразования их в автономные республики.

---

<sup>1</sup> СУ РСФСР. 1918. №51. Ст. 582.

<sup>2</sup> Лепешкин А.И. Цит. соч. С. 89

<sup>3</sup> См. подробнее: Чистяков О.И. Становление Российской Федерации (1917-1922), М., 1966. С. 107-110.

Важным событием в развитии автономий в РСФСР стало принятие Конституции РСФСР 1925 года.<sup>1</sup>

Формой реализации национальной политики Советского государства стало создание новой формы административных автономий - национальных округов. Национальные округа были введены Постановлением ВЦИК СССР от 19 декабря 1930 г.<sup>2</sup> До этого в качестве эксперимента были образованы: 25 февраля 1925 г. - Коми-Пермяцкий национальный округ, 15 июля 1929 г. - Ненецкий национальный округ.

Конституция (Основной Закон) СССР 1936 года закрепила наличие в составе РСФСР 17 автономных республик и 6 автономных областей.<sup>3</sup> Национальные округа упомянуты не были. Высшие органы власти СССР имели право утверждать образование новых автономных республик и областей в составе союзных республик.<sup>4</sup>

Конституция (Основной Закон) РСФСР 1937 года повторила нормы Конституции СССР 1936 года о территориальном устройстве.<sup>5</sup> Статьи 20 и 21 закрепляли право автономной республики иметь свою Конституцию, утвержденную высшими органами власти РСФСР, а также свое законодательство. В случае расхождения закона автономной республики с законом РСФСР, действовал закон РСФСР. Права принятия собственного законодательства автономные области не имели.

Конституция (Основной Закон) СССР 1977 года посвятила статусу автономий две главы — 10 и 11. Она закрепила основы статуса автономной республики, области и округа. Национальный округ был переименован в автономный. Конституция установила, что вне пределов прав Союза ССР и РСФСР автономная республика самостоятельно решает вопросы, относящиеся к ее ведению. Автономная республика имела свою конституцию, способствовала осуществлению на этой территории полномочий Союза ССР и союзной республики, проводила в жизнь решения высших органов государственной власти СССР и союзной республики. Территория автономной республики не могла быть изменена без ее согласия. Конституция впервые отменила необходимость утверждения конституции автономной республики органами государственной власти союзной республики.

Автономная область находилась в составе союзной республики или края.

Автономный округ находился в составе края или области.

---

<sup>1</sup> Конституция (Основной Закон) РСФСР, изд. ВЦИК. - М. 1925.

<sup>2</sup> Кормаксова К.Д. Суверенность народностей СССР. Ростов, 1967. С. 44-45.

<sup>3</sup> Конституция (Основной Закон) СССР. - М., 1936.

<sup>4</sup> Закон СССР "Об изменении и дополнении текста Конституции (Основного Закона) СССР от 25 февраля 1947 г. / "Заседания Верховного Совета СССР (третья сессия)". Стенографический отчет, изд. Верховного Совета СССР, 1947, стр. 379-391.

<sup>5</sup> Конституция (Основной Закон) РСФСР. - М.-Л., 1937.

Автономные образования имели право законодательной инициативы на Съезде народных депутатов СССР.

Конституция (Основной Закон) РСФСР 1978 года воспроизвела эти положения.<sup>1</sup> Она впервые закрепила перечень автономных округов, находящихся в составе краев и областей (ч.7 ст. 71).<sup>2</sup>

Согласно статьям 71 и 84 Конституции РСФСР автономный округ находился в составе края или области. Правовое положение автономного округа характеризовалось административно-территориальной подчиненностью по отношению к краю или области.

Таким образом, в 30-80-е годы национальные (автономные) округа фактически имели статус административно-территориальных единиц краев, областей, наделенных некоторыми дополнительными правами и льготами, predeterminedенными их национальной, экономической и иной спецификой. Среди советских государствоведов не было единства взглядов на природу национальных (автономных) округов. И.Д. Левин считал национальные округа обычными административно-территориальными единицами<sup>3</sup> хотя и признавал, что в их статусе «имеются элементы автономии»<sup>4</sup> О.И. Чистяков полагал, что "национальный округ — это административно-территориальное образование в составе РСФСР, отличающееся особенностями национального состава и быта населения."<sup>5</sup> А.И. Лепешкин и Д.Л. Златопольский рассматривали национальные округа одновременно и как «форму административной автономии», и как «одну из форм национальной государственности».<sup>6</sup>

Автономные округа и автономные области в литературе характеризовались как типичные формы административной автономии. Однако статус автономных округов во многом отличался от статуса автономных областей. Прежде всего, автономные области могли напрямую входить в состав РСФСР, автономные округа такого права были лишены.

Центробежные процессы, охватившие союзные республики в конце 80-начале 90-х годов, вскоре начали развиваться и в автономных образованиях, находящихся в составе РФ. Одни из них поставили вопрос о предоставлении им статуса суверенных государств, другие - о повышении формы их государственности. Так, Совет народных депутатов Ханты-Мансийского автономного округа принял заявление о необходимости его

---

<sup>1</sup> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1978. №15. Ст. 407.

<sup>2</sup> Конституция Российской Федерации - России. Изд. Верховного Совета РФ, 1993.

<sup>3</sup> Левин И.Д. Суверенитет. - М., 1948. С. 345

<sup>4</sup> Левин. И.Д. Советская федерация - государственно-правовая форма разрешения национального вопроса. //Вопросы советского государства и права. 1917-1957. - М., 1957. С. 246.

<sup>5</sup> Чистяков О.И. РСФСР // Национальная государственность советских республик. - М., 1968. С. 73.

<sup>6</sup> Лепешкин А.И. Цит. соч. С. 230-231; Златопольский Д.Л. Формы национальной государственности народов СССР. - М., 1975. С. 33, 49.

выделения из состава Тюменской области и провозглашения равноправным субъектом РФ и тд. Верховный Совет РСФСР оставил эти акты без внимания.

Учитывая все эти процессы, четвертый Съезд народных депутатов России признал необходимым повысить правовой статус всех автономных республик, исключив из их названия слово «автономная». Было установлено их новое официальное название – «республики в составе РСФСР».<sup>1</sup> Наряду с этим правовой статус республик в составе РСФСР получили все бывшие автономные области, кроме Еврейской автономной области.<sup>2</sup>

До 1990 года конституционное положение о вхождении автономного округа в состав края или области носило императивный характер. Закон РСФСР от 15 декабря 1990 г. «Об изменениях и дополнениях Конституции РСФСР» предусмотрел, что «автономный округ находится в составе РСФСР и может входить в край или область». Таким образом, конституционная норма приобрела диспозитивный характер. В контексте существовавшего юридического и фактического положения автономного округа это означало закрепление его права на выход из состава края, области и на непосредственное вхождение в состав Российской Федерации. Именно из такого понимания исходил Конституционный Суд РФ в постановлении по делу о проверке конституционности Закона Российской Федерации от 17 июня 1992 г. «О непосредственном вхождении Чукотского автономного округа в состав Российской Федерации»

Федеративный Договор и соответствующие статьи Конституции РФ в редакции от 21 апреля 1992 г. закрепили конституционно-правовой статус автономного округа в качестве субъекта РФ независимо от его нахождения в крае или области. Именно с момента начался принципиально иной этап формирования федерации в России, и все бывшие автономные образования стали полноправными субъектами Федерации.

Частью второй статьи III этого Договора установлено, что автономные округа являются самостоятельными участниками соглашений с краями, областями, а также республиками, автономной областью, автономными округами в составе РФ в соответствии с Конституцией и законами РФ. Договор был впервые упомянут как источник регулирования отношений между краем, областью и автономным округом.

Согласно Конституции РСФСР изменение конституционно-правового статуса субъектов РФ (в том числе автономных округов), а также разделение и объединение их территорий могло быть осуществлено на

---

<sup>1</sup> Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. №22. Ст. 776.

<sup>2</sup> Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991, №27, ст. 930-933.

основе волеизъявления большинства избирателей субъекта РФ с последующим утверждением Съездом народных депутатов РФ. Закон РФ от 5 марта 1992 г. "О краевом, областном Совете народных депутатов и краевой, областной администрации" предусмотрел, что порядок выхода автономного округа из состава края (области) определяется законом РФ".<sup>1</sup>

Новая Конституция РФ, принятая 12 декабря 1993 г., закрепила федеративное устройство России, провозгласив ее равноправными субъектами РФ республики, края, области, города федерального значения, автономную область и автономные округа.

Конституция Российской Федерации 1993 года ограничивается констатацией существования «автономных округов, входящих в состав края или области» (ч. 4 ст. 66), при этом определяя входящие в состав края или области автономные округа в качестве равноправных субъектов федерации.

*Мухин М.М.*

*(Российская академия государственной службы  
при Президенте РФ)*

*Научный руководитель - д.ю.н., профессор,  
судья Высшего Арбитражного Суда РФ Нешатаева Т.Н.*

### **Краткая характеристика основных этапов унификации регулирования трансграничного банкротства (на примере основных конвенций Европейского союза и типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности).**

Следствием увеличения интенсивности экономических связей в мире и развития международной торговли, стала проблема урегулирования споров, связанных с трансграничным банкротством. На первоначальном этапе, данная проблема решалась путем заключения двухсторонних соглашений между странами, имеющими наиболее тесные экономические отношения. Ярким примером таких соглашений может быть Франко-Швейцарская конвенция 1869 г., Соглашение Монтевидео 1889 г., Северная конвенция 1933 г., Кодекс Бустаменте 1928 г. Отличительной чертой таких соглашений было то, что они, в большинстве случаев, придерживались принципов международного частного права, и как следствие, принципа единого производства. Поэтому, они, как правило, предусматривали взаимное признание судебных решений, признание юрисдикции домициля или, реже, основного места ведения бизнеса, а также признание полномочий иностранного управляющего (ликвидатора). Все эти соглашения носили либо двух-

---

<sup>1</sup> Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. N 13. Ст. 663, №34. Ст. 1966; 1993. №17. Ст. 601, №34. Ст. 1398; СЗ РФ. 1997. №47. Ст. 5341. Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. №28, Ст. 1618

сторонний, либо узко региональный характер, большинство стран присоединившихся к ним имели достаточно схожие культурные и правовые традиции, что во многом затрудняло их применение при мультинациональных банкротствах.

Можно отметить, что наиболее активно процесс унификации законодательства в области несостоятельности происходил в Европе, особенно интересно, что процесс унификации в Европе затрагивает страны с различными правовыми системами, тем самым, давая ориентиры для более глобальной унификации в сфере правового регулирования трансграничной несостоятельности, что, как будет показано ниже, повлияло на такие универсальные документы, регулирующие трансграничную несостоятельность, такие как типовый закон ЮНСИТРАЛ.

Одним из наиболее интересных проектов стал европейский проект конвенции о трансграничной несостоятельности, работа над которым началась в 1960 году. Данный проект предусматривал принцип единого производства, а также запрет на открытие производства о несостоятельности в других государствах-участниках конвенции, в случае открытия производства в другом государстве-участнике конвенции.<sup>1</sup> Однако, данный проект опередил свое время и, так и не был завершен, по словам Манфреда Бальца<sup>2</sup>, он был слишком амбициозным и не соответствовал реальному положению вещей, поэтому не был принят государствами.

Следующей вехой на пути унификации регулирования трансграничного банкротства в Европе, стала Стамбульская конвенция 1990 года. Ее особенностью являлось то, что она предусматривала: во-первых, взаимное признание полномочий ликвидаторов (особенно в отношении сбора активов должника); во-вторых, - возможность открытия второстепенных процедур банкротства на территории других государств, в которых должник имеет существенные активы и предназначенные для удовлетворения требований обеспеченных и приоритетных кредиторов на территории данного государства, таких, например, как работники должника, налоговые органы. По сути, конвенция предусматривала принцип параллельных производств, хотя и давала больше полномочий ликвидатору по консолидации активов должника. В связи с тем, что практически ничего нового данная конвенция не привнесла, а только незначительно улучшила те положения, которые уже существовали на уровне двухсторонних отношений, она так и осталась не подписанной странами-членами Европейского экономического сообщества.

---

<sup>1</sup> Manfred Balz. The European Union convention on Insolvency Proceedings. American Bankruptcy Law journal No. 70 1996. P. 492.

<sup>2</sup> Manfred Balz – председатель Комиссии по подготовке проекта Конвенции о трансграничной несостоятельности Европейского Экономического Сообщества (1989 – 1995).

Фактический провал Стамбульской конвенции, однако, не повлиял на дальнейшие попытки унификации правового регулирования трансграничного банкротства в Европе. Ярким примером этому может служить Конвенция Европейского сообщества о производстве по делам о несостоятельности 1995 г. Основой данной Конвенции стал принцип “*direct convention*”, что означало, что Конвенция имеет прямое действие на всей территории государств-участников, по всем вопросам, предусмотренным Конвенцией, а также, что положения национальных законодательств, регулирующих вопросы, входящие в сферу регулирования Конвенции и противоречащие ее положениям отменялись. На основе данного принципа выстраивалась юрисдикционная иерархия. Приоритет отдавался суду, находящемуся в месте “центра основных интересов” должника, несмотря на то, что определение такого центра не давалось, презюмировалось, что таким центром является место регистрации офиса должника, хотя данная презумпция могла быть оспорена. Другим критерием являлось место нахождения предприятия или активов должника, при этом производство, открытое в суде по месту нахождения предприятия или активов должника, не должно было затрагивать активы должника, расположенные в других государствах. Еще одним важным принципом Конвенции является принцип универсальности производства, открытого в соответствии с критерием “центра основных интересов” при допущении вторичных производств, направленных на удовлетворение кредиторов, имеющих привилегии в соответствии с национальным законодательством. И, наконец, последним существенным принципом Конвенции является принцип основного (дополнительного) производства, вместо принципа “локализации активов”. Принципы, сформулированные в Конвенции, нашли широкую поддержку среди стран-членов ЕС, большинство из которых подписали Конвенцию, за исключением Великобритании (ввиду разногласий по проекту Директивы о процедурах реорганизации и ликвидации кредитных учреждений).

Таким образом, европейские попытки унификации законодательства о трансграничном банкротстве значительно помогли в выработке основных принципов трансграничного банкротства, которые в дальнейшем были использованы при разработке типового закона ЮНСИТРАЛ.

Основным универсальным документом, регулирующим, на сегодняшний день, вопросы трансграничной несостоятельности остается Типовой закон о несостоятельности ЮНСИТРАЛ. Началу проекта по разработке Типового закона, послужили два коллоквиума ЮНСИТРАЛИНСОЛ, состоявшихся в 1994 и 1995 гг., на которых и было принято решение о разработке Типового закона.

Особенностью Типового закона является то, что он не является Конвенцией. В ходе его разработки, представителями ЮНСИТРАЛ была выявлена тесная взаимосвязь между национальными законами о несостоя-



тельности и процессуальным законодательством, что, как показывает богатый опыт переговоров ЮНСИТРАЛ, вряд ли бы позволило подготовить универсальную конвенцию о несостоятельности, т.к. по вопросам, затрагивающим национальное законодательство в целом и процессуальное законодательство, в частности, странам очень сложно найти компромиссные решения. Подтверждением, тому может служить вывод, сделанный Международной ассоциацией юристов "...перспективным направлением принятия законодательства, которое действительно улучшит функционирование систем регулирования трансграничной несостоятельности в реальном мире, является разработка положений типового закона"<sup>1</sup>

По своей сути Типовой закон носит рекомендательный характер и дает государствам пространство для маневра. Он служит удобным средством для гармонизации и модернизации национального законодательства в области трансграничного банкротства, когда государства сами захотят или им потребуется внести коррективы в типовой закон с учетом национальной специфики или достижение единообразия будет признано нецелесообразным. Такая гибкость, очевидно, является преимуществом типового закона по сравнению с иными видами универсальных соглашений, условия которых являются жестко обязательными для их участников. Несмотря на такую гибкость типового закона, ЮНСИТРАЛ рекомендовала всем странам, использующим типовой закон, по возможности, вносить в него минимальные изменения, с тем, чтобы добиться удовлетворительного уровня унификации трансграничной несостоятельности.<sup>2</sup>

Основной задачей типового закона является главная проблема производства о трансграничной несостоятельности – оперативное принятие мер по консолидации активов.<sup>3</sup> В связи с этим, текст типового закона выстроен по следующим четырем основным направлениям:

1. Доступ представителей иностранных производств по делам о несостоятельности и кредиторов к судам в настоящем государстве.

Типовой закон предусматривает возможность непосредственного доступа представителей производства к иностранным судам. Типовой закон предоставляет представителям иностранных производств подавать заявления в суд государств, где они намерены действовать. Также закон предусматривает, что такое обращение иностранного представителя, не создаст в отношении него, активов и операций должника, юрисдикции у суда, в который он обратился. Это правило призвано оградить иностранного представителя от действия юрисдикционных правил государств, в которых са-

---

<sup>1</sup> Ежегодник ЮНСИТРАЛ, том XXVIII: 1997 г. (издание ООН номер для продажи E.99.V.6), стр. 341, п. 41.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2007, пункты 34-35, издание ООН, ISBN 978-92-1-133768-6).

<sup>3</sup> Andre J. Berends. 1998 "The UNCITRAL Model law on Cross-border Insolvency: A comprehensive overview", Tulane Journal of International and Comparative Law. P. 321.

ма явка или обращение в суд считается достаточным основанием для принятия на себя судом юрисдикции в отношении обращающегося лица (например, Англия). Кроме того, Типовой закон позволяет иностранному представителю как основного, так и неосновного производства, подавать ходатайства о возбуждении местного производства или участвовать в уже открытом местном производстве, что, как правило, не предусмотрено национальными законодательствами. Не менее важно то, что Типовой закон не связывает процессуальную правоспособность иностранного представителя с признанием его судом.

2. Признание иностранного производства в том случае, когда оно соответствует требованиям, содержащимся в типовом законе.

Согласно Типовому закону, решение о признании иностранного производства должно приниматься быстро и сопровождаться автоматическим принятием мер по обеспечению иска. Под «иностранным производством» типовой закон подразумевает коллективное производство в отношении должника, основанное на законодательном акте о несостоятельности, целью которого является либо реорганизация, либо ликвидация должника, в рамках которого компетентный орган либо суд осуществляют контроль или надзор за активами и деловыми операциями должника. Иностранное производство может быть основным и неосновным. Для разграничения основного и неосновного производств, типовой закон использует юрисдикционные критерии. Такие как, основное местонахождение центра интересов должника или его предприятия. Для открытия параллельного производства в соответствии с типовым законом необходимо наличие следующего юрисдикционного критерия – местонахождения активов должника. Как видно, все указанные выше юрисдикционные критерии содержались в Конвенции Европейского сообщества о производстве по делам о несостоятельности и Стамбульской конвенции. Признание иностранного производства не происходит автоматически, для этого требуется, чтобы официальный представитель иностранного производства подал в соответствующий суд ходатайство о признании иностранного производства, к которому он должен приложить заверенную копию решения суда либо иного компетентного органа об открытии иностранного производства и назначении официального представителя. Кроме того, ходатайство должно содержать перечень всех известных иностранному представителю открытых производств или процедур в отношении должника. Для исключения вопросов, связанных с выбором мер обеспечения иска, типовой закон прямо предусматривает такие меры. Например, после признания иностранного производства приостанавливаются любые индивидуальные действия в отношении активов, прав и обязательств должника, в том числе исполнительное производство. По сути, признание иностранного производства означает

наделение иностранного производства последствиями, предусмотренными законодательством страны, суд которой признал такое производство.

3. Оказание помощи участникам признанных иностранных производств.

Факт признания иностранного производства влияет на объем правовой помощи, предоставляемой участникам, такого иностранного производства. Как уже было сказано, выше, после признания иностранного производства приостанавливаются любые индивидуальные действия в отношении активов, прав и обязательств должника, при этом данное ограничение носит абсолютный характер, и охватывает действия, которые совершаются в арбитражном суде. Кроме того, суд имеет право поручить управление активами должника иностранному представителю или иному, уполномоченному судом лицу. Еще одной особенностью типового закона является предоставление возможности судам напрямую вступать в контакт с иностранными контрагентами или представителями иностранных производств по делам о несостоятельности в целях недопущения растаскивания имущества должника. Например, суд может предоставить право иностранному представителю распределять активы должника между участниками производства, при условии, что интересы местных кредиторов не будут ущемлены. Для этого суд может обусловить свое решение в пользу иностранного представителя любыми условиями, которые он сочтет необходимыми. Типовой закон предусматривает следующие формы сотрудничества: назначение лица или учреждения, которые будут осуществлять действия по указанию суда, передача информации при помощи любых средств, которые суд посчитает надлежащими, координация управления активами и деловыми операциями должника и надзор за ними, утверждение и использование судами соглашений о координации производств, координация параллельных производств в отношении одного и того же должника.

4. Налаживание сотрудничества между судами государств, на территории которых находится имущество должника.

Типовой закон не просто предусматривает, но накладывает обязательства на суды по взаимному сотрудничеству в максимально возможной степени. Помимо этого типовой закон предоставляет широкие полномочия управляющего по обращению к иностранным судам, однако, не забывая о том, что такой управляющий действует под надзором компетентного суда. При этом ЮНСИТРАЛ рекомендует не изменять действующие в законодательстве нормы о надзоре суда за действиями управляющего. Данная рекомендация, в первую очередь сделана для того, чтобы управляющему не приходилось получать какие-то дополнительные разрешения, либо выполнять специальные процедуры для обращения в иностранные суды.

Как видно из изложенного, типовой закон это попытка найти некий компромисс между теорией единого производства и теорией параллельных

производств. Преобладающей линией в проекте, конечно, остается теория параллельных производств, что нашло отражение в возможности открытия основного и неосновного производств. Однако, в положениях, касающихся признания иностранных производств и правовой помощи, явно прослеживаются признаки теории единого производства. Типовой закон во многом показывает готовность государств к сотрудничеству в области трансграничного банкротства, однако, данное сотрудничество не предполагает таких тесных взаимоотношений, которые, например, были предусмотрены в Стамбульской конвенции. Судя по тому, что типовой закон был принят всего лишь в 11 странах, проблема унификации правового регулирования трансграничного банкротства на универсальном уровне, до сих пор стоит достаточно остро.

*Никитин А.В.*

*Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

### **Косвенная экспроприация иностранных инвестиций**

Современный период экономического роста и развивающееся многообразие правоотношений в сфере экономики дает стимул для притока иностранных инвестиций в Россию. В то же время законодатель может все одной лишь нормой права ввести такие способы правового регулирования иностранных инвестиций, которые полностью нивелируют привлекательность инвестирования иностранных капиталов в целые отрасли Российской экономики, и в значительной степени могут скомпрометировать нашу страну в глазах мирового сообщества, показав, что политические заявления о политике защиты иностранных инвестиций в России оказываются не более, чем декларациями.

Дело в том, что приток инвестиций возможен лишь в режиме политического благоприятствования ему, который должен находить свое *практическое* выражение в развитии законодателем правовой системы *защиты* иностранных инвестиций, уже произведенных в экономику нашей страны.

«Четкое обозначение общего юридического стандарта для иностранных инвестиций имеет важное значение для обеспечения благоприятного инвестиционного климата в любой стране»<sup>1</sup>.

Таким образом, вопрос о выработке рекомендаций по совершенствованию правовой системы защиты иностранных инвестиций в РФ, можно рассматривать как актуальную научно-практическую задачу.

В тот момент, когда речь идет о существенном изменении законодателем режима иностранных инвестиций, даже краткий анализ положений,

---

<sup>1</sup> Саркисян Г.Р. Особенности правового режима иностранных инвестиций в России // Право и политика. -2006. - № 11.

содержащихся в законопроекте, прошедшем второе чтение в Государственной Думе, представляется важным, как никогда, поскольку негативные правовые последствия еще возможно предотвратить.

Проект Федерального Закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для национальной безопасности Российской Федерации (О порядке осуществления иностранных инвестиций в коммерческие организации, имеющие стратегическое значение для национальной безопасности Российской Федерации)» (Далее – Проект), прошедший второе чтение в государственной Думе опубликован 21.03.2008<sup>1</sup> в сети Интернет.

Предметом нашего исследования будут положения ст. 15 Проекта «Действие настоящего Федерального Закона во времени», а объектом – те общественные отношения, на которые положение этой статьи может оказать негативное влияние.

П. 1 Ст. 15 Проекта устанавливает, что принимаемый закон будет применяется к отношениям, связанным с осуществлением иностранных инвестиций в форме приобретения акций (долей) стратегических хозяйственных обществ и с совершением иностранными инвесторами (группой лиц) иных сделок, влекущих за собой установление контроля над стратегическими хозяйственными обществами и возникшим *после* дня вступления в силу настоящего Федерального закона.

Следует заметить, что в целом проект ограничивает иностранные инвестиции не только в такие отрасли, как скажем, разработка ядерного оружия, но и в такие мирные виды деятельности (инвестиции в которые до настоящего времени произвели достаточно много иностранных компаний), как осуществление телевизионного вещания и осуществление радиовещания (п.п. 6 и 7 ч. 2 ст. 6 Проекта).

Мы делаем это замечание потому, что за приведенной выше нормой ст. 15 Проекта следует норма, которая в значительной мере лишает ее силы:

*«К отношениям, связанным с осуществлением иностранных инвестиций в форме приобретения акций (долей) стратегических хозяйственных обществ и с совершением иностранными инвесторами (группой лиц) иных сделок, влекущих за собой установление контроля над стратегическими хозяйственными обществами и возникшим до дня вступления в силу настоящего Федерального закона, настоящий Федеральный закон применяется в части прав и обязанностей, которые возникнут после его вступления в силу».*

---

<sup>1</sup> Проект Федерального Закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для национальной безопасности Российской Федерации (О порядке осуществления иностранных инвестиций в коммерческие организации, имеющие стратегическое значение для национальной безопасности Российской Федерации)».

И положение ч. 2 ст. 15 Проекта о том, что «Действие настоящего Федерального закона не распространяется на сделки, совершенные до дня вступления в силу настоящего Федерального закона» не может исправить ситуации, создаваемой положениями ч. 1 той же статьи.

Дело в том, что применительно к хозяйственным обществам, осуществляющим виды деятельности, перечисленные в ст. 6 Проекта, и уже содержащим в себе иностранные инвестиции иностранным инвесторам, фактически, запрещается назначать первых руководителей этих хозяйственных обществ или формировать (избирать) более 10% состава коллегиального руководящего органа, совета директоров или иного руководящего органа хозяйственного общества, а так же определять решения принимаемые этим хозяйственным обществом, в том числе условия осуществления им предпринимательской деятельности. (ч. 3 ст. 5 Проекта).

Именно на эти действия иностранного инвестора, который приобрел доли в уставном капитале или акции хозяйственного общества и будут распространяться положения ч. 1 ст. 15 Проекта, поскольку эти действия влекут за собой возникновение прав и обязанностей.

Это значит, что руководить предприятием с иностранными инвестициями, особенно в момент истечения полномочий единоличного или коллегиального руководящего органа и следующей за этим необходимостью избрания (назначения) нового персонального состава таких органов, иностранный инвестор сможет только получив разрешение ФСБ РФ (которое «политкорректно» названо в Проекте «заключением о наличии или отсутствии угрозы национальной безопасности»). (Рассматриваемые во взаимосвязи положения ч. 6 ст. 7 и ч. 3-5 ст. 10 Проекта).

Если изложить эту информацию максимально сжато, то получается, что иностранный инвестор лишается возможности управлять своими инвестициями, уже произведенными *до вступления в законную силу* закона, положения Проекта которого мы рассматриваем без разрешения ФСБ РФ.

Чуть более года назад, имея в виду некоторые зарубежные государства, Р.И. Каюмов<sup>1</sup> так оценил подобную правовую ситуацию: «Когда экспроприация сопровождается серией недружественных акций, из-за чего инвестор в конечном итоге лишается своих ценностей, то данную ситуацию обобщенно можно назвать скрытой или *косвенной экспроприацией (национализацией)*. Такого рода принудительные меры, направленные на официальное препятствие свободному распоряжению своими доходами, низводят инвестора на положение номинального собственника...

Другая форма косвенной экспроприации происходит путем назначения со стороны государства специальных менеджеров-управляющих тем или иным инвестиционным проектом. Например, в ходе исламской революции

---

<sup>1</sup> Каюмов Р.И. Политические риски: как обезопасить от них иностранные инвестиции? // Право и политика. -2006. - № 6.

правительство Ирана отстранило руководителя американской компании от ведения дел и назначило своих менеджеров или директоров. Хотя эти действия не назовешь прямым отчуждением американской собственности, но по своему эффекту они привели к лишению прав собственников на распоряжение их собственностью. Кроме того, скрытая экспроприация может заключаться в угрозе искусственно навязанных местными властями цен на продукцию, выпускаемую в ходе инвестиционной деятельности. Такая форма экспроприации широко применялась в нацистской Германии»<sup>1</sup>.

Конечно, Россия заключала и будет заключать «...международные двусторонние договоры, которые регулируют гарантии иностранной частной собственности от публичных некоммерческих рисков, в частности национализации и экспроприации»<sup>2</sup>.

Но доказать, что взаимосвязанные положения норм права, содержащихся в законе (ныне еще являющемся Проектом), ряде подзаконных нормативных актов (которые, несомненно, будут приняты для его реализации) и актов индивидуального регулирования – на уровне заключения ФСБ РФ о том, не содержит ли распоряжение иностранного инвестора своей собственностью угрозы национальной безопасности нашей страны, бывает чрезвычайно трудно. Иногда такая возможность возникает лишь после того, как ущерб иностранному инвестору уже причинен. Так уже случалось в мире.

Иранское назначение менеджеров или директоров предприятий с иностранными инвестициями отчетливо ассоциируется с новым Российским порядком, который, в случае вступления в законную силу нормативно-правового акта, Проект которого мы рассматриваем, будет предусматривать проверку планируемого назначения руководителя организации ФСБ РФ на предмет того, не создает ли это назначение угрозы национальной безопасности нашей страны.

*Определение условий предпринимательской деятельности* предприятий с иностранными инвестициями, которые попадут под действие нового закона, так же будет возможно только после проверки ФСБ РФ. Законодателю следует помнить, что в нашей стране имеется тенденция скорее к расширительному, чем к буквальному пониманию подобных правовых норм.

Кроме того, процедура обращения за проверкой и проведения самой проверки обещает быть чрезвычайно длительной, поскольку включает в себя три этапа и может быть усложнена подзаконными нормативными актами, а любая сделка, совершенная без разрешения является ничтожной (ч. 1 ст. 14 Проекта).

---

<sup>1</sup> Каюмов Р.И. Цит. соч.

<sup>2</sup> Шестакова М.П., Лазарева Т.П., Хлестова И.О. Международное частное право и инвестиции // Журнал российского права. – 2008. - № 2.

Г.Р. Саркисян писал 2006 году: «Концепция, в соответствии с которой нельзя "никоим образом препятствовать посредством неоправданных или дискриминационных мер управлению, поддержанию", представляется весьма сходной с минимальным международным стандартом. Считается, что эта концепция относится к таким случаям, которые имели место вскоре после иранской революции. В этом случае в условиях терпимого отношения, негласной поддержки, а иногда и поощрения со стороны некоторых государственных структур был нанесен существенный коммерческий урон, который во многих случаях выражался в прямой или "ползучей" экспроприации»<sup>1</sup>.

Сейчас же Российский законодатель готов ввести правовое регулирование, противоречащее указанной С.Г. Саркисяном концепции.

Такое положение дел, несомненно, приведет к тому, что предпринимательская деятельность иностранного инвестора, который «имел неосторожность» произвести инвестиции в стратегически важные для России сферы будет блокирована.

Самыми очевидными экономическими последствиями такого правового регулирования могут стать массовые продажи долей в уставных капиталах и акций хозяйственных обществ иностранными инвесторами российским предпринимателям по самым низким ценам, вовсе не обеспечивающим иностранному инвестору возврата вложенных капиталов.

Вероятно, в последствии это станут называть «новым переделом собственности».

Таким образом, Проект содержит скрытую опасность косвенной экспроприации уже произведенных иностранных инвестиций.

Можно предположить, что если Российский режим правового регулирования иностранных инвестиций будет содержать в себе нормы, подобные нормам ст. 15 Проекта, то потенциальные иностранные инвесторы воздержатся от вложения капитала в стратегически значимые для России виды деятельности, и эти рынки полностью перейдут к отечественным предпринимателям и государству.

Таким образом, рассмотренные в настоящей статье положения ст. 15 Проекта идут в разрез с самой идеей защиты иностранных инвестиций.

В пользу изложенного выше вывода свидетельствует и то, что ч. 3 ст. 15 Проекта устанавливает: «Иностранный инвестор (группа лиц) обязан в течение шести месяцев со дня вступления в силу настоящего Федерального закона представить в уполномоченный орган в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, информацию о владении им пятью и более процентами акций (долей), составляющих уставный капитал стратегических хозяйственных обществ и приобретенных таким инвесто-

---

<sup>1</sup> Саркисян Г.Р. Цит. соч.



ром (группой лиц) до дня вступления в силу настоящего Федерального закона».

Все сказанное выше свидетельствует о том, что международно-правовые концепции защиты иностранных инвестиций, особенно те из них, которые содержатся в заключенных Россией международных договорах, не учитывались разработчиками Проекта, или, хуже того, устанавливаемый Проектом режим правового регулирования является результатом лоббирования со стороны крупных российских предпринимателей, заинтересованных в отсутствии конкуренции со стороны иностранных инвесторов, например, в области теле- и радиовещания.

Остается надеяться, что текст закона, Проект которого рассмотрен мной в настоящей статье, к моменту его выхода в свет, будет изменен, и Российский законодатель не станет вводить нормативно-правового регулирования, фактически означающего косвенную экспроприацию значительной части иностранных инвестиций, уже произведенных в экономику нашей страны.

*Ноев С.В.*

*Научный руководитель – к.ю.н., профессор Муцинова Н.А.*

### **Правовые проблемы государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации**

Статья посвящена недостаточно изученному российскими специалистами вопросу государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства и основным правовым проблемам, связанным с такой поддержкой. В статье рассматриваются нормативно-правовые акты по исследуемой теме, а также приводятся различные точки зрения, имеющиеся в научной литературе по данному вопросу.

Малое и среднее предпринимательство является одним из приоритетных направлений развития российской экономики, а для эффективного развития этого сектора экономики необходима всесторонняя поддержка со стороны государства. Без нее обеспечить благоприятный экономический климат для малого и среднего предпринимательства невозможно.

Необходимость предоставления субъектам малого и среднего предпринимательства содействия со стороны государства обуславливается несколькими причинами:

во-первых, любому предприятию (а тем более предприятию, которое попадает в категорию малого или среднего), начинающему самостоятельную экономическую деятельность, направленную на получение доходов, сразу выйти на самоокупаемость практически невозможно. Соответственно, помощь со стороны государства, выражающаяся в предоставлении тех-

нической, юридической, информационной, имущественной, консультативной и кредитно-финансовой поддержки такому предприятию просто необходима;

во-вторых, малые и средние предприятия попадают в так называемую «группу риска», так как они, по сравнению с крупными предприятиями менее устойчивы на рынке, обладают меньшими административными и финансовыми ресурсами и нуждаются в постоянной финансовой помощи;

в-третьих, для того, что бы заинтересованные инвесторы вкладывали денежные средства в развитие малых или средних предприятий, они должны быть уверены, что государство в свою очередь также заинтересовано в развитии данного направления экономики. В итоге выстраивание надлежащей системы государственной поддержки малых и средних предприятий будет являться для потенциальных инвесторов гарантией заинтересованности государства в их развитии.

Кроме того, необходимо отметить, что в странах с более развитой, нежели в России экономикой, субъекты малого предпринимательства получают существенную государственную поддержку. Так, в США ежегодно разрабатывается большое число программ по поддержке малых и средних предприятий, в которых определяются основные направления и приоритеты, поддерживаемые федеральным правительством. В Японии за более чем полувековую историю этой страны на государственном уровне принято более восьмидесяти законов и иных нормативно-правовых актов по поддержке и развитию малых и средних предприятий.<sup>1</sup>

Таким образом, в целом политика и законодательство любой страны должны содействовать укреплению данного сектора экономики.

Однако в России государственная поддержка малого и среднего предпринимательства еще не получила должного развития. Существует ряд проблем, в том числе организационного, финансового и правового характера, совокупность которых позволяет говорить о глубоком системном кризисе, в котором находится развитие МСП. На правовых проблемах государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства необходимо остановиться подробнее.

Основная правовая проблема, которая касается развития государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, проистекает из того, что длительное время отсутствовала четкая нормативная база, регламентирующая механизмы, формы, а равно условия предоставления такой поддержки. Так, в частности, с 1994 года было разработано и принято несколько федеральных государственных программ под-

---

<sup>1</sup> Орлов А.В. Из истории правового регулирования малого предпринимательства в России. // Малый бизнес на этапе обновления законодательства о предпринимательстве. - М.: Юрист, 2004. С. 31.

держки малых предприятий в Российской Федерации<sup>1</sup>. В научной литературе данные программы подверглись существенной критике. К недостаткам указанных программ относили: во-первых, декларативность установленных в них мер государственной поддержки субъектов малого предпринимательства; во-вторых, - нечеткое разграничение компетенции между органами государственной и региональной власти, а также отсутствие полномочий и функций муниципальных органов власти по вопросу поддержки малых предприятий. Следует признать, что указанные программы не выполнили поставленных перед ними задач, и таким образом оказались не эффективными.

Большие надежды в плане государственной поддержки малого бизнеса возлагались на Федеральный закон № 88-ФЗ от 14 июня 1995 года “О государственной поддержке субъектов малого предпринимательства в Российской Федерации” (далее Закон № 88-ФЗ). Однако закон стал, наверное, самым критикуемым из всех когда-либо принимавшихся законодательных актов, посвященных вопросу малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации. В частности, М.А. Супатаев, давая правовую характеристику указанному Закону отмечал, что в процессе действия большинство его положений устарели и вступили в противоречие с действующим законодательством РФ<sup>2</sup>. М.Г. Лапуста, анализируя причины, тормозящие развитие малого предпринимательства, относил к ним, в том числе, наличие не пригодного для практического использования Закона, направленного на их поддержку<sup>3</sup>.

Закон № 88-ФЗ действовал двенадцать лет и утратил силу 1 января 2008 года в связи со вступлением в силу Федерального закона “О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации”. За весь этот период ни одна из мер, заложенных в нем, не была реализована полностью, а к концу срока его действия некоторые из основных статей вообще утратили юридическую силу. Закон № 88-ФЗ разграничивал основные направления государственной поддержки субъектов малого предпри-

---

<sup>1</sup> Постановление Правительства РФ от 29 апреля 1994 г. N 409 "О мерах по государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации на 1994 - 1995 годы" // РГ. 1994. 31 мая; Постановление Правительства РФ от 18 декабря 1995 г. N 1256 "О Федеральной программе поддержки малого предпринимательства в Российской Федерации на 1996 - 1997 годы" // РГ. 1996. 30 янв.; Постановление Правительства РФ от 3 июля 1998 г. N 697 "О Федеральной программе государственной поддержки малого предпринимательства в Российской Федерации на 1998 - 1999 годы" // СЗ РФ. 1998. N 28. Ст. 3355; Постановление Правительства РФ от 14 февраля 2000 г. N 121 "О Федеральной программе государственной поддержки малого предпринимательства в Российской Федерации на 2000 - 2001 годы" // СЗ РФ. 2000. N 8. Ст. 959.

<sup>2</sup> Супатаев М.А. О проекте Федерального закона “О малом и среднем предпринимательстве в Российской Федерации”. // Проблемы развития законодательства о малом и среднем предпринимательстве. - М.: Издательство “Экзамен”, 2007.

<sup>3</sup> Лапуста М.Г., Старостин Ю.Л. Малое предпринимательство: Учебник. - М.: ИНФРА-М, 2007.

нимательства. К ним в частности относились: формирование инфраструктуры поддержки и развития малого предпринимательства, поддержка внешнеэкономической деятельности субъектов малого предпринимательства, установление упрощенного порядка регистрации, а равно лицензирования их деятельности и сертификации их продукции. Однако на практике ни одно из указанных направлений не было достаточно разработано.

Основным документом, регулирующим правовое положение, развитие и государственную поддержку субъектов малого предпринимательства в Российской Федерации является Федеральный закон от 24 июля 2007 года № 209-ФЗ “О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации” (далее Закон № 209-ФЗ).

Данный нормативно-правовой акт обозначил контуры среднего предпринимательства (ранее данная категория предпринимательского права не имела законодательного закрепления) и разграничил компетенцию поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства между органами федеральной, региональной и местной власти. О необходимости введения такого разграничения достаточно часто говорилось в научной литературе.

Закон определил формы государственной поддержки, которые могут быть оказаны субъектам малого и среднего предпринимательства. К ним относятся финансовая, имущественная, информационная, консультативная поддержка, а также поддержка в области подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников этого сектора. МСП могут рассчитывать на содействие в области инноваций и промышленного производства, ремесленничества. Закон предусматривает также поддержку субъектов малого и среднего предпринимательства, осуществляющих внешнеэкономическую и сельскохозяйственную деятельность. Условия и порядок оказания указанных видов поддержки должны, по замыслу законодателя, устанавливаться федеральными, региональными и муниципальными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства. На сегодняшний день такие программы пока отсутствуют. Это связано с недавним вступлением в силу Закона № 209-ФЗ. По аналогичной причине преждевременно пока давать какую-либо оценку данному нормативно-правовому акту. Необходимо лишь констатировать, что Закон № 209-ФЗ восполнил очевидные пробелы Закона № 88-ФЗ и является законодательным актом, ориентированным на европейскую модель построения отношений в области развития малого и среднего предпринимательства.

Еще одной проблемой развития государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства является нерешенность на законодательном уровне ряда существенных для этих предприятий вопросов. В частности, нет четкого правового механизма имущественной поддержки. Как уже было сказано, закон № 209-ФЗ отнес имущественное обеспечение

к одной из форм государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства. Определение термина «имущественная поддержка» в законе отсутствует. Однако исходя из положений п. 1 ст. 18 Закона № 209-ФЗ, его можно сформулировать, как «совокупность действий органов федеральной, региональной и муниципальной власти, направленных на предоставление субъектам малого и среднего предпринимательства на возмездной основе, безвозмездной основе и/ или на льготных условиях во владение и/ или в пользование государственного или муниципального имущества, в том числе: земельных участков, зданий, сооружений, строений, нежилых помещений, оборудования, машин, механизмов, установок, транспортных средств, инвентаря, инструментов». Однако детальная процедура передачи государственного или муниципального имущества во владение или в пользование субъектам малого и среднего предпринимательства Закон № 209-ФЗ не предусматривает. Это представляется странным, т.к., сам по себе факт передачи имущества представляется сложной юридической конструкцией, требующей детального закрепления процедуры и механизма ее проведения.

Необходимо обратить внимание на способы передачи государственного или муниципального имущества в пользование и/ или во владение субъектам малого предпринимательства. Указанная статья выделяет три способа: на возмездной основе, на безвозмездной основе и на льготных условиях. Детализация данных способов в Законе № 209-ФЗ также отсутствует. Однако действующая практика хозяйственного оборота позволяет предположить, что одним из вариантов реализации первого способа, будет передача имущества малым и средним предприятиям в аренду. Здесь необходимо коснуться одного немаловажного вопроса. Речь идет о предоставлении малым и средним предприятиям права выкупа арендуемого имущества, как одного из способов приватизации, которое на сегодняшний день законодательно не закреплено. Как известно, отношения в области приватизации регулируются Федеральным Законом № 178-ФЗ от 21 декабря 2001 года «О приватизации государственного и муниципального имущества». Согласно данному нормативно-правовому акту, приватизация представляет собой, по сути, форму продажи государственного и муниципального имущества посредством проведения торгов. Шансы на победу в таких торгах у субъектов малого и среднего предпринимательства являются крайне низкими. Это обуславливается широким кругом причин, среди которых далеко не последнее место занимает отсутствие достаточных финансовых ресурсов для участия в торгах. Соответственно, многие субъекты малого и среднего бизнеса вынуждены арендовать помещения, что в свою очередь является не всегда удобным, например, при размещении в арендуемых помещениях производственных мощностей.

По нашему мнению, решение данной проблемы возможно путем предоставления субъектам малого и среднего предпринимательства права на внеконкурсный выкуп арендованного государственного и муниципального имущества, используемого на протяжении определенного периода времени. Предоставление такого права позволит вывести эти предприятия из класса арендаторов в класс новых собственников, что послужит стимулом для расширения производства и позволит сдавать принадлежащие площади в аренду, а это обеспечит малым и средним предприятиям дополнительный источник дохода. Последнее обстоятельство, при современном финансовом состоянии малого и среднего бизнеса, является далеко не маловажным.

Что касается остальных способов передачи малым и средним предприятиям государственного или муниципального имущества, то конкретных правовых механизмов, позволяющих понять, каким образом такие возможности будут осуществлены на практике, действующее российское законодательство, регулирующее отношения в этой сфере, не предусматривает.

Вызывают вопросы и сами способы передачи. В большой степени это касается безвозмездной передачи имущества. Закон № 209-ФЗ не уточняет, на основании какого гражданско-правового договора планируется безвозмездное отчуждение государственного или муниципального имущества в пользу малых и средних предприятий. Кроме того, не закреплены основания, по которым безвозмездная передача имущества будет происходить, а также критерии, которые будут использованы при такой передаче имущества. Нерешенность данных вопросов может породить проблемы, которые имели место при приватизации государственного имущества в середине девяностых годов прошлого века, в том числе и криминального характера.

Согласно п. 2 ст. 16 Закона № 209-ФЗ условия и порядок оказания поддержки субъектам малого и среднего предпринимательства устанавливаются федеральными, региональными и муниципальными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства. Наличие данной нормы позволяет надеяться, что круг не урегулированных Законом № 209-ФЗ вопросов, связанных с передачей государственного и муниципального имущества во владение или пользование малым и средним предприятиям, найдет свое отражение в указанных программах.

К еще одной правовой проблеме государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства целесообразно, на наш взгляд, отнести отсутствие надлежащего закрепления на законодательном уровне ответственности органов, отвечающих за предоставление МСП различных форм государственной поддержки. В законе № 209-ФЗ упоминание о такой ответственности отсутствует. В нем закреплено только по-

ложение о координации Правительством Российской Федерации деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации по реализации ими мероприятий федеральных программ развития субъектов малого и среднего предпринимательства. Однако механизма осуществления такой координации Закон № 209-ФЗ не содержит.

Упоминание об ответственности органов, отвечающих за предоставление субъектам малого и среднего предпринимательства различных форм государственной поддержки, тем не менее, содержится в иных нормативно-правовых актах, посвященных государственной поддержке МСП. Например, в Постановлении Правительства РФ от 22 апреля 2005 года № 249 «Об условиях и порядке предоставления средств федерального бюджета, предусмотренных на государственную поддержку малого предпринимательства, включая крестьянские (фермерские) хозяйства» (в редакции постановления Правительства Российской Федерации от 23 февраля 2007 № 126). В частности, п. 11 указанного Постановления предусматривает абстрактное и ничем не подкрепленное условие о наступлении ответственности органа исполнительной власти субъекта за целевое использование субсидий и субвенций, предназначенных для субъектов малого предпринимательства. А п. 13 закрепляет, что в случае не целевого использования указанных субсидий и субвенций, Министерство экономического развития и торговли Российской Федерации (главный распорядитель бюджетных средств в рамках данного Постановления) вправе принять меры, предусмотренные законодательством Российской Федерации.

По нашему мнению, совершенно очевидно, что указанные положения, регламентирующие ответственность, не достаточно конкретизированы и требуют безусловного уточнения. Также очевидным является тот факт, что до тех пор, пока на законодательном уровне не будут определены характер и степень ответственности органов за непредоставление субъектам малого и среднего предпринимательства различных форм государственной поддержки, говорить о надлежащем развитии малого и среднего предпринимательства, как перспективного сегмента российской экономики, не представляется возможным.

В заключение необходимо отметить, что вышеизложенные правовые проблемы государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, безусловно, не являются единственными. Существует целый комплекс задач, требующих скорейшего разрешения. Следовательно, действующее российское законодательство нуждается в дальнейшем развитии и совершенствовании.

## **Влияние кредитных историй на ипотечные кредиты в США**

Одним из ключевых факторов развития существующей системы кредитования в США являются кредитные истории и регулирующие их инструменты. Кредитная история состоит из событий, отражающих отношения между заемщиком и кредитной организацией и содержится в кредитном бюро.

В кредитной истории содержатся:<sup>1</sup>

- сведения личного характера - имя, дата рождения, уникальный номер в системе социального обеспечения (social security number, SSN), нынешний и предыдущие (за пять лет) адреса проживания, сведения о трудовой деятельности. Эта информация выделяется в так называемый заголовок файла;
- дата создания файла;
- информация общественного характера (постановления суда, алименты, штрафы, банкротства, просроченные залоговые операции);
- сведения о кредитных счетах (их число, совместные или индивидуальные, как давно они открыты, состояние баланса, регулярность выплат);
- список обращений к кредитной истории (обращения самого потребителя здесь не учитываются). Слишком большое число запросов говорит о подозрительно частом обращении за кредитом.

Поскольку Закон «О равных правах на получение кредита»<sup>2</sup> запрещает ограничения в предоставлении кредита по расе, цвету кожи, национальности, полу, семейному положению и вероисповеданию, эти сведения не заносятся в кредитную историю. Отсутствуют также сведения о состоянии здоровья. Ограничивать кредит в зависимости от возраста запрещено, но разрешается хранить в кредитной истории сведения о возрасте клиента при условии, что это не влияет на решение о предоставлении кредита. Т.е. по сути, кредитная организация не может отказать в выдаче кредита на основании данных о возрасте, но при этом, учитывая возраст, может начать искать другие причины для отказа. Этаким «звоночек» для кредитора.

Время нахождения в кредитном файле информации ограничивается 7-10 годами. Если рассматривается вопрос о страховке на сумму более 50

---

<sup>1</sup> All about mortgages. Third edition. Julie Garton-Good. Dearborn Trade Publishing. 2004.

<sup>2</sup> The Equal Credit Opportunity Act, 1974. // <http://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/6500-2900.html>



000 долл. или заработной плате более 20 000 долл., информация о банкротстве или не выкупе залога принимается во внимание всегда.<sup>1</sup>

Итак, предполагается, что кредитная история адекватно отражает добросовестность потребителя (и не только финансовую). Потенциальный кредитор, арендо- или работодатель, изучив историю предыдущих платежей, может сделать вывод, стоит ли и на каких условиях предоставлять кредит, ссуду, аренду или брать на работу данного человека.

Как упоминалось выше, кредитные истории хранятся в кредитных бюро. Кредитные бюро являются коммерческими предприятиями, созданными с целью получения прибыли. Их клиентами-подписчиками являются кредиторы (торговцы, страховщики, арендо- и работодатели), получающие от них информацию о возможных клиентах и, в свою очередь, на регулярной основе передающие информацию (возврат ссуд, выплата кредитов и т. п.). Само кредитное бюро не принимает решение о выдаче кредита, оно только предоставляет информацию и возможность для принятия этого решения.

В США существуют три крупнейших кредитных бюро - *Experian*, *TransUnion*, *Equifax* - и меньшие, региональные и локальные бюро, которые обслуживают местные рынки и отдельные отрасли. В общей сложности в США насчитывается около 1000 кредитных бюро. Они или являются отделениями "Большой тройки", или связаны с ними контрактами. Потребитель может даже не подозревать о существовании какого-то местного или специализированного кредитного бюро, в котором хранятся сведения о нем, до тех пор, пока эта информация не скажется на его финансовом положении.

По мере расширения деятельности кредитных бюро на федеральном и местном уровнях принимались законы, ее регулирующие. В 1971 г. Конгресс США принял Закон «О добросовестном предоставлении кредитной информации», который определил право кредитных бюро продавать информацию о потребителе без его согласия, одновременно предоставив потребителю право бесплатно получать информацию о себе, хранящуюся в кредитном бюро, если на ее основании ему было отказано в предоставлении кредита, ссуды, заключении страхового договора и/или приеме на работу.

Кредитные бюро получают информацию из следующих основных источников:

- от самих потребителей, которые заполняют анкеты, когда обращаются за кредитом;
- из публичных актов, таких, как сообщения о банкротстве и судебные постановления;

---

<sup>1</sup> Дыльнов Д.В. Кредитные бюро. Международный опыт. – М., 2002.

- от кредиторов и агентств по взысканию долгов (collection agencies), которые пересылают в кредитное бюро сведения о счете кредитора с указанием состояния баланса и указанием своевременности выплат.

Своевременность выплат градуируется по следующей 10-балльной шкале:

0. никаких новых сведений о выплатах;
1. выплаты произведены в 30-дневный срок, платеж считается произведенным вовремя;
2. выплаты сделаны в срок, превышающий 30 дней, но менее чем на 30 дней, платеж считается просроченным на один срок;
3. выплаты сделаны в 90-дневный срок, просрочка в 2 срока;
4. выплаты сделаны в 120-дневный срок, просрочка в 3 срока;
5. просрочка в 120 дней;
6. не используется;
7. производятся регулярные платежи по специальному соглашению;
8. возврат объекта кредита (repossession) с указанием — добровольный или принудительный;
9. долг не выплачивается, передан в агентство по взиманию долгов.

На основании полученных данных и составляется кредитная история и, как следствие, заемщик получает определенный кредитный статус. Таким образом, при получении кредита, кредитор, основываясь на кредитной истории, предложит соответствующие кредитные продукты (с соответствующими кредитными ставками).

Но не во всех случаях заемщик доволен работой кредитного бюро. Зачастую кредитные бюро обвиняются в неправильном использовании информации и неверной ее интерпретации, наличии множества ошибок в кредитных записях и нежелании их исправлять.

Прежде всего, речь идет о возможности получения кредитной истории бесплатно. На федеральном уровне такой возможности не предоставлено, за исключением случаев, когда потребитель получил отказ в предоставлении кредита, находится на социальном пособии или, будучи официально безработным, ищет работу. Тогда он может получить свою кредитную историю, если обратился за ней не позже 60 дней с момента отказа. Только в шести штатах приняты законы, предусматривающие ежегодное бесплатное получение кредитной истории по запросу. Впрочем, менее 20% американцев когда-либо видели свою кредитную историю. Статистика со-

общает, что в 70% кредитных записей имеются ошибки, а в 29% они могут повлечь отказ в кредите или значительно ухудшить его условия.<sup>1</sup>

Одной из объективных причин такого положения явилось то, что на протяжении 1980-гг., по мере внедрения компьютеров в практику, данные о потребителях из баз данных тысяч кредитных бюро консолидировались в базах данных трех крупнейших кредитных бюро. Имевшиеся там ошибки размножались и умножались, да и сам процесс консолидации вносил новые погрешности. Кроме того, кредитные агентства являются типично бюрократическими, неповоротливыми монстрами. Задачей кредитного агентства не является создание объективной картины финансовой надежности потребителя. Его задачей является минимизация риска финансовых потерь своих клиентов. В этом случае им всегда лучше перестраховаться, ибо за упущенную выгоду они отвечать не будут. По закону кредитные бюро не отвечают за ошибки в сведениях, которые им предоставили подписчики (и подписчики тоже не отвечают), поэтому не торопятся их исправлять, будучи завалены текущей работой.

По закону «О добросовестном предоставлении кредитной информации»<sup>2</sup> бюро обязано перепроверить порочащую информацию в срок 30 дней. Проверяют истинность информации, попавшей в файл, обычно так: у кредитора интересуются, правильная ли она. Если они не получили за 30 дней подтверждения, то обязаны порочащую информацию убрать. Если кредитор это подтверждает - информация остается неизменной. В этом случае клиенту гуманно позволяется сопроводить спорную запись комментарием, не превышающим 100 слов. Все равно на кредитный рейтинг это не повлияет, а читать ее никто не будет. Правда, заемщики пробуют инициировать иски против самих кредитных бюро, обвиняя их в распространении порочащей информации в виде кредитных сообщений.

Кроме того, кредитные бюро торгуют не только информацией о транзакциях. Они предлагают заинтересованным лицам информацию из заголовка файла для маркетинговых целей и просто для рассылок. Составляют такие списки также фирмы, занимающиеся созданием и эксплуатацией хранилищ данных для кредитных бюро.

Появились и организации, которые собирают информацию более широкого плана. Например, кредитные бюро, специализирующиеся на оказании услуг арендодателям, информируют не только о регулярности платежей, но и о привычках жильцов, способах эксплуатации арендуемого имущества и т.п.

В этих условиях организовалось великое множество фирм, предлагающих помощь в улучшении вашей кредитной истории и повышении рейтинга. Они аргументировано доказывают, что без их помощи это слож-

---

<sup>1</sup> Financial and business statistics. Federal Reserve Bulletin. 2003.

<sup>2</sup> Fair Credit Reporting Act. // [www.ftc.gov/os/statutes/fcra.htm](http://www.ftc.gov/os/statutes/fcra.htm)

нее и дороже. По закону таким фирмам запрещено обещать исправить вашу кредитную историю, они могут только консультировать. Эти фирмы помогут вам получить кредитную историю (что тоже не всегда просто), проанализируют слабые места и посоветуют, что предпринять. Например, как перераспределить кредит по кредитным карточкам, какие счета следует закрыть и т. п. Если же вы решили самостоятельно вступить в борьбу с кредитными бюро, к вашим услугам десятки брошюр-пособий, многие выдаются бесплатно обществами потребителей.

*Первухин М.В.  
Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ульянищев В.Г.*

### **Организационное единство унитарного предприятия**

В числе признаков юридического лица в научной литературе называют организационное единство. В легальном определении юридического лица (п. 1 ст. 48 ГК РФ) также вначале указывается, что данное образование является организацией и только затем называются иные признаки, поскольку именно организационная форма порождает юридическое лицо как субъект права, отличный от учредивших его лиц.

В содержание организационного единства как признака юридического лица входят четыре элемента: а) построение органов юридического лица, б) построение его структурных подразделений, в) организация взаимодействия юридических лиц с внешними структурами, г) учредительные документы.

Основное значение в оформлении юридического лица как единого целого играют его органы. В зависимости от компетенции различают органы волеобразующие и волеизъявляющие. По конструкции органы подразделяют на единоличные и коллегиальные. Кроме того, выделяют и совещательные органы юридических лиц<sup>1</sup>.

Согласно Гражданскому кодексу РФ органы юридических лиц классифицируются в соответствии с функциональным назначением на исполнительные, контрольные и высшие органы управления, представляющие участников юридического лица. Кроме того, в рамках юридических лиц часто создаются органы, которые контролируют и одновременно направляют действия исполнительных органов (наблюдательные советы и советы директоров). Данные органы можно охарактеризовать как контрольно-управленческие или совещательные органы.

Высшие органы управления по большому счету являются волеобразующими, поскольку они решают основополагающие вопросы деятельности юридического лица, определяя организационные, имущественные, правовые

---

<sup>1</sup> Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. - М., 2001., С.469.

основы его деятельности и принимают участие в совершении им наиболее важных фактических действий.

Контрольные органы юридического лица не совершают юридически значимых действий в гражданском обороте, не определяют направления и основы деятельности юридического лица. Они следят за соответствием действий исполнительных органов воле высших органов управления, осуществляют информационное обеспечение деятельности последних, влияя на формирование воли юридического лица и ее изъявление опосредованно.

Исполнительные органы являются волеизъявляющими органами юридического лица. Именно через них юридическое лицо участвует в гражданском обороте, они же совершают организационные действия, создающие предпосылки для совершения юридическим лицом многообразных сделок, то есть через них осуществляется практическая деятельность по реализации целей и задач, формулируемых высшими органами управления.

Все три указанных вида органов имеются в наличии в большинстве юридических лиц. Однако в рамках унитарных предприятий функционирует лишь единоличный исполнительный орган, которым является руководитель (директор, генеральный директор) унитарного предприятия. Исполнительный орган играет ведущую роль в осуществлении текущей деятельности унитарного предприятия, как участника имущественного оборота.

Однако следует заметить, что исполнительный орган унитарных предприятий значительно ограничен в своих полномочиях по сравнению с прочими юридическими лицами - коммерческими организациями. Так, исполнительный орган унитарного предприятия обязан согласовывать с собственником имущества предприятия, сделки по отчуждению (сопряженные с возможностью отчуждения) имущества, а также совершение таких видов сделок как предоставление займов, поручительств, получение банковских гарантий. Указанные ограничения могут быть расширены уставом унитарного предприятия.

В отличие от высших органов управления прочих юридических лиц (общих собраний участников), которые функционируют через определенные периоды, органы государственной и муниципальной власти функционируют постоянно, а значит и возможностей контролировать исполнительные органы у них больше. Если полномочия исполнительных органов прочих юридических лиц ограничиваются полномочиями других органов юридического лица, то права данных органов унитарных предприятий ограничиваются образованиями, находящимися вне унитарных предприятий. Тем самым обеспечивается такое участие унитарных предприятий в имущественных отношениях, которое не направлено на удовлетворение интересов самих предприятий, их работников и руководителей, так как исполнительные органы предприятий, непосредственно контактирующие с другими участниками гражданского оборота, скованы в своих действиях волей

органов власти, преследующих цели, не связанные с интересами предприятий<sup>1</sup>.

Интересно, что некоторые моменты процедуры формирования исполнительного органа унитарного предприятия, т.е. назначения руководителя предприятия на должность, а также осуществления им своей деятельности весьма схожи с процедурой назначения государственных служащих (конкурсный отбор при назначении на должность, периодическая аттестация и т.п.) С другой стороны, унитарные предприятия осуществляют коммерческую деятельность. Поэтому руководителей унитарных предприятий следует представлять, как особую разновидность государственных служащих, которые обладают отдельными признаками должностных лиц коммерческих организаций<sup>2</sup>. При этом на сегодняшний день требования к руководителям унитарных предприятий значительно повышены, что обусловлено, прежде всего, тем, что они выполняют задачи, стоящие перед публично-правовыми образованиями и в тоже время управляют коммерческими организациями.

Предусмотренные в ст. 21 и ст. 22 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» ограничения необходимо усилить. Так, законодательно следует закрепить определение руководителей унитарных предприятий как особой категории государственных служащих, что позволит применять к ним более строгие санкции при совершении правонарушений по службе, связанные с получением взяток, превышением полномочий, злоупотреблением ими.

Кроме этого, во избежание конфликта интересов необходимо обязать руководителей унитарных предприятий на время исполнения своих обязанностей передавать принадлежащие им акции, доли участия в иных коммерческих организациях в доверительное управление под гарантии государства или местного самоуправления. Таким образом, следует исключить участие руководителя унитарного предприятия в коммерческих организациях и соответственно опасность использования им своего положения в своих частных интересах, как это предусмотрено для государственных служащих.

Следует отметить, что наличие в унитарных предприятиях единоличного исполнительного органа не противоречит созданию в рамках предприятия совещательных органов, призванных содействовать правильной реализации полномочий руководителем предприятия. Пункт 4 статьи 21 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» допускает образование совещательных органов, которыми могут являться ученые, педагогические, научные, научно-технические советы и другие.

---

<sup>1</sup> Гуев А.Н. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях». - М.: Дело, 2004. С. 25.

<sup>2</sup> Камынин И.Д. Статус руководителя унитарного предприятия. // Законность. - 2000. - № 10. - С. 26.

Совещательные органы находят определенное применение в деятельности унитарных предприятий, причем в рамках одного предприятия их может быть несколько. Создание совещательных органов необходимо, прежде всего, в организациях, в которых для принятия решений необходимо учитывать и перерабатывать большой объем информации и где ошибки при принятии решений могут повлечь значительные потери.

При этом надо сказать, что все решения совещательных советов могут находить свое воплощение исключительно в действиях и решениях руководителя. И поскольку они не имеют самостоятельного значения, их организация не создаст трудности для контрагентов унитарных предприятий при определении полномочий действующих от имени предприятия лиц. Следовательно, создание совещательных органов можно было бы предусматривать в уставах соответствующих предприятий без всяких ограничений, и указанное положение п. 4 ст. 21 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» следовало бы смягчить, предоставив собственнику право по своему усмотрению решать в уставах предприятий вопрос об их создании.

Формирование совещательных органов должно осуществляться исходя из конкретных целей их создания. Решающую роль в совещательных органах должны играть государственные служащие из органов по управлению имуществом и органов власти, осуществляющих регулирование и контроль в соответствующей отрасли. В том случае, когда предприятие нацелено на постоянное обслуживание определенного и узкого круга потребителей, возможно включение в состав совещательных органов представителей таких потребителей.

В состав дополнительных органов управления можно также включать и специалистов в области управления, особенно если предприятие находится в тяжелом экономическом положении, и указанные органы управления наделены полномочиями по планированию и контролю за принятием важнейших решений исполнительным органом, а также по внесению предложений в органы государственной власти относительно деятельности предприятия.

Важный вопрос в деятельности унитарных предприятий - проблема участия предприятий в учреждении и управлении дочерними предприятиями и хозяйственными обществами, а также их права входить в состав групп юридических лиц. В качестве аргументов за подобное участие выступают: необходимость включения предприятий в разделение труда; необходимость улучшения системы управления ими; обеспечение финансовыми ресурсами.

Предлагаются следующие схемы образования объединений с участием унитарных предприятий, прежде всего на федеральном уровне. Первая - образование казенных государственных корпораций, которые могут быть сформированы из числа относительно узкого круга кооперируе-

мых друг с другом федеральных казенных предприятий. Вторая - формирование корпораций с вхождением унитарных предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения. Этого рода структуры могли бы формироваться в организационно-правовой форме государственных унитарных предприятий с подчиненными дочерними государственными предприятиями и дочерними акционерными обществами, а также в форме государственных холдинговых компаний, включающих в свой состав, как государственные предприятия, так и акционерные общества, акции которых находятся в государственной собственности. Указанная модель объединений с участием унитарных предприятий позволит проводить единую политику в рамках многих предприятий, оперативно мобилизовывать финансовый и производственный потенциал на приоритетных направлениях, подключать к работе банковские структуры, а также снижать издержки<sup>1</sup>.

Однако к организации подобных образований надо подходить с большой осторожностью. Следует учитывать, что унитарные предприятия, оказавшись в одной системе с иными коммерческими организациями, могут попасть под влияние их участников, которые преследуют отнюдь не общественные и государственные интересы. Участники других коммерческих организаций, равно как и руководители унитарных предприятий будут иметь слишком большой стимул использовать возможности предприятия в своих интересах. Если же унитарные предприятия вступают в некоммерческие организации, то опять-таки они могут оказаться под влиянием их учредителей, интересы которых могут не совпадать с интересами собственников имущества предприятий. Кроме того, при участии в некоммерческой организации унитарное предприятие должно жертвовать не принадлежащим ему имуществом, что также не может быть оправданно.

Что касается создания объединений на базе унитарных предприятий, то это также вызывает ряд вопросов. Группы большинства юридических лиц создаются для объединения усилий и имущества юридических лиц, которыми управляют различные участники. В случае же с унитарными предприятиями имеется один собственник, один учредитель, поэтому создание групп унитарных предприятий, возможно, будет иметь результатом децентрализацию управления последними. Для такой децентрализации нужны веские основания, учитывая многочисленные злоупотребления унитарными предприятиями предоставленными им правами. Исходя из изложенного необходимо согласиться с положениями подп. 14 п. 1 ст. 20 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», который наделил собственника имущества унитарного предприятия полномочием давать согласие на участие унитарных предприятий в любых других юридических лицах.

---

<sup>1</sup> См: Винспав Ю., Савченко В. Российское госпредпринимательство: корпоративная ипостась. // Рос. экон. журнал, 1999. - № 2. - С. 31.



Что касается дочерних унитарных предприятий, то в отношении них законодателем принято верное решение. Согласно абз. 5 п. 1 ст. 2 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» унитарное предприятие не вправе создавать в качестве юридического лица другое унитарное предприятие путем передачи ему части своего имущества (дочернее предприятие). Такое положение заставило свернуть непрофильные для унитарных предприятий производства в целях осуществления которых дочерние предприятия создавались, позволило сократить масштабы злоупотреблений в государственном секторе, а также способствовало усилению контроля собственника за унитарными предприятиями, поскольку дочерние предприятия были неподконтрольны собственнику и подчинялись руководителю предприятия, в том числе и по вопросам распоряжения недвижимостью.

Норма п. 1 ст. 2 указанного Федерального закона послужит также интересам контрагентов унитарных предприятий. Действительно, унитарные предприятия, контролируя деятельность дочерних предприятий не несли по их обязательствам той ответственности, которую несут в соответствии со статьей 5 ГК РФ основные хозяйственные общества (товарищества) по обязательствам дочерних обществ. Кредиторы унитарных предприятий учреждавших дочерние предприятия не могли обратиться ни на права данных предприятий в отношении их дочерних предприятий, ни на имущество дочерних предприятий, как это могут сделать, например, кредиторы субъектов имущественного оборота, являющихся участниками товариществ. Это способствовало уклонению от имущественной ответственности по обязательствам, созданным унитарными предприятиями и от ответственности по обязательствам, созданным дочерними предприятиями по вине учредителя.

Помимо этого следует ограничить и участие унитарных предприятий в хозяйственных обществах. Очевидно, что подобное участие, как и вся деятельность предприятий, должно быть нацелено на выполнение функций публично-правовых образований. Поэтому масштабы участия унитарных предприятий в капитале хозяйственных обществ должны гарантировать реализацию интересов публично-правовых образований в деятельности хозяйственных обществ<sup>1</sup>.

Все элементы организационной структуры унитарных предприятий находят свое отражение в уставах данной разновидности юридических лиц, которые имеют следующие особенности. К уставам унитарных предприятий не предъявляются такие требования, свойственные уставам иных коммерческих организаций, как указание компетенции органов управления, а

---

<sup>1</sup> Гув А.Н. Цит. соч. С. 53.

также порядок принятия ими решений, поскольку унитарные предприятия представлены одним единоличным органом, который осуществляет все полномочия, принадлежащие унитарному предприятию как юридическому лицу. Здесь проявляется то, что положения о полномочиях данных органов управления предприятия определяются правовыми актами. Поскольку вся правосубъектность унитарных предприятий, как правило, осуществляется их руководителями, а ее содержание, имущественные права предприятий и права органов государственной и муниципальной власти указаны в законодательстве, то необходимости в их регулировании уставами меньше, чем в случае с другими юридическими лицами. По этой же причине не указаны в качестве обязательной составляющей устава унитарного предприятия права учредителя. Они определяются законодательством РФ (подп. 17 п. 1 ст. 20 Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»).

Уставы унитарных предприятий не должны содержать и положений, связанных с приобретением права на участие в юридическом лице, т.е. сроке и порядке внесения вкладов (взносов), сведений о размещаемых акциях и т.п. Здесь находит свое формально-юридическое выражение то, что организации данного типа всегда имеют только одного учредителя и носят унитарный характер.

Можно с уверенностью сказать, что уставы унитарных предприятий в большей степени носят информационный, а не регулятивный характер. Они призваны, прежде всего, обеспечивать контроль собственника за положением предприятий, а также информировать об этом других субъектов имущественных отношений. При этом, учитывая важность контроля со стороны собственника за участием унитарных предприятий в других юридических лицах, следует ввести обязательное отражение в уставах унитарных предприятий не только сведений о филиалах и представительствах, но и об участии в юридических лицах. Это необходимо и для контрагентов унитарного предприятия, которые должны знать о масштабах деятельности предприятия, его влиянии на иные юридические лица, надежности его вложений.

Рационально в Федеральном законе «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» обязать собственника указывать в уставах предприятий каким органам власти принадлежат те или иные полномочия, связанные с согласованием сделок унитарных предприятий. Это позволило бы оградить контрагентов унитарных предприятий от возможных проблем, связанных с согласованием сделок предприятий неуполномоченными органами.

*Печников В.В.*  
*Научный руководитель – д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

### **Вопросы статуса и защитных мер при образовании поликорпоративных предприятий в Англии**

Традиционная модель компании как юридического лица весьма заметно контрастирует с новым явлением, привнесённым в сферу организационно-правовых форм хозяйственной деятельности новыми экономическими реалиями, - группами компаний. Группами компаний, или, как их еще называют, поликорпоративными предприятиями, называют несколько экономически тесно между собой связанных, но юридически вполне самостоятельных субъектов права (юридических лиц). Такие группы складываются на практике различными путями, чаще всего посредством приобретения одним из участников группы всех или большей части акций другого или других участников. Взаимоотношения между участниками группами обозначают как отношения между «материнской» и «дочерними» компаниями.

Внешне структура поликорпоративных предприятий выглядит достаточно простой. Однако их функционирование приводит к появлению вопросов, не получающих легкого правового решения. На то есть целый ряд причин.

Одной из них выступает то обстоятельство, что статус и юридические взаимосвязи между участниками поликорпоративных предприятий определяются нормами различной отраслевой принадлежности.

Прежде всего, следует упомянуть нормы налогового права. В Европейском Союзе, например, директива Совета ЕС 90/435 запрещает удерживать налоги с доходов, извлечение которых участниками поликорпоративного предприятия связано с пересечением границы.<sup>1</sup>

Налоговое законодательство стран-участниц ЕС отражает концептуальный подход законодателя к вопросам взимания налогов: закону надлежит оставаться нейтральным по отношению к предпринимательской деятельности, которая осуществляется через группу юридически самостоятельных компаний, равно как и через различные подразделения одной и той же компании<sup>2</sup>.

Нейтральность налогового закона может выражаться в данном случае либо в виде закрепления в нём послаблений применительно к убыткам,

---

<sup>1</sup> Council Directive 90/435/EEC, Official Journal, 1990, L 225.(The Parent Subsidiary Directive).

<sup>2</sup> См. Robert A. Prentice. A Survey of the Relating to Corporate Groups in the United Kingdom. // Wymeersch. P. 279; Robert A. Prentice. The Future of Corporate Disclosure: The Internet, Securities Fraud, and Rule 10b-5, 47 EMORY L.J. 1, 16 (1998).

прибылям, дивидендам и т.п., либо путем взимания консолидированного налога с группы компаний в целом.

В последнем случае, впрочем, такой подход допускает трактовку группы компаний в качестве единого субъекта налогообложения. Однако видеть в группе компаний единый субъект налогообложения и признавать ее единым субъектом права – вещи не тождественные. Например, законодательство штата Калифорния в США предусматривает так называемое «унитарное налогообложение» (unitary taxation)<sup>1</sup>, подход которого целиком опирается на презюмирование группы компаний единым субъектом права. Ясно, что такой подход не может не восприниматься как отступление не только от международно признанных принципов налогообложения. Но и от аксиоматических представлений о понятии юридического лица.<sup>2</sup>

Тем не менее, этот подход приходится признавать не исключением из общего правила, а началом утверждения такого правила. Ему следуют в Европейском союзе нормы, определяющие порядок торговой (бухгалтерской) отчетности. В частности, 7-я директива об акционерных обществах от 13 июня 1983 г. исходит из представления о группе компаний как о едином субъекте права.<sup>3</sup> В этой директиве закреплена трактовка группы компаний как единого образования.

Правда, такая трактовка закреплена названной директивой для достаточно узких целей, именно, для обеспечения консолидированной бухгалтерской отчетности ее входящих в группу компаний. Тем не менее, возложение на группу обязанности составлять консолидированный отчет по прибылям и убыткам без рассмотрения соответствующей отчетности в каждой отдельной компании стало весьма примечательной мерой евросоюзовского нормотворчества, относящегося к поликорпоративным предприятиям.

Некоторые исследователи полагают, впрочем, что идея «субъективной консолидации» группы компаний не так уж нова, и не обязана своим

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Sakoh, Katsuro. The Unitary Tax: Obstacle to Foreign Investment. // Asian Studies Backgrounder № 19 December 6, 1984. // <http://www.heritage.org/Research/Taxes/asb19.cfm>; Gombinski, Steven J. Continuing unitary tax dilemma. (state and local taxation). April 1989. // The CPA Journal Online. // <http://www.nysscpa.org/cpajournal/old/07301544.htm>;

Sol Picciotto, Richard Murphy. A New Approach to the Taxation of Transnational Corporations. A response to the HMRC Discussion Document on Taxation of Foreign Profits of Companies (June 2007) and the Consultation Document on Transfer Pricing for Large Business (20 June 2007). // [http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/HMRC\\_Transnational\\_Buisness\\_Submission.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/HMRC_Transnational_Buisness_Submission.pdf)

<sup>2</sup> Tanzi, Vito, and Howell H. Zee. Taxation in a borderless world: The role of information exchange?, in: Gustaf Lindencrona, Sven-Olof Lodin, and Bertil Wiman (eds.), International Studies in Taxation: Law and Economics, The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

<sup>3</sup> См: <http://eur-lex.europa.eu/en/legis/>

появлением деятельности нормотворческих органов Евросоюза, - они относят ее первое юридическое воплощение к английской практике 1904 г.<sup>1</sup>

Сходные воззрения на группу компаний как на консолидированный субъект права обнаруживает и законодательство о конкуренции. Например, при решении вопроса о том, не нарушает ли планируемое объединение или слияние компаний норм, запрещающих доминирование на рынке, законодательство Германии,<sup>2</sup> Франции,<sup>3</sup> Англии,<sup>4</sup> а также право ЕС<sup>5</sup> придают значение установлению факта достижения общего контроля группы над соответствующим рынком. По существу, такой подход означает, что критерием оценки единства поликорпоративной структуры служат не формальные юридические признаки, а прочность экономической связи между составляющими ее элементами (т.е. отдельными компаниями).

Этому подходу следует иногда и законодательство о труде, о несостоятельности, и даже уголовное законодательство, признавая группу компаний в качестве консолидированной структуры.<sup>6</sup>

Вопрос о том, означает ли признание консолидированности поликорпоративной предпринимательской структуры отрицанием самостоятельной юридической личности каждой из входящих в нее компаний, начинает постепенно обретать все более отчетливые контуры. Однако эти контуры задаются не отдельной отраслью законодательства (например, акционерного), а всей совокупностью норм, составляющих тот или иной национальный правовой массив.

Рассмотрим этот вопрос подробнее на примере английского права.

Здесь проблема поликорпоративных предпринимательских структур обсуждается чаще всего в контексте вопроса о том, в какой мере способен материализоваться риск подчинения интересов отдельной входящей в группу компании инкомпаниитересам основной (холдинговой) компании либо интересам группы в целом. Такой риск чреват утратой отдельной компанией собственной правосубъектности, равно как и ущемлением интересов акционеров такой компании либо ее кредиторов.

Английское право компаний содержит некоторые положения, нацеленные на минимизацию подобных рисков. Признавая правомерной практику создания групп компаний, оно одновременно предоставляет несущим указанный риск акционерам и кредиторам средства защиты против грозящего им ущерба, закрепляя право последних на истребование компенсации за риск, возникающий для них в силу вхождения компания в группу. Бо-

---

<sup>1</sup> См., например, Florian M. Towards an Organisational Law of the Polycorporate Enterprise? A Comparative Analysis. March 10, 2006. // [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=887281](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=887281)

<sup>2</sup> 23(2) GWB

<sup>3</sup> Ordonnances du 1 desember 1986, art.39.

<sup>4</sup> Fair Trading Act 1973, section 65.

<sup>5</sup> Art 3 of Council Regulation 4064/69, Official Journal 1989 L 395

<sup>6</sup> См. Florian M. Op. cit. P. 175.

лее того, оно позволяет входящим в группу отдельным компаниям защищать свои субъективные интересы и притязания как в ходе процесса образования группы, так и в ходе ее функционирования.

### **Создание корпоративной группы (группы компаний).**

Именно в процессе создания группы компаний кроется риск ущемления акционеров либо кредиторов отдельной компании. Приобретение существенной части акционерного капитала отдельной компанией другой компанией – «однотруппницей» способно привести к невыгодным последствиям для первой из них, - прежде всего, в форме подчинения ее решениям, принимаемым извне.

Механизмы, выработанные для предупреждения либо минимизации последствий таких невыгод, воплощаются чаще всего в нормах английского статутного права. Большая их часть содержится в действующем акционерном законодательстве; некоторые включены в иные акты, в частности, в «City Code on Mergers and Takeovers». Последний не столько нацелен на предупреждение рисков вхождения в группу, сколько закрепляет порядок осуществления процесса вступления. Например, для случаев, когда вхождение отдельной компании в группу оказывается результатом приобретения большей части ее акций, презюмируется невыгода подобного приобретения для акционеров и кредиторов компании, поскольку приобретение большинства акций позволяет приобретшей их компании осуществлять контроль над решениями, пользуясь большинством голосов на общем собрании, в том числе и к невыгоде меньшинства акционеров.

Если суммировать основные положения действующего английского акционерного законодательства<sup>1</sup>, касающиеся защиты законных интересов акционеров, затрагиваемых включением их компании в группу, то они состоят в следующем. Во-первых, до их сведения должна своевременно доводиться информация о предстоящем приобретении акций, выпущенных их компанией, позволяющем осуществлять контроль над ведением ее дел. Считается, что такое информирование позволяет потенциальным миноритариям избежать положения нежелаемого ими меньшинства в общем собрании. Достичь такой цели позволяет им правило, согласно которому приобретатель минимум 90% акций компании обязан принять предложение собственников остальных акций о покупке у них этих акций по той же цене.

У этого важного самого по себе защитного правила есть один существенный минус: оно практически не поддается соблюдению в случаях, когда миноритарии рассеяны по стране и их трудно одновременно уведомить о предстоящей сделке по установлению контроля над их компанией. Кроме того, оно распространимо в основном на публичные компании, т.е. на анг-

---

<sup>1</sup> The Companies Act, 2006.

лийский аналог акционерных обществ. Частные же компании (private companies, примерно соответствующие форме обществ с ограниченной ответственностью) исключены из сферы действия названного правила.

Возвращаясь к положениям City Code on Mergers and Takeovers, следует заметить, что характер этого акта таков, что его положения не предназначены для учета интересов кредиторов той компании, которую приобретение ее акций превращает в члена группы. Единственное положение, которое можно считать направленным к их выгоде, заключается в обязывании правления включаемой в группу компании учитывать интересы кредиторов при изложении вопроса на общем собрании акционеров. Разумеется, это далеко не исчерпывает всех вопросов, которые могут возникнуть у кредиторов, хотя для кредитных обязательств, должником в которых выступает включаемая в группу компания, такое положение позволяет кредиторам настаивать на досрочном прекращении обязательства в виду перемены контроля над компанией.

В числе иных защитных мер, рассчитанных на защиту интересов миноритариев включаемой в группу компании, заслуживают упоминания следующие. Во-первых, это – обязывание того (или тех), кто приобретает в компании большинство голосов, к осведомлению миноритариев о предстоящем вхождении компании в группу. Во-вторых, в отдельных случаях включение компании в группу может требовать предварительного судебного одобрения.<sup>1</sup> Впрочем, в случаях, когда проект включения компании в группу получает надлежащее одобрение большинством голосов на общем собрании акционеров, текущая судебная английская практика занимает нейтральную позицию в спорах миноритариев с большинством.<sup>2</sup>

Создание поликорпоративного предприятия с материнской компанией во главе может сопровождаться дополнительными защитными мерами в пользу кредиторов включаемой в поликорпоративную структуру компании. В частности, приобретатель акций, обеспечивающих большинство голосов на общем собрании, может быть связан обязанностью организации собрания кредиторов включаемой компании в целях их информирования о предстоящем включении, с одной стороны, Закон о компаниях 1985г. предусматривал также в подобных случаях правомочие суда переложить обязательства включаемой компании перед собственными кредиторами на будущую материнскую компанию.<sup>3</sup>

Наконец, следует упомянуть еще одну защитную меру, предназначенную для защиты интересов акционеров включаемой в поликорпоративную структуру компании. Речь идет о норме, способной предупредить в подобных случаях превращение части акционеров компании в минорита-

---

<sup>1</sup> См., напр., дело *Re Dorman, Long & Co Ltd., South Durham Steel and Iron Co Ltd* [1934].

<sup>2</sup> См., напр., дело *Re Heron International NV* [1994] 1 BCLC 667.

<sup>3</sup> См. The Companies Act, 1985, Section 427 (3)(a).

риев: в учредительных документах компании (точнее, в articles of association) допускается закрепление пунктов, вообще закрепляющих передачу акций (shares) другим лицам. Правда, эта мера может использоваться не для любых компаний, а лишь для тех, которые напоминают общества с ограниченной ответственностью в системе континентального права (т.е. private companies).<sup>1</sup>

*Полозков В.В.*

*Научный руководитель – к.ю.н., доцент Протопопова О.В.*

### **Основания для признания хозяйственного общества основным**

С развитием рыночных отношений в Российской Федерации, участники данных отношений, стали активно прибегать к созданию различных холдинговых структур для ведения предпринимательской деятельности, и нередко случаи, когда установленная законодательством ответственность дочерних хозяйственных обществ ограниченная лишь принадлежащим им имуществом используется субъектами гражданского оборота в противоправных целях. Вопросы правового регулирования ответственности основного общества по обязательствам дочернего уже длительное время влекут возникновение разногласий между учеными, сторонами, рассматриваемых в судах споров.

Ни один нормативный акт не содержит определения «основное хозяйственное общество». Однако п. 1 ст. 105 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>2</sup> (далее - ГК РФ), п. 2 ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах»<sup>3</sup> (далее — Закон об АО) и п. 2 ст. 6 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»<sup>4</sup> (далее – Закон об ООО) указывают на то, что хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом. Из определения дочернего общества можно сделать вывод, что хозяйственное общество признается

---

<sup>1</sup> См. Hannigan J. Share Transfer Problems in the Private Company. //Company Law, 1990, vol. 11. P.170.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ 1994, № 32. Ст. 3301; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // СЗ РФ. Ст. 410; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ // СЗ РФ 2003 № 49 Ст. 4552.

<sup>3</sup> Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1 Ст. 1.

<sup>4</sup> Федеральный закон от 08.02.1998 № 14 – ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» СЗ РФ// 1998. № 7. Ст. 785.



основным, если оно имеет возможность определять решения другого хозяйственного общества.

В научной литературе существуют различные точки зрения по вопросу, что следует понимать под решением общества и как решение общества соотносится с решениями, принимаемыми его отдельными органами, поскольку законодательство не содержит прямого определения. Проблема соотношения понятий «решение общества» и «решение органа общества» обусловлена сущностью самого юридического лица, поэтому для правильного ответа на вопрос о соотношении этих понятий необходимо обратиться к теориям, объясняющим сущность юридического лица.

Представляется, что наиболее подходящее объяснение соотношения понятий «решение общества» и «решение органа общества» следует из теории фикции.<sup>1</sup> Как верно отмечал Г.Ф. Шершеневич, «в основе юридического лица лежат не фиктивные, а настоящие, реальные потребности людей, но субъекты, которым даются права для охраны этих интересов, существа нереальные»<sup>2</sup>. Несмотря на то, что юридическое лицо существует лишь в правосознании, оно является реальностью социальной жизни, как и другие идеальные объекты, используемые человеком»<sup>3</sup>.

Исходя из теории фикции, Г.В. Цепов приходит к выводу, что «для уяснения юридической сущности решения общего собрания акционеров его нужно рассматривать не как сумму действий участников, а как действие самого общества. В рамках принятия решения общим собранием учитываются голоса самостоятельных субъектов права, но принятое при наличии соответствующего кворума решение признается решением общества, а голосующие субъекты лишь определяют принятие легитимного решения общества. Соответственно, гражданские права и обязанности возникают непосредственно у общества. Участие в управлении коммерческой организацией осуществляется либо непосредственно участником организации ... либо посредством выборных и назначаемых органов»<sup>4</sup>.

Совет директоров напрямую наделяется законодательством полномочиями по принятию решений, выражающих волю общества и не требующих, за исключениями, установленных законом, последующего подтверждения иными органами общества. В связи с этим, решения совета директоров хозяйственного общества следует рассматривать как решения самого хозяйственного общества. Законы, регулирующие деятельность хозяйственных обществ, напрямую закрепляют право исполнительного органа действовать от имени общества в соответствии с предоставленной ком-

<sup>1</sup> Цепов Г.В. Акционерное общество: проблемы гражданско-правового регулирования: Дис. ... канд. юрид. Наук. СПб., 2004. С. 43.

<sup>2</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. - СПб., 1907. С. 118.

<sup>3</sup> Цепов Г.В. Указ. Соч. С. 44.

<sup>4</sup> Косякова Н.И. коммерческие организации: сравнительная характеристика// Право и экономика. 1998. № 5. См.: СПС «Консультант Плюс: Судебная практика».

петенцией. Таким образом, принятие решения органом управления общества означает принятие решения самим хозяйственным обществом. Высшие судебные инстанции подтверждают данный вывод принятыми судебными актами. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (далее - ВАС РФ) в Постановлении от 19.04.2002 по делу № 4529/01<sup>1</sup> именуется решение совета директоров и общего собрания акционеров «решение акционерного общества».

Развивая положения п. 1 ст. 105 ГК РФ, давшие дефиницию дочернего хозяйственного общества, можно определить основное хозяйственное общество, как общество, которое вправе определять решения уполномоченного органа другого хозяйственного общества.

Е.В. Рузакова считает, что одним из оснований для признания общества основным является наличие у последнего возможности влиять на результаты голосования и принимаемые общим собранием акционеров другого общества решения.<sup>2</sup> Существует иная точка зрения, в соответствии с которой преобладающая доля участия признается наличествующей у основного общества, когда решение органов управления дочернего общества заведомо не может быть принято, если голоса, принадлежащие основному обществу, поданы против соответствующего решения<sup>3</sup>. Таким образом, круг органов возможность влияния на который определяет «дочерность» общества не ограничивается лишь общим собранием. И.С. Шиткина отмечает «влияние основного общества и, соответственно, право давать обязательные указания дочернему, реализуются, в частности, путем определения решений совета директоров и исполнительных органов, а также назначения единоличного исполнительного органа»<sup>4</sup>. Представляется, что хозяйственное общество становится основным, если оно получает возможность определять решения хотя бы одного органа управления общества, поскольку в таком случае оно будет подпадать под действующее определение основного общества, закрепленное в п. 1 ст. 105 ГК РФ.

Весьма актуальной является обсуждаемая Громовым В.В.<sup>5</sup> позиция Федеральных арбитражных судов, в соответствии с которой хозяйственное общество становится основным исключительно в случае, если оно имеет

---

<sup>1</sup> См. Постановление Президиума ВАС РФ от 19.04.2002 по делу № 4529/01. См.: СПС «Консультант Плюс».

<sup>2</sup> Рузакова Е.В. Предпринимательские многосубъектные образования: правовая модель и действительность. // Правовое положение субъектов предпринимательской деятельности/ Под ред. В.С. Белых. Екатеринбург, 2002.

<sup>3</sup> Комментарий к гражданскому законодательству Российской Федерации о хозяйственных обществах / Под общей редакцией М.Ю. Тихомирова. - М., 1999. С. 444.

<sup>4</sup> Шиткина И.С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление.- М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 145.

<sup>5</sup> Громов В.В. Правовой статус основного хозяйственного общества как субъекта гражданско-правовой ответственности по обязательствам дочернего общества / Дис. Канд. юрид. наук. М. 2005 г. стр. 22.

возможность определять решения всех органов управления другого юридического лица<sup>1</sup>. С подобным подходом судебных инстанций можно согласиться, если убрать слово «исключительно», т.е. при наличии контроля над всеми органами общества другим обществом отнесение последнего к категории основных обществ сомнений не вызывает. Исходя из подобной позиции судов, основные общества могут избегать гражданско-правовой ответственности, влияя на решения, принимаемые определенным органом дочернего общества.

Отсутствие четко закрепленного законодательством перечня оснований для признания основного общества, имеющим право определять решения, принимаемые дочерним обществом является пробелом, который подлежит устранению на законодательном уровне, поскольку позволяет недобросовестным участникам гражданского оборота использовать его в противоправных целях.

*Попова Е.В.*

*Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

### **Общие вопросы оспаривания решений международных коммерческих арбитражей в Швейцарии**

В Швейцарии, как и во многих других странах, институт арбитража является механизмом защиты нарушенного права наравне с системой государственных судов. Арбитраж является частной процедурой урегулирования споров, основанной на соглашении сторон, и на сегодняшний день занимает важнейшую роль в разрешении споров в процессе осуществления внешнеэкономической деятельности.

Решения арбитража имеют ценность только в том случае, когда эти решения могут быть исполнены. Если решение неисполнимо, оно является фактически недействительным, т.е. неэффективным. Чтобы стать действительным решение должно быть исполнено либо добровольно, либо принудительно в соответствии с законодательством страны, в которой арбитражное решение подлежит исполнению.

Вне зависимости от исполнения, арбитражное решение может быть оспорено проигравшей стороной и отменено компетентным государственным судом в государстве, в котором находится вынесший решение арбитраж, в государстве, право которого применялось к арбитражному разбирательству, либо в ином государстве, юрисдикции которого по каким-либо причинам подчинено решение арбитража. В связи с этим в международных отношениях существует проблема так называемых «различных судов» од-

---

<sup>1</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 15.05.2002 по делу № А56-17968/01. См.: СПС «Консультант Плюс».

ного арбитражного решения: по месту нахождения арбитража, вынесшего решение, это решение может быть отменено, и одновременно, это же решение может быть исполнено в третьем государстве<sup>1</sup>.

Для проигравшей арбитражный процесс стороны существует несколько вариантов возможных действий:

- добровольно исполнить решение арбитража;
- не предпринимать ни каких действий;
- попытаться оспорить решение арбитража;
- ждать, пока выигравшая сторона не обратится в компетентный суд другого государства за признанием и приведением в исполнение арбитражного решения, и предоставить в этот суд доказательства наличия оснований для отказа в признании и исполнении этого решения.

На современном этапе развития права коммерческих арбитражей многие государства стремятся сделать институт арбитража максимально эффективным, в том числе посредством установления исключительного характера процедуры оспаривания (ограничение оснований для оспаривания либо полное их исключение) и пересмотра решений арбитража. Федеральный закон Швейцарии о международном частном праве 1989 г. (далее: ФЗ об МЧП) является, в этой связи, одним из новейших законодательных актов, отражающих подобную тенденцию.

В соответствии со ст.190 ФЗ об МЧП решение международного арбитража становится окончательным с момента его сообщения сторонам, что означает, что решение вступило в законную силу и может быть исполнено<sup>2</sup>.

В теории швейцарского права различаются абсолютная и относительная окончательность арбитражного решения. С момента сообщения сторонам решения арбитража, оно является относительно окончательным<sup>3</sup> и остается таковым до принятия окончательного решения апелляционной (последней) инстанцией, если:

- в арбитражном соглашении стороны не договорились об отказе от оспаривания вынесенного международным арбитражем решения и
- сторона предприняла все необходимые юридические действия для инициирования процедуры оспаривания решения арбитража.

Решение арбитража является, абсолютно окончательным:

---

<sup>1</sup> Thomas Sprecher, Schiedssprueche zwischen Aufhebung und Vollstreckung, Zuerich: Schulthess 2004. С. 10.

<sup>2</sup> Jermini Cesare, Die Anfechtung der Schiedssprueche im internationalen Privatrecht, nach dem schweizerischen Bundesgesetz ueber das internationale Privatrecht, mit rechtsvergleichender, Ausblicken, Zuerich: Schulthess 1997 (= Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 100), 48 mit weiteren Hinweisen. С. 88.

<sup>3</sup> IPRG-Berti/ Schnyder, Art. 190 №5. Walter Gerhard/ Bosch Wolfgang/ Broennimann Juergen, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zur Kapitel 12 der IPR-Gesetz, Bern 1991. С. 137.

- с момента его оглашения, если стороны надлежащим образом оказались от возможности оспаривать вынесенное арбитражем решение;
- с истечением срока оспаривания арбитражного решения, при условии, что апелляция не была подана;
- после подачи апелляции, если апелляционная инстанция не приостанавливает действия решения в связи с апелляцией<sup>1</sup>;
- апелляция отклонена (в последней инстанции).

ФЗ об МЧП предоставляет сторонам возможность оспорить решение, вынесенное международным арбитражем в Швейцарии. Ст.190 указанного закона содержит закрытый перечень оснований для оспаривания решения арбитража:

- если ненадлежащим образом был назначен единоличный арбитр или сформирован состав арбитража;
- если арбитраж ошибочно признал себя компетентным либо некомпетентным;
- если арбитраж вынес решение по вопросам, выходящим за пределы заявленных требований, или не вынес решение по одному из них;
- если не было соблюдено равенство сторон или их право быть заслушанными в состязательном процессе;
- если решение арбитража несовместимо с публичным порядком.

В принципе, оспаривание арбитражного решения осуществляется в том государстве, в котором было вынесено оспариваемое решение, и основания для оспаривания установлены законодательством этого же государства вне зависимости от того, материальное право какой страны применяется к рассмотрению спора.

То же самое действительно для случаев, когда, законодательство зарубежных государств не признает либо компетенцию швейцарского коммерческого арбитража, либо, в принципе, какого-либо арбитража разрешать споры, и относит такую компетенцию к исключительному ведению государственных судов. В таких случаях решение, вынесенное швейцарским арбитражем, не подлежит исполнению в этих государствах.

Единственной инстанцией для подачи апелляций на решение арбитража, в соответствии со ст. 191 ФЗ об МЧП, является Федеральный суд Швейцарии. Однако стороны могут договориться об ином и выбрать в качестве апелляционной инстанции суд одного из кантонов Швейцарии (ст.191 абз.2 ФЗ об МЧП). В таком случае решение кантонального суда может быть в общем порядке обжаловано опять-таки в Федеральном суде Швейцарии.

Кроме того, стороны могут договориться о том, что порядок движения дела по инстанциям может определять суперарбитраж<sup>1</sup>. В случае, ко-

---

<sup>1</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Art.191 №9.Bielefeld 1989. С. 70.

гда стороны пошли по такому пути, решение, вынесенное первой инстанцией арбитража в принципе нельзя рассматривать в качестве окончательного в смысле ст.190 ФЗ об МЧП. В таких случаях исполнение решения арбитража не допускается до того момента, пока не будет рассмотрена поданная на это решение апелляция<sup>2</sup>. Иными словами, положения ст. 190 ФЗ об МЧП об окончательности решения международного арбитража с момента его сообщения сторонам действуют исключительно в отношении арбитражных решений, вынесенных в последней инстанции.

Решение арбитража может быть оспорено в течение 30 дней с момента его оглашения (ст.191 абз.1 предл.2 Закона об МЧП во взаимосвязи с ст.89 абз.1 ФЗ от 16.12.1943 г. «О судопроизводстве»). Это фактически меньше сроков, установленных в законодательных актах других стран, потому что они начинают отсчитываться с момента уведомления сторон о вынесенном решении.

Выбор относительно небольшого срока для оспаривания в Швейцарии связан со стремлением законодателя к возможно более быстрому прохождению всех стадий арбитражного разбирательства и препятствованию повороту исполнения арбитражного решения.

Для того, чтобы сроки для оспаривания считались соблюденным, необходимо обратиться с ходатайством в Федеральный суд Швейцарии самое позднее в последний день срока, путем отправки его по почте или путем передачи в дипломатическое или консульское учреждение Швейцарии за рубежом. Передача такого ходатайства непосредственно арбитрам или институциональное арбитражное учреждение не будет считаться надлежащей.

В соответствии с ФЗ Швейцарии «О судопроизводстве», ходатайство об отмене решения должно быть подано на одном из 4-х государственных языков (а не на английском), подписано стороной в достаточном числе копий, т.е. по одному для Федерального суда, второй стороны и арбитражного суда. Отсутствие подписи стороны считается основанием для отклонения ходатайства, причем срок для подачи ходатайства в этом случае не продлевается. Необходимо наличие оригинальной подписи, переданная посредством факса или отскерокопированная подпись не будет соответствовать требованиям ФЗ «О судостроительстве».

Ходатайство об отмене решения должно в себя включать:

---

<sup>1</sup> IPRG-Berti/ Schnyder, Art. 190 №5. Walter Gerhard/ Bosch Wolfgang/ Broennimann Juergen, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zur Kapitel 12 der IPR-Gesetz, Bern 1991. С. 205.

<sup>2</sup> Jermini Cesare, Die Anfechtung der Schiedssprueche im internationalen Privatrecht, nach dem schweizerischen Bundesgesetz ueber das internationale Privatrecht, mit rechtsvergleichender, Ausblicken, Zuerich: Schulthess 1997 (= Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 100), 48 mit weiteren Hinweisen. С. 48.

- требование ходатайствующего лица, которое может заключаться в полной или частичной отмене арбитражного решения;
- изложение основных фактов;
- изложение оснований оспаривания.

Как правило, разбирательство по пересмотру арбитражного решения в Швейцарии ведется письменно, устные дебаты применяются в исключительных случаях.

В соответствии с положениями ФЗ «О судеустройстве», коллегия из трех судей, осуществляющая пересмотр, может единогласно, без какого-либо обмена письменными документами либо без очного совещания отклонить необоснованное ходатайство своим мотивированным постановлением. Такое ускоренное рассмотрение позволяет не углубляться в детали ходатайства и существа спора и отклонить его сразу, если суд сочтет его необоснованным.

Допускается исключение возможности оспаривания арбитражного решения. Если ни у одной из сторон нет в Швейцарии ни местонахождения (места жительства), ни обычного местопребывания, ни отделения, стороны, в соответствии со абз.1 ст. 192 ФЗ об МЧП, могут прямо исключить возможность оспаривания арбитражных решений в арбитражном соглашении, либо исключить отдельные основания для оспаривания; стороны также вправе исключить отдельные основания для оспаривания. Допустимость и действительность такого отказа определяется в соответствии со ст. 192 ФЗ об МЧП.

Соглашение сторон об исключении возможности оспаривания арбитражных решений имеет ограниченное действие – оно касается исключительно оспаривания самого арбитражного решения - отказ от оспаривания в смысле ст.192 ФЗ об МЧП не гарантирует, что при исполнении арбитражного решения в другой стране не будет заявлен протест в соответствии со ст.V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10.06.1958 г.), далее: Нью-Йоркская Конвенция.

Исключение возможности оспорить вынесенное арбитражное решение может привести к тому, что арбитражное решение будет подлежать исполнению даже в том случае, если в нем содержатся существенные недостатки; и эти недостатки не могут быть устранены. В связи с этим, абз.2 ст. 192 ФЗ об МЧП предписывает в таких случаях применять по аналогии положения Нью-Йоркской Конвенции. В таких случаях, решение, вынесенное арбитражем на территории Швейцарии, квалифицируется таким образом, как если бы оно было вынесено за пределами Швейцарии<sup>1</sup>. И хотя процедура исполнения иностранного арбитражного решения не отличается

---

<sup>1</sup> Blessing, Schiedsgerichtsbarkeit, 85; Walter/ Bosch/ Broennimann, ASA 1998. С. 271.

от процедуры исполнения решения внутреннего арбитража, все же, в первом случае при наличии соответствующего требования одной из сторон необходимо будет учитывать положения ст.V Нью-Йоркской конвенции, касающиеся оснований для отказа в признании и исполнении арбитражного решения.

В швейцарских научных кругах существует мнение, в соответствии с которым, для исполнения решения международного арбитража с местонахождением в Швейцарии, в отношении которого стороны отказались от оспаривания в соответствии со ст.192 ФЗ об МЧП, такое решение должно пройти процедуру признания, как если бы оно было вынесено иностранным арбитражем<sup>1</sup>.

Учитывая те последствия, которые влечет за собой отказ сторон от возможности оспаривания решения арбитража, исключительное значение приобретают основания, по которым может быть оспорен такой отказ. В случаях, когда вопрос о действительности отказа от оспаривания поднимается в пределах установленного законом срока для оспаривания, особых проблем с разрешением такого вопроса не возникает: сторона, подвергающаяся сомнению действительность такого отказа, подает апелляцию, вторая сторона ссылается на заключенное соглашение об отказе от оспаривания, а апелляционная инстанция исследует доводы сторон. Если суд придет к выводу, что отказ сторон от возможности оспаривания решения арбитража действителен, то апелляция рассмотрению не подлежит.

Однако не исключены случаи, когда отказ от оспаривания арбитражного решения признается недействительным только в процессе исполнения этого решения, причем по инициативе той стороны, которая испрашивала приведение арбитражного решения в исполнение с учетом того, что решение было вынесено на территории Швейцарии и поэтому положения ст.V Нью-Йоркской Конвенции не применяются.

Отказ от оспаривания арбитражного решения должен быть ясно и определенно выражен либо в самом арбитражном соглашении либо в последующем соглашении сторон. Для того чтобы соглашение об отказе от возможности оспаривания считалось заключенным, не достаточно заявления о том, что решение арбитража является окончательным или что оно не подлежит оспариванию. Такое соглашение действительно, если оно заключено в письменной форме, также соглашение может быть заключено путем обмена заявлениями посредством факсимильной связи или электронной почты<sup>2</sup>. Таким образом, требование о необходимости наличия подписи не является существенным.

---

<sup>1</sup> Haas, Die Anerkennung und Vollstreckung auslaendischer und internationaler Schiedssprueche. Dunker & Humbolt, Berlin 1991. С. 35.

<sup>2</sup> Christian Josi, Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprueche in der Schweiz. Staempfli Verlag AG Bern. 2005. С. 105.



Соглашение об отказе от возможности оспаривания допустимо исключительно между сторонами, не имеющими в Швейцарии ни местонахождения (места жительства), ни обычного местопребывания, ни отделения, в соответствии с определениями этих понятий, данными в ст.ст. 20, 21 ФЗ об МЧП. Стороны арбитражного соглашения должны соответствовать перечисленным выше условиям именно на момент заключения арбитражного соглашения<sup>1</sup>. Дальнейшее изменение места нахождения сторон, в том числе, на Швейцарию, не имеет значения для действительности соглашения. То же действительно для правопреемников сторон, заключивших соглашение об отказе от оспаривания: на действительность такого отказа не влияет местожительства правопреемников сторон, даже если речь идет о Швейцарии.

Как было уже выше сказано, в случаях, когда стороны арбитражного соглашения отказались от возможности оспаривать решение арбитража с местонахождением в Швейцарии, к такому решению при его исполнении на территории Швейцарии, в соответствии с абз.2 ст. 192 ФЗ об МЧП, могут применяться по аналогии положения Нью-Йоркской Конвенции. Речь идет о положениях ст.V Конвенции – основания для отказа в признании и исполнении решения арбитража. В научных кругах Швейцарии до сих пор нет единства в вопросе, каким образом толковать упомянутую норму ФЗ об МЧП, учитывая, что перечень оснований для отмены арбитражного решения в соответствии с ФЗ об МЧП уже, чем перечень оснований для отказа в признании и исполнении этого же решения, в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией. Кроме того, возникает вопрос о так называемом удвоении инстанций, проверяющих соответствие вынесенного арбитражного решения нормам законодательства в одной стране по одним и тем же основаниям<sup>2</sup>. Проблемы такого рода не могут быть разрешены судебной практикой и требуют вмешательства на уровне законодателей для внесения в ФЗ о международном частном праве соответствующих поправок.

*Пупина И.С.*

*Научный руководитель - д.ю.н. профессор Безбах В.В.*

## **Правовые аспекты ипотечного кризиса в США**

Ипотека, являясь сложной финансово-кредитной системой, требует полного и подробного описания механизма своего осуществления с юридической точки зрения. Первые нормативные акты, регулирующие отношения ипотеки, появились еще в Древнем Риме. С тех пор были приняты

---

<sup>1</sup> Blessing, Schiedsgerichtsbarkeit, 85; Walter/ Bosch/ Broennimann, ASA 1998. С. 84.

<sup>2</sup> Christian Josi, Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprueche in der Schweiz. Staempfli Verlag AG Bern. 2005. С. 74.

сотни законов, касающихся залоговых отношений и кредитования, но суть классической ипотеки осталась неизменной, - это залог недвижимого имущества для обеспечения денежного обязательства должника перед кредитором. Сложный механизм ипотеки формировался на основе традиций хозяйственных укладов и правил делового оборота, складывающихся столетиями<sup>1</sup>. Национальные институты ипотеки характеризуются существенными различиями и давно выделились в самостоятельные разделы имущественного права, состоящие из десятков правовых актов. Например, в США принято 30 законов и иных нормативно-правовых актов, регулирующих отношения ипотеки. Среди них можно выделить: закон об урегулировании процедур, связанных с недвижимостью; закон о раскрытии информации, связанной с ипотекой; закон о равных кредитных возможностях; закон о праве на финансовую конфиденциальность<sup>2</sup>. Основная цель действия данных законодательных актов – это предоставление кредитором подробнейшей информации о кредите, и недопущение ограничений физического лица в его праве на получение кредита. Данные законодательные акты предусматривают следующую схему ипотечного жилищного кредитования в США. При приобретении жилья (отдельного дома, квартиры) в собственность средний американец обычно в состоянии оплатить лишь 10-20 % его стоимости. Остальная сумма на покупку дома берется в кредит. Кредитор, а им выступает ипотечный банк, предоставляет кредит (исходя из ставки 8-10 % годовых) под залог покупаемого жилья. В результате строительная или иная организация получает необходимую сумму за построенный дом. Ипотечный кредит предоставляется на срок до 30 лет, в течение которых заемщик обязан вносить ежемесячную плату в счет погашения кредита, иначе на дом может быть обращено взыскание. Ипотечные отношения в США оформляются двумя документами. Первый — деловое обязательство, фиксирующее все вопросы кредита (учетная процентная ставка, порядок внесения платежей и т.д.). Второй — ипотечный договор, в котором указываются права и обязанности сторон и другие условия о залоге недвижимости. Потребность именно в двух документах при оформлении ипотеки связана с обеспечением потенциальной возможности с продажи и займов.

Второй распространенной схемой ипотечного жилищного кредитования является модель депозитного института, в которой специализированные сберегательные учреждения аккумулируют средства на цели ипотечного кредитования, главным образом вклады и контрактные сбережения. На этом простота схемы жилищного ипотечного кредитования закан-

---

<sup>1</sup> Банки, кредиты, ипотека (Мониторинг финансовых организаций и продуктов). Правовое обеспечение. // <http://osito.ru/pravo>

<sup>2</sup> Квернадзе Р.А., Хоменко М.А. Ипотечное жилищное кредитование и его опыт в зарубежных странах. // Право и политика. - №9. – 2001.

чивается и начинается обеспечение ипотеки системой сложных экономических, финансовых и правовых механизмов, задействующих ипотечные банки и вторичный рынок жилищных займов.

Разгоревшийся ипотечный кризис в США в 2006 г. пошатнул самую законодательно развитую, устоявшуюся и совершенную ипотечную систему на мировом рынке. Главной его причиной стал рост не возвратов жилищных кредитов неблагонадежными заемщиками<sup>1</sup>. Кризис стал заметен и начал приобретать международные масштабы весной 2007 г., когда New Centure Financial Corporation, крупнейшая ипотечная компания США, занимающаяся кредитованием ненадежных заемщиков, ушла с Нью-Йоркской фондовой биржи. В течение следующих нескольких месяцев понесли убытки или оказались банкротами десятки подобных компаний.

### **Причины ипотечного кризиса в США**

Первой причиной является падение спроса у населения на приобретение недвижимости, в связи, с чем выросли кредитные ставки, и граждане стали финансово неплатежеспособны их выплачивать.

Летом 2005 г. в США спрос превышал предложение. Недвижимость продавалась стремительно. В 2006 г. ситуация изменилась. Число непроданных домов, как новостроек, так и вторичных росло с каждым днем. Отсутствие массового спроса недвижимости заставляло продавцов снижать стоимость и цены падали. Средняя цена квадратного метра в большинстве штатов снизилась, а домовладельцы оказались на грани разорения из-за неминуемого роста процентных ставок по кредиту и, соответственно, роста ежемесячных выплат. Суть кризиса ипотеки в США заключается в том, что во время быстрого роста цен на недвижимость граждане охотно брали ипотечные кредиты, так как любые проценты можно было окупить с прибылью, перепродав через год выросший по цене дом: цены на жилье ежегодно росли на 15-20%. Но, по данным экспертов, около 1,5 млн. американцев находятся сейчас в стадии личного банкротства, отказавшись платить по кредиту<sup>2</sup>. Как следствие, рост цен на недвижимость остановился, поскольку банки все чаще отказываются выдавать деньги, поскольку ипотечные кредиты населением не выплачиваются, в связи с ростом процентной ставки по кредиту. В свою очередь инвестбанки все чаще требуют с ипотечных агентств, у которых они покупали проблемные кредиты, вернуть им обратно деньги.

Напомню, что ипотека — это кредит на покупку недвижимости под залог жилья. За счет этого залога банк страхует себя от возможных рисков — если клиент по какой-либо причине не сможет или откажется выпла-

---

<sup>1</sup> Финансы: Ипотечный кризис в США. 24.01.2008. // [www.lenta.ru/story/ipoteka](http://www.lenta.ru/story/ipoteka)

<sup>2</sup> Ипотека. Остановят ли дефолты ипотечный рынок Петербурга и области? (Круглый стол для СМИ, организованный Ассоциацией риэлторов Санкт-Петербурга и Ленинградской области). 26 сентября 2007. // [www.jurinform.ru/publications/mortgage/](http://www.jurinform.ru/publications/mortgage/)

чивать кредит, банк имеет право продать недвижимость и возместить потери. Банки выдавали кредиты больше чем рыночная стоимость недвижимости, которую планировал приобрести человек. Кредит достигал 120% - 130% от стоимости недвижимости. Предполагалось что, оставшиеся деньги люди потратят на благоустройство нового жилья. Такой вид кредитования является очень рискованным, потому что, при наступлении дефолта сумма, полученная от продажи недвижимости не покрывает расходы и задолженность заемщика по ипотечному кредиту. При массовой продаже недвижимости по дефолтным кредитам, цены на рынке снизились примерно на 50 %.

Вторая причина состоит в привязанности размера процентной ставки кредита к индексу *LIBOR*. Большинство американских ипотечных кредитов были выданы с так называемыми «плавающими» процентными ставками, привязанные к индексу *LIBOR*. Это так называемая усредненная процентная ставка, по которой банки занимают денежные ресурсы у других банков на Лондонском межбанковском рынке. Другими словами, *LIBOR* – это средняя процентная ставка, по которой банки предоставляют ссуду друг другу на стандартный срок, например на год. Для клиента это может быть интересно при низких ставках *LIBOR*, но если говорить о долгосрочных кредитах, например 15 лет, то долговременное пребывание *LIBOR* на одном уровне, например 5% маловероятно. Данная ставка зависит от целого ряда факторов, в том числе от общеэкономической ситуации на мировом рынке. По годам она меняется довольно существенно: например, в 1989г. составил 9%, а к 1992 г. снизился до 3,3%. С конца 2000 года преобладала ниспадающая тенденция, но с января 2004 года ставка начала повышаться и к декабрю 2006г. составила 4,29%. Процентная ставка по кредиту с «плавающей» ставкой выросла, а ежемесячные платежи соответственно стали больше, американские заемщики не осилили выплаты по кредиту<sup>1</sup>.

Третьей причиной является несоразмерность между оплатой процентов и основного долга по кредиту. Американские кредиты выдавались на длительные сроки, а платеж состоял из двух частей: первая, самая большая – это уплата процентов, вторая- погашение основного долга. И соотношение между ними 99:1. Постепенно соотношение между ними изменяется, и выплаты по процентам уменьшаются. Таким образом, означает, что в первую очередь американские заемщики платили проценты, а когда некоторые кредиты были признаны дефолтными, оказалось что деньги которые вносились в банк не намного уменьшили основной долг<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Ипотечный кризис в США затронет нашу «вторичку». 03.04.2007. // Собственник (Информационно-аналитическое издание о рынке недвижимости). // <http://sob.ru/> См. также материалы портала по адресу [www.eip.ru/main/view](http://www.eip.ru/main/view)

В-четвертых, следует отметить отсутствие требований банков к заемщику о предоставлении первоначального взноса и подтверждения факта платежеспособности. Ипотека в США, кредитными организациями предоставлялась без первоначального взноса и без подтверждения дохода, таким образом возник риск финансовых потерь в связи с отсутствием проверки данных о платежеспособности заемщиков.

*Семёнов П.А.  
Научный руководитель – д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

### **Реформа современного английского законодательства о компаниях: ключевые новеллы**

На заре 21-го века правовая система Великобритании оказалась неспособной в условиях открытого рынка выдерживать конкуренцию со стороны правовых систем других стран ЕС в области законодательства о компаниях.

Причины такого положения дел были следующие: высокая степень архаичности и противоречивости норм о компаниях, чрезмерный, ничем не оправданный объём правового массива, значительная часть которого представляла собой прецедентное право, не согласующееся с современными реалиями ведения предпринимательской деятельности, а также ощутимое несоответствие «основных максим» английского законодательства о компаниях стремительно эволюционирующим нормам Европейского Сообщества о компаниях вследствие многолетней практики некачественной имплементации норм акционерного права ЕС в массив английского права компаний. «Засилье» в сфере регулирования деятельности компаний негосударственных документов рекомендательного характера<sup>1</sup>, нередко приводящее к противоречиям или недостаточной определённости предписаний, множественности трактовок также выступало в качестве определённого негативного фактора, снижающего качество и эффективность регулирования.

Немаловажным фактором выступала также усиливающаяся в начале 21-го столетия тенденция стремительного изменения всего многообразия факторов, влияющих на институт юридического лица в информационном обществе.

В свою очередь, вышеуказанные негативные факторы в наиболее общем смысле были обязаны своим появлением недостаткам концептуального подхода английского законодателя к реформированию законодательства о компаниях: со времени принятия в середине 19в. основополагающих

---

<sup>1</sup> Например, т.н. «кодексов практики» (codes of practice).

законов о компаниях и вплоть до конца 20в. модификация английского акционерного права осуществлялась посредством проведения бессистемных, неполных, «половинчатых» реформ, направленных главным образом на решение отдельных, партикулярных, содержательно весьма ограниченных проблем с целью достижения сугубо прагматичных целей. При этом обоснование реформы, как правило, сводилось исключительно к необходимости устранения возможности повторения выявленных на практике конкретных злоупотреблений.

Данный бессистемный, нерациональный, низкоэффективный подход законодателя<sup>1</sup> и привёл к негативной ситуации, серьёзность которой в полной мере отразилась в тревожном мнении профессора Гауэра (Gower) о том, что в начале 80-х гг. 20в. английское законодательство о компаниях «находится в наиболее плачевном состоянии, чем когда-либо в нынешнем веке, и положение дел вряд ли улучшится в дальнейшем»<sup>2</sup>.

В марте 1998г. Департамент торговли и промышленности Великобритании сделал официальное заявление о намерении провести радикальную, крупномасштабную реформу английского законодательства о компаниях с целью создания эффективной, упрощённой системы правового регулирования деятельности компаний, которая наиболее полным образом отвечала бы потребностям современного предпринимателя и при этом не требовала бы от казны для обеспечения своего функционирования чрезмерных средств<sup>3</sup>.

В целях разработки детального проекта реформы Департамент торговли и промышленности создал специальную рабочую группу (Company Law Review Steering Group), результатом работы которой явился двухтомный доклад под названием «Современное право компаний для конкурентоспособной экономики»<sup>4</sup>, который 26 июля 2001 г. был представлен Государственному секретарю торговли и промышленности.

Доклад был вынесен на публичное обсуждение и с учётом общественного мнения определённым образом скорректирован, после чего 16 июля 2002г. Правительство опубликовало официальный документ о проекте реформы под названием «Модернизация законодательства о компаниях»<sup>5</sup>, включающий в себя текст проекта нового закона о компаниях в первоначальной редакции. После этого, вопреки всеобщим ожиданиям приближающегося завершения реформы, сколько-нибудь плодотворная работа над проектом была приостановлена. Возобновление процесса ознаменовалось опубликованием в марте 2005 г. второго правительственного консуль-

---

<sup>1</sup> В англоязычной научной и практической литературе он получил название «piecemeal approach».

<sup>2</sup> LCB Gower. Principles of Modern Company Law. London, Stevens, 4<sup>th</sup> edn, 1979. P. 56.

<sup>3</sup> См.: DTI, Modern Company Law for a Competitive Economy, March 1998.

<sup>4</sup> DTI, Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report, URN 01/942, July 2001.

<sup>5</sup> Modernising Company Law, Cm 5553, July 2002.

тативного документа под названием «Реформирование законодательства о компаниях» (Company Law Reform Bill)<sup>1</sup>, в котором была в значительной степени учтена конструктивная критика в отношении содержания первого консультативного документа. Помимо основательно переработанных и дополненных статей проекта нового Закона о компаниях, в состав данного документа вошло достаточно детальное официальное обоснование причин необходимости реформирования, раскрываемое в отношении конкретных вопросов «параллельно» с описанием предлагаемых изменений.

Данный документ явился основой разработки проекта Закона о реформе законодательства о компаниях, который был внесён в Палату Лордов в ноябре 2005г. По первоначальному замыслу авторов реформы, данный закон должен был внести изменения в ряд актов акционерного законодательства, главным образом в Закон о компаниях 1985г., Закон о предпринимательстве 2002 г. и Закон об аудите компаний, расследованиях и компаниях с социально ориентированным предметом деятельности 2004 г., т.е. планировалось ещё на некоторый период сохранить *множественность* законов, содержащих *основополагающие* положения права компаний<sup>2</sup>. Однако весной 2006 г. несколько спонтанным образом была осознана целесообразность полноценной консолидации в *едином* законе, вследствие чего проект подвергся соответствующей структурной и содержательной корректировке, а в июле 2006г. его название было изменено на «Companies Bill».

Проект Закона о компаниях был подписан Королевой 8 ноября 2006г. Планируется поэтапное введение данного закона в силу посредством принятия ряда актов делегированного законодательства, при этом в полном объёме закон должен начать действовать с 1 октября 2009 г.

Можно выделить в процессе претворения реформы в жизнь, как минимум, два хронологических этапа - этап, который общим образом можно охарактеризовать как научную разработку общей концепции реформы и конкретных нововведений частного порядка и этап законодательного воплощения выработанных новелл.

В правительственном консультативном документе «Company Law Reform» 2005г. нашли отражение следующие концептуальные направления реформирования современного английского законодательства о компаниях:

1. Повышение степени участия акционеров в управлении делами компании и развитие культуры долгосрочного инвестирования (to enhance shareholder engagement and a long term investment culture);

---

<sup>1</sup> Company Law Reform, Cm 6456, March 2005.

<sup>2</sup> Совокупность основополагающих, фундаментальных норм законодательства о компаниях была условно обозначена авторами реформы как «core» company law».

2. Внедрение комплексного принципа регулирования, условно называемого «Think Small First» и повышение общего уровня юридической техники законодательства о компаниях (to ensure better regulation and a «Think Small First» approach»);

3. Упрощение процедуры учреждения компании и процесса управления её деятельностью (to make it easier to set up and run a company);

4. Принятие мер, необходимых для обеспечения гибкости установленных в результате реформирования норм законодательства о компаниях и возможности их своевременного, динамичного изменения в будущем в ответ на вызовы со стороны стремительно изменяющихся социальных факторов 21-го столетия (providing flexibility for the future).

Данные направления (или цели) были избраны в качестве приоритетных в результате активного, тесного и весьма плодотворного взаимодействия большого числа государственных и общественных органов и широкого спектра лиц, чья деятельность так или иначе связана с законодательством о компаниях. Они выражают самую суть реформы. Данный системный подход в определённом смысле повышает уровень эффективности и авторитетность реформы, а также степень последовательности предлагаемых новелл.

Направление реформирования, имеющее целью внедрение принципа под названием «Think Small First» и концептуальное повышение общего уровня юридической техники законодательства о компаниях, обладает исключительной важностью. Данный принцип отражён как на уровне юридической техники, так и на уровне содержания нормативного материала реформы. Кроме того, данный подход в целом выражает осознанное на глубоком теоретическом уровне стремление законодателя к максимально возможному учёту объективных практических потребностей института частной компании. По моему мнению, ввиду многоаспектности принципа «Think Small First» данное направление реформирования представляется наиболее концептуальным и вполне может претендовать на статус «первого среди равных».

Посредством Закона о компаниях 2006г., который, по общему мнению английских правоведов, является самым объёмным законом в многовековой истории Парламента (около 1300 статей и 16 приложений), осуществлено достаточно последовательное воплощение в жизнь всех вышеупомянутых научных направлений реформирования.

Несмотря на тот факт, что Правительство позиционирует Закон о компаниях 2006г. в качестве консолидированного источника, вобравшего в себя *полный* спектр положений, относящихся к «фундаменту» права компаний, ряд норм Закона о компаниях 1985г., Закона о предприятиях 2002г. и Закона об аудите компаний, расследованиях и компаниях с социально



ориентированным предметом деятельности 2004г. был оставлен в силе, что вызвало критику со стороны английских теоретиков.

В контексте повышения степени участия акционеров в управлении делами компании и развития культуры долгосрочного инвестирования наиболее важны такие новеллы, как систематизация общих обязанностей директора компании и законодательное закрепление института производного иска.

Систематизация общих обязанностей директора компании, осуществленная в истории английского права компаний впервые, призвана положить конец плюрализму толкования их содержания и чётко обозначить круг данных обязанностей. Закон о компаниях 2006г. называет следующие общие обязанности директора компании: обязанность действовать в рамках полномочий (*duty to act within powers*), обязанность всесторонним образом содействовать достижению компанией успеха (*duty to promote the success of the company*), обязанность действовать на основе беспристрастного мнения (*duty to exercise independent judgment*), обязанность проявлять должную степень осмотрительности, профессионализма и старательности (*duty to exercise reasonable care, skill and diligence*), обязанность избегать возникновения конфликта интересов (*duty to avoid conflicts of interest*), обязанность воздерживаться от принятия выгод от третьих лиц (*duty not to accept benefits from third parties*), обязанность раскрыть факт наличия личной заинтересованности в намечаемой сделке (*duty to declare interest in a proposed transaction or arrangement with the company*). Перечень обязанностей не является исчерпывающим, следовательно, кодификация носит лишь частичный характер. Кроме того, данные обязанности будут сосуществовать с общими принципами, выработанными в отношении обязанностей директора компании прецедентным правом. Представляется, что на уровне отдельной компании данная новелла способна в значительной степени повысить стабильность и эффективность управления компанией, а на макроуровне – создать дополнительные гарантии правовой защищённости всего круга участников современного делового оборота.

Законодательное закрепление новой процедуры подачи производного иска вызвано вполне обоснованной критикой громоздкости и ригидности правила, выработанного в деле *Foss v. Harbottle*<sup>1</sup>, достаточно строгое применение которого судами неоправданно сужало возможность реального применения акционером производного иска по общему праву<sup>2</sup> - по данному правилу производный иск может быть подан только в случае т.н. «обмана меньшинства акционеров»<sup>3</sup>. Отмена данного правила сопровож-

---

<sup>1</sup> (1843) 2 Hare 461.

<sup>2</sup> Институт производного иска по общему праву называется «common law derivative action».

<sup>3</sup> Такая ситуация, по сути являющаяся собой единственное исключение из данного правила, обозначается как «fraud on the minority».

дается усилением дискреционного усмотрения суда в отношении института производного иска, расширением круга лиц, имеющих право на подачу производного иска, и круга оснований для данного иска. Можно предположить, что в результате производный иск станет более действенным регулятором функционирования компании, что, однако, может привести к некоторому росту фактора риска в деловой среде, вызванному относительной дестабилизацией деловых операций.

В рамках стратегии расширения прав акционеров по управлению делами компании заслуживают упоминания также такие нововведения, как расширение правомочий косвенного инвестора по реализации прав акционера, закрепление обязанности институционального инвестора по раскрытию информации относительно осуществления права на голосование в каждом конкретном случае (с целью информирования клиента о конкретной методике управления вкладом клиента), закрепление в отношении компании, акции которой обращаются на регулируемом рынке капитала, требования своевременной публикации на сайте компании в сети Интернет промежуточной и окончательной ежегодной отчетности, а также результатов голосования на общем собрании путём подсчёта голосов в зависимости от количества принадлежащих акционеру акций<sup>1</sup>, наделение акционеров компании данного вида правом потребовать проведения независимой проверки результатов такого голосования, отмена предельного возраста директора компании, предоставление компании права на постоянной основе использовать электронные средства коммуникации для обмена любой информацией с акционерами при условии одобрения со стороны акционеров.

Благодаря принципу «*Think Small First*» осуществлена отмена обязанности частной компании проводить ежегодное общее собрание акционеров, иметь в своём составе секретаря компании, снят запрет на предоставление частной компанией кредита на покупку собственных акций, упрощены механизм принятия участниками частной компании письменной резолюции и процедуры выкупа частной компанией собственных акций и выпуска выкупаемых акций.

Упрощение процедуры учреждения компании и процесса управления её деятельностью выразилось в отказе от деления учредительных документов компании на устав и меморандум и введении по сути *единого* учредительного документа компании<sup>2</sup>, наделении компании общей, неограниченной правоспособностью, отмене Таблицы А и выработке самостоятельного типового устава для компании каждого вида, предоставлении *единолично* учредителю права на создание компании любого вида, упрощении процедуры уменьшения частной компанией размера своего капитала, расширении возможностей по перерегистрации компании, создании механизма

---

<sup>1</sup> Данный вид голосования на общем собрании акционеров называется «poll».

<sup>2</sup> Устав компании получил название «company constitution».

конвертации акционерного капитала компании из одной валюты в другую<sup>1</sup>, упразднении категории «резервный капитал», упрощении ряда процедур путём замены «статутного заявления» (statutory declaration), требующего нотариальной формы, на «заявление о факте соблюдения требований законодательства» в простой письменной форме (statement of compliance). Введены положения, обеспечивающие процедуру учреждения компании посредством электронных средств связи. Предусматривается принятие ряда мер, направленных на уменьшение формализма в отношении обмена информацией между Регистратором компаний<sup>2</sup> и обслуживаемыми им лицами, к которым относятся, прежде всего, сами коммерсанты. Так, должностные лица данного ведомства теперь вправе запрашивать недостающую информацию по телефону без необходимости вынесения решения об отказе в принятии соответствующего документа и могут без соблюдения каких-либо формальностей удалять полученную информацию, которая является лишней, ненужной.

Закон вносит существенные изменения в общий подход к конструированию составов правонарушений в области акционерного права, уточняя субъект ответственности, при этом институту ответственности компании фактически придаётся субсидиарный характер - в ряде составов уголовная ответственность компании как юридического лица заменяется ответственностью физического лица, непосредственно виновного в противоправном деянии. Значительный отход от использования института уголовной ответственности компании объясняется тем, что в этом случае, например, при наложении на компанию санкции в виде штрафа за правонарушение со стороны директора компании, в конечном счёте «страдает» сама компания - её акционеры несут денежные убытки в размере подлежащего выплате штрафа, т.е. с теоретической точки зрения имеет место несовпадение субъекта деяния и субъекта ответственности. Такое явление действительно представляется необоснованным и вряд ли справедливым.

О фактическом придании институту ответственности компании вторичного, субсидиарного характера свидетельствует то, что теперь компания выступает в качестве субъекта ответственности только в случае, если круг потерпевших, в т.ч. потенциальных, выходит за рамки самой компании и её участников.

Уточнение субъекта ответственности достигается за счёт деления со-ответствующих лиц<sup>3</sup> на четыре категории – директора компании, лица, занимающие руководящие должности в компании<sup>4</sup>, секретарь компании и

---

<sup>1</sup> Данный механизм получил название «redenomination of share capital».

<sup>2</sup> В качестве Регистратора компаний в Великобритании с 1988г. выступает ведомство, имеющее официальное наименование «Companies House».

<sup>3</sup> Используется термин «officer in default».

<sup>4</sup> Данная категория лиц обозначена термином «managers».

другие лица, обозначенные в качестве субъектов в отдельных составах правонарушений. Расширение сферы действия ряда составов достигнуто за счёт включения в их субъективную сторону вины в форме неосторожности и небрежности.

Чрезмерно усложнённый, неоправданный дуализм правового положения иностранной компании преодолён введением для неё единого правового статуса.

Направление реформирования, названное «Providing Flexibility for the Future», столкнулось с определёнными проблемами. В качестве одной из задач данного направления реформирования выступало решение теоретического вопроса об уточнении соотношения удельного веса норм закона и норм подзаконных актов в сфере законодательства о компаниях и повышении качества норм соответствующих подзаконных актов. В этом контексте авторы реформы сделали вывод о целесообразности введения нового вида подзаконного акта<sup>1</sup> с целью оптимизировать последующую систематизацию норм законодательства о компаниях, однако данная идея была отвергнута на стадии рассмотрения законопроекта в Парламенте, поскольку вышеуказанная цель в значительной степени может быть достигнута на основе Закона о реформе системы законодательства и системы административных органов 2006г.<sup>2</sup>

С теоретической точки зрения в принципе имеются все основания для признания реформы современного английского законодательства о компаниях состоятельной. Авторы реформы продемонстрировали достаточно продуманный подход как к общим направлениям реформирования, так и к новеллам частного порядка, сделав при этом добросовестную попытку в максимально доступной для современного законодателя степени сбалансировать конфликтующие интересы всех групп лиц, являющихся «адресатами» законодательства о компаниях. Время покажет, смогут ли данные теоретические конструкции выдержать суровое испытание на практике.

*Сокольников Д.Е.*

*Научный руководитель – к.ю.н., профессор Муцинова Н.А.*

### **Регулирование деятельности наднациональных компаний правом Европейского Союза**

Законодательство Евросоюза за почти шестидесятилетнюю историю выработало ряд общеевропейских видов юридических лиц – Европейское объединение с общей экономической целью, Европейская компания, Евро-

---

<sup>1</sup> Планируется дать подзаконному акту данного вида название «company law reform order».

<sup>2</sup> Legislative and Regulatory Reform Act 2006.

пейское кооперативное общество. В настоящее время в ЕС ведется разработка положений о Европейской ассоциации, а также о Европейском обществе взаимопомощи, целью которых также является гармонизация законодательства.

Европейское объединение по экономическим интересам (Groupement européen d'interet économique, European Economic Interest Grouping), первоначально, появившееся во французском законодательстве, было введено Регламентом от 25 июля 1985 г. № 2137/85 в целях создания единого регулирования, в области межгосударственного сотрудничества между компаниями разных государств-участников.<sup>1</sup>

Несмотря на то, что деятельность объединения определена регламентом, то есть подлежит прямому применению в государствах-членах ЕС, некоторые вопросы остались за национальным законодателем – регистрация, ликвидация, вопросы аудита и налогообложения.

В отличие от холдинговой компании оно не может руководить и контролировать деятельность других компаний. Причиной является непризнание некоторыми национальными системами права указанной организационной правовой формы в качестве самостоятельного юридического лица. Не признается, например такое объединение юридическим лицом при его регистрации в Италии или Германии.

Между тем объединение должно на всей территории Европейского Союза обладать способностью приобретать права и нести обязанности от собственного имени, заключать сделки и выступать в суде в качестве истца (ответчика). Отличием от юридического лица служит его имущественная не обособленность от участников - учредители объединения несут неограниченную и солидарную ответственность по его обязательствам. Особенностями такой формы также является необходимость наличия, по крайней мере, двух участников из различных государств ЕС, а численность служащих не должна превышать пятьсот человек.<sup>2</sup> Все это, безусловно, мешает распространению такой формы, и не подходит для ведения крупного бизнеса.

Объединение обладает гибкой структурой управления, предусматривающей общее собрание участников (the members acting collectively) и одного или нескольких управляющих, а также иные органы, предусмотренные национальным законодательством государства регистрации или договором о создании.

С согласия общего собрания участников допускается возможность трансграничного перемещения из одного государства ЕС в другое. При

---

<sup>1</sup> Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG) Official Journal L 199, 31/07/1985 P. 0001 - 0009 Official Journal L 199, 31/07/1985 P. 0001 - 0009.

<sup>2</sup> <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l26015.htm>

этом регистрирующие органы в двухмесячный срок могут возразить такому перемещению, руководствуясь общественным интересом.<sup>1</sup>

Среди участников в соответствии со ст. 4 регламента могут быть как компании и фирмы, другие юридические лица публичного и частного права, зарегистрированные в ЕС, так и физические лица (individuals), занимающиеся хозяйственной, коммерческой и иной профессиональной деятельностью в Сообществе.

Объединение не пригодно для ведения коммерческой деятельности, так как целью является не извлечение прибыли, а организационная деятельность ее участников. Объединение создается для содействия предпринимательской деятельности ее участников, но не ее подмены. При наличии прибыли, последняя распределяется в порядке, предусмотренном договором о его создании, а при отсутствии такого положения – в равном соотношении среди его участников.

С ее помощью могут создаваться различного рода совместные проекты. Особое распространение эта форма приобрела в области оказания услуг, а также различного рода исследований.

Деятельность объединения не облагается налогами (profits or losses), при этом ее участники в соответствии со своим национальным законодательством платят налоги с их доли прибыли в объединении.<sup>2</sup>

Большим вкладом в развитие европейского законодательства о компаниях послужило принятие Советом ЕС в 2001 г. Регламента № 2157/2001, а также Директивы № 2001/86/ЕС об участии работников в управлении компании, являющейся неотъемлемой частью Регламента.<sup>3</sup> Европейская компания (Societas Europaea) – достаточно новая организационно-правовая форма. Деятельность Европейской компании осуществляется на основании ее Устава.

В отличие от объединения SE, являясь акционерной компанией, интересна крупным предприятиям с трансграничной деятельностью, так как значительно снижает расходы на создание и поддержание деятельности дочерних компаний в государствах-членах, облегчает осуществление трансграничных операций по слиянию, созданию совместных предприятий, перенесению места нахождения и иных трансграничных операций.

---

<sup>1</sup> Калашников Г.О. Слияние и поглощение компаний по праву Европейского Союза. - М.: Международные отношения, 2007. С. 96.

<sup>2</sup> Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: учебник для вузов/Рук.авт. колл. и отв.ред. д.ю.н., проф. Л.М. Энтин.-2-е изд., пересмотр. и доп.- М.: Норма, 2007. С. 652.

<sup>3</sup> Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) Official Journal L 294, 10/11/2001 P. 0001 – 0021. Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees. // Official Journal L 294 , 10/11/2001 P. 0022–0032.

Это существенно снижает расходы и позволяет оптимизировать деятельность ввиду отсутствия юридических барьеров, вызванных различиями в национальных правовых системах.

Согласно положениям Устава SE компания может быть образована фирмами или компаниями, местом регистрации которых является одно из государств ЕС. Существует несколько способов ее создания.

- слияние акционерных обществ, два из которых учреждены и осуществляют деятельность в государствах - членах ЕС;

- образование холдинга акционерными обществами и/или обществами с ограниченной ответственностью, расположенными, по крайней мере, в двух разных государствах - членах ЕС;

- создание совместного дочернего общества в форме SE лицами, образованными в соответствии с гражданским или коммерческим правом, включая кооперативные общества, или иными (за исключением некоммерческих), деятельность которых регулируется публичным или частным правом;

- преобразование в SE акционерных обществ, зарегистрированных на территории одного государства-члена и имеющих филиал не менее двух лет на территории другого государства-члена, где находится головной офис.

Таким образом, участие фирм третьих стран в ее создании возможно лишь посредством участия в уставных капиталах компаний, вовлекаемых в создание SE.

Правоспособность SE как юридического лица возникает с момента ее регистрации в одном из государств - членов ЕС при условии, что в ее учредительных документах содержится положение об участии работников в управлении компанией в соответствии с вышеуказанной Директивой.

Минимальный размер уставного капитала SE составляет 120 тыс. евро. Между тем, в зависимости от вида деятельности национальным законодательством размер может быть увеличен. Устав SE регулирует вопросы ее создания, осуществления деятельности и прекращения. Остальные вопросы могут регулироваться национальным законодательством государств-членов или учредительными документами.

Указанная организационная правовая форма позволяет создать единую группу компаний – холдинг, вместо необходимости учреждения дочерних компаний в отдельных государствах ЕС. Облегчаются также транснациональные слияния и присоединения компаний.

Удобство такой компании выражается также в структуре ее управления. Компания может иметь как дуалистическую форму, характерную для

большинства стран континентальной Европы, так и монистическую систему управления – для Великобритании.<sup>1</sup>

Необходимо отметить, что до настоящего времени выбор указанной формы ведения хозяйственных дел не получил достаточного распространения. Ситуацию может изменить принятие во исполнение регламента национальных законов о введении SE. Такой закон уже вступил в силу, в том числе в Германии.

После некоторых колебаний, практика приняла Европейскую компанию. Так, одна из крупнейших мировых страховых компаний – «Альянс» (Allianz) была преобразована из акционерного общества в европейскую компанию.<sup>2</sup> Также сюда можно отнести такие гиганты, как Porsche Automobil Holding SE, BASF SE, Elcoteq SE, финансовую группу Nordea.

В заключении необходимо отметить, что рассмотренные формы юридических лиц, имея сходства и различия, дополняют друг друга, и каждая по своему служат развитию общеевропейской интеграции.

*Тельнов А.В.*

*(Российская академия правосудия)*

*Научный руководитель – д.ю.н., профессор Кузнецов М.Н.*

### **Квалифицированная юридическая помощь как средство повышения эффективности гражданского судопроизводства**

Эффективность гражданского судопроизводства обеспечивается множеством средств. Одним из таких средств, которое влияет на повышение эффективности гражданского судопроизводства, является квалифицированная юридическая помощь.

В соответствии с ч. 1 ст. 48 Конституции РФ «каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи». Однако определение данного понятия в нормативных актах не закреплено. В научной же литературе имеются разные мнения относительно того, что же понимать под данным термином. Существует точка зрения, согласно которой «квалифицированная юридическая помощь - это деятельность, осуществляемая профессиональным юристом по содействию гражданам и их объединениям в использовании закона, реализации прав и исполнении обязанностей в рамках различных правоотношений в целях достижения благоприятного правового результата для заинтересованного субъекта»<sup>3</sup>. Бо-

<sup>1</sup> Основы германского и международного экономического права. Учебное пособие / Х.Й.Шмидт-Тренц, Ю.Плате, М. Пашке и др. - СПб.: Издательский Дом С.-Петербург.гос.ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. С. 74.

<sup>2</sup> Указ. соч. С. 306.

<sup>3</sup> См, например: Решетникова О.М. «К вопросу о понимании квалифицированной юридической помощи в гражданском процессе» // Ученые записки ЮИ КрасГУ. Вып. 2. По итогам научно-146



лее того, есть мнение, отождествляющее квалифицированную юридическую помощь с деятельностью адвокатов, полагая, что «квалифицированная юридическая помощь» - это обусловленная законом возможность участия адвоката в конституционном, уголовном, административном и гражданском судопроизводстве с целью защиты прав и законных интересов подзащитного»<sup>1</sup>.

Однако, такого рода мнения не бесспорны. Действующее законодательство не предусматривает обязательного участия адвоката в гражданском судопроизводстве.

Законодатель уже предпринимал попытку ввести в арбитражном процессе обязательное представительство организаций адвокатами, однако Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 16 июля 2004 г. № 15-п «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного Собрания – Курултая Республики Башкортостан, Губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда граждан» признал данное положение не соответствующим Конституции РФ, указав на то, что «Конституция Российской Федерации закрепляет право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (статья 45, часть 2) ... Государство, допуская в действующей системе правового регулирования возможность выступать в арбитражном суде в качестве представителей организаций штатных сотрудников либо адвокатов, а в качестве представителей граждан – иных, помимо адвокатов, лиц, оказывающих юридическую помощь, тем самым, по существу, не предъявляет особых требований к качеству предоставляемой юридической помощи..., а потому не вправе возлагать на организации обязанность выбирать в качестве представителей только адвокатов или содержать юристов в штате».

Кроме того, мнение, что «исходя из квалификационных требований, предъявляемых к адвокатам, они могут оказывать квалифицированную юридическую помощь намного более высокого уровня, нежели иные лица»<sup>2</sup> представляется не совсем точным. Как верно указано в особом мнении судьи Конституционного Суда РФ Э.М. Аметистова к Постановлению Конституционного Суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-п «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса, С.В. Абрамова», «...различный уровень формальной ква-

---

практической конференции, посвященной памяти профессора В.П. Шахматова / Отв. ред. Т.В. Сахнова. - Красноярск, 2003. С. 348-355.

<sup>1</sup> См, например: Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России. - М., 2002. С. 74.

<sup>2</sup> Там же. С. 201.

лификации защитников еще не свидетельствует о различии их способностей, необходимых для осуществления защиты. Различие в уровнях квалификации может компенсироваться другими качествами этих лиц и не влечет их фактического неравенства в процессе».

Само по себе оказание юридической помощи предполагает наличие двух видов субъектов. Это субъекты, которые нуждаются в юридической помощи и её получают, и субъекты, которые оказывают юридическую помощь.

Субъектами, которые нуждаются в юридической помощи и имеют право на её получение, могут быть любые субъекты права, а не только граждане и их объединения. Исходя из содержания ч. 1 ст. 48 Конституции РФ, в которой «каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи», любой правоспособный субъект, вне зависимости от его дееспособности и гражданства, имеет право на получение юридической помощи.

Субъектами, которые оказывают юридическую помощь, могут быть лица, имеющие специальные познания в какой-либо сфере правоотношений, являющиеся специалистами в этой сфере и способные содействовать заинтересованным лицам в реализации их прав и исполнении обязанностей, предусмотренных законом. В противном случае, если лицо, не имеет специальных познаний в определенной сфере правоотношений, то оно не сможет помочь субъекту, нуждающемуся в юридической помощи. Такое лицо не сможет квалифицированно определить и разъяснить права и обязанности субъекта, нуждающегося в оказании юридической помощи, не сможет грамотно и эффективно защитить права и законные интересы обратившихся к нему субъектов. Причем субъектами, которые могут оказать юридическую помощь нуждающимся в ней лицам, могут быть лица, в том числе и не обладающие юридическим образованием, но являющиеся грамотными специалистами в определенной сфере правоотношений. Порой такие специалисты могут также оказать своевременную квалифицированную юридическую помощь нуждающимся заинтересованным лицам не хуже, чем профессиональные юристы, которым необходимо время, чтобы изучить данную область знания, законодательную базу, практику и т. д. Например, такую помощь могут оказывать аудиторы в области, относящейся к проверке бухгалтерского учета и финансовой отчетности организаций и индивидуальных предпринимателей. В соответствии с ч. 5 и пп. 5 ч. 6 ст. 1 Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 119-ФЗ «Об аудиторской деятельности» аудиторские организации и предприниматели, осуществляющие свою деятельность без образования юридического лица (индивидуальные аудиторы), могут оказывать сопутствующие аудиту услуги. В числе сопутствующих аудиту услуг называется и правовое консультирование, а также представительство в судебных и налоговых органах по нало-

говым и таможенным спорам. Такого рода деятельность, направленная на защиту прав заинтересованных лиц, является юридической помощью.

Квалифицированная юридическая помощь оказывает важное влияние на повышение эффективности гражданского судопроизводства. Под эффективностью обычно понимают то, что дает положительный эффект, результат<sup>1</sup>. Эффективность гражданского судопроизводства – то, что положительно сказывается на гражданском судопроизводстве, повышает его действенность<sup>2</sup>. Гражданское судопроизводство будет эффективным тогда, когда суд в рамках каждого судебного процесса будет достигать цели по защите прав, свобод и законных интересов заинтересованных лиц, которая закреплена в ст. 2 Гражданского процессуального кодекса РФ и ст. 2 Арбитражно-процессуального кодекса РФ.

Обязанность за соблюдением прав, свобод и законных интересов в рамках гражданского судопроизводства лежит на суде, однако в условиях состязательного процесса, когда на стороны возлагаются обязанности по подготовке своей процессуальной позиции, по представлению доказательств, квалифицированная юридическая помощь оказывает необходимое содействие сторонам в том, чтобы наиболее эффективно реализовать их права, свободы и законные интересы. Своевременно получив квалифицированную юридическую помощь, нуждающиеся заинтересованные лица смогут наиболее полно и ясно осознать, какие права и обязанности они имеют, каким образом им наиболее эффективно реализовать свои права и исполнить обязанности, а в необходимых случаях, грамотно защитить нарушенные права и законные интересы. Представитель, оказывая юридическую помощь заинтересованным лицам, повышает таким образом эффективность судебной защиты прав этих лиц.

Указанную позицию в научной литературе подтверждает и дореволюционный ученый в области права Е.В. Васьковский, который пишет, что «Принцип состязательности может быть полезен и целесообразен только при том условии, если обе тяжущиеся стороны являются равносильными, одинаково подготовленными и умелыми противниками. Тогда суду остается только молча наблюдать их единоборство и беспристрастно решить, кто из них победил»<sup>3</sup>.

В соответствии со ст. 2 ГПК РФ и ст. 2 АПК РФ, целью судопроизводства является защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан и иных заинтересованных лиц. Указанные заинтересованные лица не всегда могут качественно осуществить защиту

---

<sup>1</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Рус. Яз., 1983. С. 811.

<sup>2</sup> Власов А. Как повысить эффективность гражданского судопроизводства? // Российская юстиция - № 9. - Сентябрь 2003 г.

<sup>3</sup> Васьковский Е.В. «Учебник гражданского процесса». – М.: Издание Бр. Башмаковых, 1917. // Справочная система «ГАРАНТ».

своих прав в силу различных причин. Эти лица, например, могут не обладать необходимыми познаниями в той области правоотношений, в которой у них возникли затруднения при осуществлении прав, или где требуется защита их прав, свобод или законных интересов или есть угроза их нарушения. В таком случае, эти заинтересованные лица, нуждающиеся в защите своих прав, могут обратиться к специалисту, обладающему специальными познаниями в интересующей их области правоотношений. Этот специалист, с учетом той ситуации, в которой оказалось заинтересованное лицо, а также на основании действующего законодательства и сложившейся правоприменительной практики, может грамотно разъяснить заинтересованным лицам какие права и обязанности они имеют, каким образом они могут наиболее эффективно реализовать эти права и обязанности, а в необходимом случае такой специалист может грамотно защитить нарушенные права и законные интересы этих лиц в судебном процессе. При этом, исходя из сущности правовой природы ее социальной сущности юридической помощи, специалист, оказывающий юридическую помощь, должен стремиться к достижению благоприятного правового результата для заинтересованного субъекта.

С учетом этого, заинтересованные субъекты получают больше возможностей защитить свои права и законные интересы, а также составить грамотную правовую позицию, в случае, если требуется судебная защита указанных прав и интересов, что приведет к действенной реализации принципов состязательности и равноправия. В результате произойдет повышение эффективности защиты прав граждан, что, в свою очередь, по принципу «сообщающихся сосудов», положительно повлияет и на эффективность всего гражданского судопроизводства.

Главная цель гражданского судопроизводства – это защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан и иных заинтересованных лиц. Одной из основных задач гражданского судопроизводства является повышение эффективности защиты прав и законных интересов. Квалифицированная юридическая помощь позволяет заинтересованным лицам использовать все возможности по защите своих прав и законных интересов, что приведет к соблюдению принципов равноправия и состязательности, и позволит решить задачи гражданского судопроизводства по правильному и своевременному рассмотрению и разрешению гражданских дел. Все это будет способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду.

*Терентьев А. В.*  
*Научный руководитель – к.ю.н., профессор Муцинова Н.А.*

### **Защита прав кредиторов при банкротстве должника**

Действующее законодательство о банкротстве не дает четкого представления о том, к сфере регулирования какой отрасли законодательства относятся правоотношения между кредитором, являющимся работником должника, с момента возбуждения дела о банкротстве, а также с момента введения процедуры банкротства «конкурсное производство».

Кроме того, действующим законодательством о банкротстве четко не установлен правовой режим материальных требований работников при банкротстве работодателя. К примеру, остается не определенным соотношение положений статей 63, 81 и 94 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – закон о банкротстве).<sup>1</sup>

Это порождает ряд проблем, что подтверждается судебной практикой. Так, к примеру, встречаются диаметрально противоположные решения судов о взыскании задолженности по оплате труда при рассмотрении дел о банкротстве.

Вместе с тем, на наш взгляд, не вызывает сомнений то, что в случае возбуждения дела о банкротстве работодателя работники автоматически приобретают статус кредиторов должника.

В соответствии со статьей 2 закона о банкротстве кредиторы - это, в том числе, лица, имеющие по отношению к должнику права требования по денежным и иным обязательствам, о выплате выходных пособий и об оплате труда лиц, работающих по трудовому договору.

Институт защиты прав работников при банкротстве работодателя является одним из наиболее активно развивающихся компонентов института несостоятельности, как за рубежом, так и в России.

При возбуждении дела о банкротстве работник как субъект права, наделяется специальным правовым статусом и трансформируется в кредитора, правовой статус которого в своей основе полностью совпадает со статусом кредитора в рамках гражданского права. В ходе процедур банкротства требования работника, касающиеся выплаты задолженности по заработной плате и иным выплатам социального характера, накопленной до возбуждения дела о банкротстве (текущие выплаты защищены особо и мораторий на них не распространяется) трансформируются в требования гражданско-правового характера.

---

<sup>1</sup> Российская газета, 2 ноября 2002 г., № 209-210.

Несомненно, права и гарантии, предусмотренные трудовым законодательством, продолжают действовать в отношении работника должника и после возбуждения дела о банкротстве, и он не лишается правового статуса работника. Однако очевидно, что в соответствии с действующим законодательством о банкротстве на такого работника распространяются нормы, которые предусматривают некоторые отступления от гарантий (например, возможность признания задолженности по заработной плате погашенной в случае, если средств должника недостаточно для удовлетворения таких требований в соответствии со статьей 142 закона о банкротстве).

Кроме того, ряд положений закона о банкротстве (представитель работников в процессе по делу о банкротстве, право на информацию и др.) предусматривает особенности правового положения работников при проведении процедур банкротства, связанные с возможностью осуществления ряда прав в рамках процесса по делу о банкротстве.

Наиболее спорным представляется вопрос о границе между правовым статусом работника, как субъекта трудового права и как кредитора в соответствии с законом о банкротстве.

С точки зрения законодательства о банкротстве по тем требованиям работников, которые должны погашаться во вторую очередь и не оспариваются в судебном порядке, работники являются кредиторами своего работодателя. Следовательно, с момента возбуждения дела о банкротстве работник в части, касающейся его требований по оплате труда, выходным пособиям и др. выступает субъектом гражданского права, поскольку режим погашения задолженности, а также комплекс его прав и обязанностей в связи с таким погашением установлен законодательством о банкротстве.

Представляется целесообразным с позиций теории права и правового регулирования банкротства считать, что работник обладает правовым статусом, предоставленным ему трудовым законодательством, однако ограниченными установлениями законодательства о банкротстве. Таким образом, с момента возбуждения дела о банкротстве работник является субъектом трудового права, однако ряд правоотношений, возникающих между ним и работодателем, регулируется гражданским законодательством, в связи с чем, в рамках данных правоотношений работник является кредитором.

С учетом изложенной логики вопросы, касающиеся требований работников к должнику, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве, относятся к категории вопросов, регулируемых гражданским законодательством.

Несмотря на большой прогресс в социально-экономическом развитии России проблема погашения задолженности по оплате труда, выходным пособиям и иным выплатам работникам его работодателями, находящимися в процедурах банкротства, остается весьма актуальной.

Так, в ходе правоприменительной практики неоднократно возникали вопросы о необходимости срочного погашения за счет средств федерального бюджета задолженности перед работниками отдельно взятой организации (особенно это касается крупных градообразующих предприятия промышленности). Естественно принимались соответствующие решения в рамках бюджетного законодательства РФ и средства на погашение задолженности перед работниками выделялись из бюджетов различных уровней бюджетной системы. Однако такие случаи стали нередким явлением. Использование механизмов субсидиарной ответственности государства по долгам субъектов хозяйственной деятельности не предусмотрено действующим законодательством и нецелесообразно. В этой связи возникает вопрос о разработке механизмов гарантирования требований работников к работодателю, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве.

При возбуждении дела о банкротстве в отношении работодателя практически всегда имеется задолженность перед работниками. В большинстве случаев срок накопления задолженности превышает 3 месяца. При этом отсутствуют реальные правовые механизмы, позволяющие гарантировать выплату указанной задолженности работникам.

Более того, как уже отмечалось, в соответствии со статьей 142 закона о банкротстве не удовлетворенные по причине недостаточности имущества должника требования кредиторов (в том числе работников) считаются погашенными. Поскольку работники являются кредиторами должника, то требования по погашению задолженности по оплате труда и выходных пособий также считаются погашенными в случае недостаточности имущества работодателя-должника.

Основой правового регулирования указанных правоотношений на международном уровне являются Конвенция Международной организации труда от 23 июня 1992 г. № 173 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя»<sup>1</sup> и Рекомендации МОТ от 23 июня 1992 г. № 180 по реализации положений Конвенции (расширяют перечень требований трудящихся, защищаемых посредством привилегий).<sup>2</sup>

Мировой опыт свидетельствует о наличии эффективных способов гарантирования выплаты работникам задолженности по оплате труда. Большинство государств членов ЕС, а также Латинской Америки, Канада, США<sup>3</sup> имеют законодательно закрепленные механизмы гарантирования требований работников к работодателю. Суть указанных механизмов заключается в том, что в случае возбуждения дела о банкротстве и введения

---

<sup>1</sup> <http://business.rin.ru/cgi-bin/search.pl?action=view&num=341504&razdel=39&w=0>

<sup>2</sup> Рекомендация МОТ от 23 июня 1992 г. № 180 "О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя"

<sup>3</sup> Treatment of secured claims in insolvency and pre-insolvency proceedings, 2-3 Philpot Lane, London, June 2007

в отношении работодателя процедур банкротства требования работников погашаются из специального фонда.

Формы организации указанного фонда в различных государствах отличаются (от целевых ассигнований бюджетных средств, администрируемых органами власти до специализированных государственных организаций). Однако принципы во всех государствах примерно одинаковые.

Основой регулирования указанного правового механизма в странах ЕС являются:

- директива Совета от 14 февраля 1977 г. № 77/187/ЕЭС по приведению в соответствие законов государств - членов ЕС по вопросам защиты прав работников при передаче предприятия или части предприятия<sup>1</sup>;

- директива Совета 80/987/ЕЭС от 20 октября 1980 г. о сближении законодательства государств-членов относящегося к защите работников в случае банкротства работодателя<sup>2</sup>.

Основные моменты, закрепленные в указанных международных актах:

- гражданско-правовому гарантированию подлежат требования работников, вытекающие из трудового договора к работодателю, в отношении которого введена процедура банкротства;

- устанавливается период накопления гарантируемой к погашению задолженности (от 3 месяцев до 1,5 лет);

- устанавливается лимит по максимальной сумме гарантирования (во избежание использования «золотых парашютов»).

С учетом указанного зарубежного опыта в РФ целесообразно создание аналогичного механизма по гарантированию. В настоящее время возможно рассмотрение различных вариантов решения указанного вопроса:

- создание государственной корпорации;

- создание внебюджетного фонда;

- введение обязательного страхования.

Любой из вышеуказанных способов имеет свои недостатки и достоинства. В этой связи в настоящее время в РФ ведется дискуссия по поводу целесообразности создания указанной системы гарантирования. Одним из аргументов против создания такой системы является как раз тот факт, что в соответствии с законодательством о банкротстве работник является привилегированным кредитором работодателя. Таким образом, работнику уже предоставлены преференции по сравнению с иными кредиторами должника.

Поддерживая в целом позицию об отнесении работников к гражданско-правовой категории кредиторов должника с учетом вышеизложенного

---

<sup>1</sup> Официальный журнал L 061, 05/03/1977 р. 0026-0028.

<sup>2</sup> Официальный Журнал L 283, 28/10/1980 р. 0023-0027.



необходимо отметить ряд особенностей, пренебрегать которыми при решении вопроса о создании системы гарантирования нельзя.

Во-первых, в соответствии с трудовым законодательством работник, выполняя трудовую функцию, осуществляет «квазикредитование» своего работодателя, поскольку вправе получить вознаграждение только после исполнения трудовой функции.

Во-вторых, работник – несмотря на статус кредитора по законодательству о банкротстве является, прежде всего, социально-правовой категорией. Социально-правовой характер статуса работника, как правовой категории подтверждается тем, что заработная плата, как правило, является единственным источником его дохода (иногда для всей семьи работника). Потеря заработка напрямую связана с обеспечением достойного уровня жизни человека, гарантированного Конституцией Российской Федерации. В то же время коммерческие кредиторы должника (предприятия - контрагенты, кредитные организации и др.) имеют массу иных источников компенсации соответствующих потерь.

В-третьих, в трудовом законодательстве закреплена обязанность государства гарантировать полную и своевременную оплату труда, а также получения заработной платы в полном объеме в случае неплатежеспособности работодателя (статья 130 Трудового кодекса РФ<sup>1</sup>).

В итоге можно сделать ряд выводов, имеющих важное практическое значение.

1. Статус работника, имеющего требования к работодателю, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве, характеризуется двойственностью правовой природы. Так, с одной стороны он остается в сфере регулирования трудовым законодательством, а с другой – обладает схожими с коммерческими кредиторами свойствами. Тем не менее, вопросы, касающиеся порядка удовлетворения требований работника к работодателю, регулируются гражданским законодательством. Следовательно, с момента возбуждения дела о банкротстве работник в части, касающейся его требований к работодателю, является субъектом гражданско-правового регулирования.

2. Права в отношении оплаты труда, предоставленные работнику трудовым законодательством, серьезно ограничиваются в ходе дела о банкротстве. Поэтому правовой статус работника до возбуждения дела о банкротстве сильно отличается от правового статуса работника после возбуждения дела о банкротстве. С учетом указанного представляется необходимым создание правовых механизмов, сглаживающих такой резкий переход из одного правового статуса в другой.

---

<sup>1</sup> Российская газета, 31 декабря 2001 г., № 256.

3. Принимая решение о том, кто должен нести издержки по наполнению средствами системы гарантирования необходимо учитывать фактическое отсутствие влияния работника на финансово-экономические и организационные решения, принимаемые работодателем. В этой связи представляется нецелесообразным возложение на работника рисков по невыплате задолженности заработной платы, и возлагать на работников обязанность по отчислениям в фонд системы гарантирования.

Формирование системы гарантирования должно строиться на принципах коллективной ответственности работодателей.

*Ткачев К.В.*

*Научный руководитель - д.ю.н., профессор Кузнецов М.Н.*

### **Иностранное инвестиционное законодательство: особенности регулирования инвестиционных отношений**

Развитие экономики любой страны невозможно без привлечения дополнительных инвестиций как внутреннего, так и внешнего (иностранного) происхождения.

С экономической точки зрения, как отмечают Д.Кристи и Э.Клендер, инвестиции – это «имущество или имущественные права, владение (обладание) которыми осуществляется с целью сохранения ценности или получения прибыли»<sup>1</sup>.

Д.Кристи и Э.Клендер выделяют несколько видов способов инвестирования (material of investments), которые можно объединить в следующие группы:

1. С участием банков (банковские вклады и депозитные сертификаты).
  2. С участием страховых организаций (договоры страхования).
  3. С участием инвестиционных фондов.
  4. Вложения в недвижимость (приобретение и аренда недвижимости).
  5. Вложения в пенсионные фонды.
  6. Вложения в золото, серебро и драгоценные металлы.
  7. Вложения в иностранные валюты.
  8. Заключение опционных и фьючерсных контрактов.
  9. Вложения в акции, облигации, государственные ценные бумаги.
- Все способы инвестирования можно подразделить на две большие группы.

---

<sup>1</sup> Christy G., Clender J. Introduction to Investments, 1983. P.3.  
156

В первую входят такие способы (формы) инвестирования, когда заинтересованные лица инвестируют свои средства в «**объекты**», приобретаемая имущество-вещи: недвижимость, золото, драгоценные металлы, иностранную валюту и т.д. Для указанного вида инвестирования характерно то, что инвестор самостоятельно использует объекты инвестирования и возможность получения доходов, ради которых собственно и осуществляется инвестирование, зависит от его собственных усилий, от умения использовать объект в своих интересах.

Ко второй группе относятся способы (формы) инвестирования, в которых инвесторы осуществляют вложения в «**деятельность**» иных лиц (отношения с участием банков, отношения с участием страховых компаний, отношения с участием пенсионных фондов, отношения с участием эмитентов ценных бумаг и т.д.).

Таким образом, возможность участия в инвестиционной деятельности может быть реализована либо через приобретение вещных прав (например, покупка недвижимости, иностранной валюты), либо через участие в обязательственных правоотношениях (например, приобретение облигаций). В последнем случае между лицом, осуществившим инвестирование имущества (инвестором), и лицом, принявшим и использующим средства инвестирования, возникают инвестиционные правоотношения.

Интерес представляют именно правоотношения инвестиционного характера, поскольку в данном случае «инвестиционный» интерес инвестора может быть удовлетворен только действиями обязанного лица, т.е. лица, принявшего инвестиции. В любых правоотношениях обязательственного характера существует вероятность неисполнения принятых обязательств, и инвестиционные правоотношения не являются исключением. Соответственно, это требует адекватных мер правового воздействия.

Инвестиционные отношения иногда «маскируются» под отношения, которые на первый взгляд таковыми не являются.

Создание финансовых пирамид и иных подобных «схем» не является только «нашим», российским изобретением, они известны и в других странах. Однако законодательство, судебная практика большинства развитых стран сумели адекватно отреагировать на такого рода «хитрости» и выработали необходимые понятия инвестиционных отношений.

Инвестиционные отношения получили наименование секьюритис (securities).

Анализируя иностранное законодательство, посвященное секьюритис, необходимо отметить, что далеко не всегда существует формальное понятие, закрепленное в законе. Зачастую законодатель ограничивается простым перечислением «инвестиционных инструментов». Последнее характерно для законодательства США, Канады, Англии.

Согласно закона США о ценных бумагах (Securities Act 1933 г. (секция 2)(2)<sup>1</sup> термин секьюритис включает в себя: доказательства наличия долга (note), акции, обеспеченные и не обеспеченные облигации, сертификаты о наличии интереса или участия в любых соглашениях, направленных на получение долевой прибыли, сертификаты о дополнительном трастовом обеспечении, сертификаты о подписке, инвестиционные контракты, сертификаты, подтверждающие аккумуляцию в одних руках акций различных лиц на началах доверительной собственности, депозитные сертификаты в отношении security, долевой неделимой интерес в отношении нефти, газа и других минералов, любого рода опционные и иные права на приобретение других секьюритис, депозитные сертификаты, в принципе, любой интерес или участие традиционно принимаемое как секьюритис, или любой сертификат об интересе или участии, или вариант, или право подписки, или право приобрести секьюритис<sup>2</sup>.

Поскольку отсутствует легальное определение, то центральное место в правоприменительной практике отводится судебным решениям (тестам). При этом, как отмечается в литературе, не существует универсального или общего теста для термина секьюритис.

Центральное место в судебной практике США занимает на сегодня тест Ховой, возникший на основе судебного толкования и интерпретации Верховным судом США словосочетания «инвестиционный контракт», взятого из легального определения секьюритис, содержащегося в Securities 1933.

В соответствии с тестом Ховой под инвестиционным контрактом и соответственно под секьюритис следует понимать такой договор, на основании которого физическое или юридическое лицо инвестирует (вкладывает) свои деньги в предприятие и руководствуется при этом целью получения дохода, создаваемого исключительно усилиями либо самого учредителя этого предприятия, либо усилиями третьих лиц.

Всего можно выделить четыре основных элемента теста Ховой.

1. **Инвестирование денег.** Инвестирование-это процесс передачи средств в собственность другого лица с целью получения прибыли (дохода). В данном случае имеется в виду прежде всего вложение денег, однако это могут быть товары, продукты творческой деятельности, личный труд и другие ценности. В качестве оплаты может быть использован только прошлый труд или результаты прошлого труда, а не обещания осуществить работу в будущем.

2. **Предприятие.** В тесте Ховой употребляется термин «совместное или общее предприятие» (common enterprise). Под «предприятием» в дан-

---

<sup>1</sup> Hazen Tomas. The Law of Securities Regulation, 1990. P.23-25.

<sup>2</sup> Ratner David L. Securities Regulation in a Nutshell. Edition St. Paul. Minn. West Publishing Co. 1992. P.23-24.

ном случае понимается любое дело в сфере бизнеса, в котором участвуют в той или иной степени несколько человек или организаций. Термин «совместное предприятие» означает:

- а) вложение средств осуществлял не один инвестор, а несколько лиц;
- б) вложение средств производилось на основании общих для всех инвесторов условий;
- в) контракт не является результатом персональной договоренности инвестора и организатора выпуска – эмитента.

**3. Получение прибыли.** В качестве цели инвестирования подразумевается получение инвестором прибыли (дохода) от объекта вложения средств. Прибыль должна быть получена в виде денег, а не товаров или услуг.

Так, в решении по делу *Формана* Верховный суд США указал, что вложение средств через участие в совместном проекте по строительству жилого дома не является секьюритис. Суд в своем решении отметил, что в данном случае лица, вкладывающие деньги в этот проект, ожидали получение собственности в виде квартир и, соответственно, такой договор следует характеризовать, как контракт в жилищной сфере, а не как инвестиционный контракт.

В то же время в деле *Silver Hills Country Club v. Sobiesky* (55 Cal. 2d 811) (1961) Верховный Суд Калифорнии установил, что под понятие секьюритис подпадают инвестиционные отношения и тогда, когда инвестор вообще не имеет правовых оснований ожидать получение прибыли. Однако существует риск потери вложенных средств.

**4. Усилия исключительно самого учредителя предприятия или третьих лиц.** Прибыль должна быть получена усилиями не инвестора, а лица, принявшего инвестиции, или же третьих лиц, связанных с учредителем (организатором) предприятия.

Так, в полном товариществе (*general partnership*) партнеры также вкладывают средства в совместное предприятие и ожидают получение прибыли. Однако такие правоотношения в американской судебной практике, как правило, не характеризуются как секьюритис, поскольку получение прибыли зависит, прежде всего, от самих партнеров.

Тест Ховой нашел развитие в судебной практике **Канады** в деле «*Тихоокеанские монеты*» (*Pacific Coast Coin Ex.*).

Согласно предложенным компанией *Pacific Coast Coin Ex.* и закрепленным в договоре условиям любое лицо, которое купило небольшой мешок серебряных монет, имело право продать монеты до момента полной оплаты всей стоимости либо получить их в собственность после полной оплаты. Кроме того, инвестор оплачивал хранение и обслуживание такой деятельности от момента покупки. Комиссия по ценным бумагам усмотрела в действиях компании скрытое инвестиционное предложение и потре-

бовала от компании приостановить свою деятельность, зарегистрировать проспект эмиссии и выполнить иные формальности, необходимые при выпуске инвестиционных ценных бумаг.

Дело рассматривалось несколькими судами, в т.ч. Верховным судом Канады.

Взяв за основу тест Ховой, Верховный суд Канады установил следующее:

- в данном случае налицо ожидание инвестором прибыли от произведенных вложений (оплат стоимости монет и продажи их по более высокой цене);

- возможная прибыль может быть получена усилием третьих лиц, поскольку «существуют действия третьих лиц по управлению, которые дают эффект успеха или неуспеха предприятия».

Как сказал суд в своем решении: «Инвестиционный контракт – это не искусственный термин, это концепция, применяемая в зависимости от конкретных обстоятельств и дающая возможность квалифицировать различные экономические схемы, **в которых одно лицо пытается использовать деньги другого, обещая при этом прибыль**».

В качестве инвестиционных правоотношений канадскими судами были также охарактеризованы отношения по участию в программах по разведению коров, приобретению, обслуживанию и продаже жилых домов, продаже шотландского виски, где в качестве документов, подтверждающих право участия, инвесторам были выданы складские расписки<sup>1</sup>.

В **бельгийском праве**, по мысли Е.Вуммирша (E. Wummeersch), под секьюритис понимаются «операции, в которых прямо или косвенно реализуется право инвестора получить имущество (прибыль), при этом такая операция (схема) организована на принципах ассоциации или общего имущества, юридически или фактически находящегося в управлении одним лицом. При этом инвестор отказывается от прямого владения имуществом, вверяя его под управление лицу, управляющему этим имуществом на профессиональной основе»<sup>2</sup>.

Законодательство **Кореи** использует иной правовой прием. В законе указан перечень инструментов, традиционно принимаемых как секьюритис (акции, облигации). Далее сказано, что к секьюритис относятся «все сертификаты и инструменты, которые имеют ту же правовую природу, что и указанные выше». При этом правом соответствующей квалификации обладает Министерство финансов секьюритис<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Knowles H.J., Sheldon D.R., Wakean N. International Securities Regulation – Laws and Commentary, Oceana Publications Inc. 1997. P.17.

<sup>2</sup> International Securities Regulation – Laws and Commentary, Oceana Publications Inc. 1997, b.2. P. 6.

<sup>3</sup> Guang A.J. International Securities Regulation – Laws and Commentary, Oceana Publications Inc. 1997, b.2. P.50.

Появление все новых схем привлечения средств населения (разведение деревьев, пенсионные схемы, инвестирование в драгоценные металлы) вынуждают законодателя помимо традиционных инструментов: акций и облигаций, вводить в нормативные акты более универсальные категории, использование которых на практике позволяет квалифицировать инвестиционные правоотношения более четко и полно.

Одним из таких категорий является «интерес» или «описанный интерес» (prescribed interest).

Законодательство **Австралии** определяет «описанный интерес» как право участия:

а) в любых прибылях, имуществе, финансовых схемах и мероприятиях;

б) любом совместном (общем) предприятии, в отношении которого обладатель интереса имеет право ожидать прибыль, полученную от усилия самого предприятия, организаторов или иных лиц;

в) любом инвестиционном контракте, вне зависимости от наличия или отсутствия документа, закрепляющего такое участие.

Как отмечает Д.Форд, под понятие «участие в интересе» подпадают любые отношения, в которых лицо-инвестор объединяется с другим лицом (другим инвестором или организатором) с целью получения выгоды<sup>1</sup>.

Так, в деле Австралийской лесной компании в качестве «описанного интереса» было определено право участия в программе разведения деревьев.

Растущие деревья на земле организатора программы были пронумерованы для каждого инвестора, за каждым из деревьев осуществлялся соответствующий уход. Инвестор не имел права на деревья, пока они растут, однако имел право срубить и увезти их, когда они вырастут. Суд установил, что налицо ожидание прибыли, которая может быть получена усилиями третьих лиц<sup>2</sup>.

В деле *Хоум Авэй (Home Away)* право участия в программе строительства жилья также было квалифицировано, как описанный интерес и, соответственно, как секьюритис<sup>3</sup>.

В законодательстве многих государств нормативное регулирование инвестиционных отношений посвящено прежде всего регламентации возникновения отношений с участием эмитентов ценных бумаг.

Для возникновения правоотношений с эмитентом-инвестором и, соответственно, для принятия и использования инвестиций, как правило, не требуется наличия специального разрешения со стороны государственных органов (кроме отношений с участием «специальных» субъектов). В слу-

---

<sup>1</sup> Ford H. A. J. Principles of Company Law; Butterworths 3 rd Edition. P.326.

<sup>2</sup> CFCvAustralian Softwood Forests Pty 1979 (4) ACLR 254.

<sup>3</sup> Ford H.A. J. Op. cit. P.326.

чае же т.н. публичного предложения (public offer) требуется выполнение иных формальностей, одной из которых является государственная регистрация выпуска эмиссионных ценных бумаг – секьюритис.

Закон **Бразилии** «О рынке ценных бумаг» (ст. 19) определяет, что под понятие «публичное предложение» подпадают следующие действия эмитента:

- 1) использование при подписке подписных листов, бюллетеней, листовок, проспектов или рекламы, рассчитанных (направленных) на публику;
- 2) использование при размещении ценных бумаг своих работников, агентов, брокеров;
- 3) торговля в магазинах, офисах, открытых (доступных) для публики, или торговля с использованием средств массовой информации.

В **Голландии** публичное предложение определяется как предложение, сделанное лицам вне определенного круга.

Определенный круг – это круг лиц, определенный в размере и четко по субъектам; взаимоотношения между такими лицами и эмитентом не могут быть охарактеризованы исключительно как финансовые отношения; предложение показывает, что эмитент выбрал именно эту группу (сектор 3 Закона о рынке ценных бумаг Голландии).

Интересно, что до начала эмиссии Комиссия по рынку ценных бумаг может давать свои рекомендации относительно того, является ли конкретное предложение публичным или нет, однако только суд может дать юридическую оценку сделанному предложению.

**Австралийский суд** в деле *Lee v. Evans* (1964) определил, что предложение не является публичным, если оно было сделано определенной группе лиц, но не было доступно другим людям, которым оно было сделано<sup>1</sup>.

Закон **Кореи** «О рынке ценных бумаг» указывает, что предложение о приобретении, сделанное многим и не выбранным специально субъектам, является публичным (ст.2, 3).

При этом, как отмечают комментаторы, само по себе количество потенциальных подписчиков не имеет значения для квалификации предложения. Важно определить, были ли лица специально (индивидуально) отобраны из общей массы потенциальных подписчиков, или нет<sup>2</sup>.

Известны изъятия из правила о государственной регистрации эмиссии. При наличии определенных условий инвестиции могут привлекаться и без государственной регистрации. Изъятия из правила можно сгруппировать следующим образом:

1. По объекту эмиссии:

---

<sup>1</sup> Н.А. J Ford. Principles of Company Law; Butterworths, 1982. P. 318.

<sup>2</sup> D. Daeniker. Swiss Securities regulations, Kluwer Law International. 1998. P.64.



Так, законодательство **Австралии** определяет максимальное число предполагаемых подписчиков не более 20 человек, **Голландии** – 50. **Английское** законодательство устанавливает максимальную сумму эмиссии.

*2. По особенностям инвесторов.*

К особой группе инвесторов относятся:

- лица, имеющие тесные деловые связи с эмитентом, в т.ч. когда инвестор является управляющей компанией;
- работники и члены их семей;
- держатели ценных бумаг эмитента;
- эмитент, ранее уже выпускавший такие же ценные бумаги (**Англия**).

*3. По особенностям эмитента.*

К особым эмитентам отнесены:

- правительство, в т.ч. местные органы власти (**США**);
- кредитные организации (**США**).

*4. По целям эмиссии:*

- эмиссия производится исключительно с не прибыльными, например, образовательными, целями (**Англия**);
- бумаги выпускаются бесплатно или с очень маленьким номиналом (**Голландия**).

Таким образом, из приведенного перечня видно, что во многих случаях эмитент освобождается от регистрации эмиссии. Мотивы для изъятия различны.

Подводя итоги краткого обзора зарубежного законодательства, можно сделать вывод, что многие положения и нормы современного российского законодательства в значительной мере схожи с положениями законодательных актов и основанной на них существующей системой государственного регулирования инвестиций рассмотренных нами стран.

*Тухбатуллина А.А.*

*Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

### **Извещение иностранных лиц о времени и месте судебного заседания по российскому праву**

Одним из важнейших принципов судопроизводства в международном сообществе является равноправие сторон, участвующих в деле. При рассмотрении дел с участием иностранных лиц этот принцип, естественно, сохраняет свое действие, но всегда важно учитывать наличие определенных особенностей при обременении правоотношений иностранным элементом. Одной из предпосылок обеспечения равного процессуального положения является надлежащее извещение участвующих в деле лиц о вре-

мени и месте судебного заседания, без чего нельзя говорить о реализации принципа состязательности сторон, и ставится под сомнение сама возможность указанных лиц участвовать в судопроизводстве. Право быть выслушанным судом является одним из важнейших положений правосудия, общепринятых в мире. Ключевым элементом в создании условий, позволяющих участникам судебного процесса реально участвовать в нем, является надлежащее извещение их о времени и месте судебного заседания или проведения отдельного процессуального действия. Ведь если лицо, участвующее в деле, не знает, когда и где будет проведено слушание дела, оно не сможет высказать свое мнение, тем самым до максимального уровня повышается вероятность судебной ошибки и, соответственно, нарушения прав участников правовых отношений.<sup>1</sup>

В новый Арбитражный процессуальный кодекс РФ 2002 года была включена самостоятельная глава – глава 12 «Судебные извещения», регулирующая извещение участников арбитражного процесса о времени и месте судебного заседания, и создающая механизм, гарантирующий лицам, участвующим в деле, право быть надлежащим образом информированным о совершении судом процессуальных действий.

Сама процедура судебного извещения представляет собой совокупность взаимосвязанных элементов:

1. Обязательность направления судом копий судебных актов, содержащих четкую информацию о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия, - ст.121 АПК РФ.

2. Порядок направления, обеспечивающий получение лицом, участвующим в деле, копии судебного акта, ст.122 АПК РФ.

3. Запрещение суду проводить заседание или совершать отдельное процессуальное действие при отсутствии доказательств извещения участников процесса о времени и месте судебного разбирательства – ч.1 ст.153, ч.1 ст.157, ч.1 ст.158 АПК РФ.

4. Обязательность (безусловность) отмены судебного акта, принятого в отсутствие кого-либо из участвующих в деле лиц, не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, - ч.4 ст.270, ч.4 ст.288 АПК РФ.<sup>2</sup>

Особенности, касающиеся извещения иностранных лиц по российскому праву, рассмотрим ниже.

Согласно п.2 ст.253 АПК РФ, дела с участием иностранных лиц, если эти лица или их органы управления, филиалы, представительства или представители, уполномоченные на ведение дела, находятся или проживают на территории РФ, рассматриваются в обычные сроки, установленные

---

<sup>1</sup>Арбитражный процесс. Рук. авт. коллектива и отв. ред. В.В. Ярков. – М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 145.

<sup>2</sup> Там же.

кодексом. Извещение в этом случае направляется по соответствующему российскому адресу.

Если же иностранные лица находятся или проживают вне пределов Российской Федерации, то ч.3 ст.253 АПК РФ устанавливает правило, согласно которому, эти лица извещаются о судебном разбирательстве определением арбитражного суда путем направления поручения в учреждение юстиции или другой компетентный орган иностранного государства. И тогда, соответственно, срок рассмотрения дела увеличивается на срок, установленный договором о правовой помощи, а при его отсутствии не более чем на 6 месяцев. Всякое отступление по вине суда от сроков, указанных в данной статье, может быть оценено как нарушение обязательств по п.1 ст.6 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод, ибо ненадлежащее извещение может вести и к многократному отложению слушания дел, и к отмене судебных актов вышестоящей инстанцией, что, по мнению Пацация М.Ш., непомерно отдалает вынесение правосудного решения.<sup>1</sup>

Упрощенный порядок сообщения может быть предусмотрен международным договором России с данной страной, однако, как правило, извещение все равно осуществляется судом именно через государственные органы.

Если с соответствующей страной имеется договор о правовой помощи, применяется предусмотренная им процедура извещения. В рамках СНГ Протокол от 28 марта 1997 г. к Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанной государствами СНГ в Минске 22 января 1993 г. (далее - Минская Конвенция 1993 г.), предусматривает возможность направления документов не только центральными, но и территориальными органами юстиции. Кроме того, согласно ст.5 Киевского соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992г., в случае хозяйственных споров возможно прямое сообщение между собой компетентных судов. Наконец, в 2001 г. Россия ратифицировала Гаагскую конвенцию о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 г. (далее Гаагская конвенция 1965 г.). Согласно этой конвенции, вручение и уведомление в странах-участниках производится через специально уполномоченные центральные органы в этих странах. В Конвенции участвует 49 стран и территорий, включая основные индустриальные страны.<sup>2</sup> Все вышесказанное подчеркивает необходимость соблюдения не только внут-

---

<sup>1</sup> Пацация М. О надлежащем извещении иностранных лиц в арбитражном процессе // Российская юстиция. - 2004. - № 5. - С. 24 – 25.

<sup>2</sup> Будылин С. Л. Особенности рассмотрения дел с участием иностранных юридических лиц // Арбитражная практика. - 2004. - №6 (39).

ренного законодательства Российской Федерации, но и многочисленных международных соглашений, участницей которых является Россия.

Извещение иностранных лиц, находящихся за пределами РФ, должно осуществляться лишь теми способами, которые указаны в законодательстве (внутреннем и международном), при четком соблюдении установленного порядка, и любое отступление, даже, если лицом фактически была получена информация, может привести к отмене вынесенного решения. Ибо рассмотрение дела в отсутствие участвующего в деле лица, не извещенного или извещенного ненадлежащим образом о времени и месте судебного разбирательства по новому АПК РФ 2002 г., как и по АПК РФ 1995 г., является безусловным основанием к отмене решения, постановления.<sup>1</sup>

К числу условий, гарантирующих информирование лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного разбирательства, относятся особые правила определения, надлежащим ли образом участник дела извещен (ч.1 ст.123 АПК РФ). Лица, участвующие в деле, считаются извещенными надлежащим образом, когда к началу судебного заседания или проведения отдельного процессуального действия арбитражный суд располагает сведениями о получении адресатом направленной ему копии судебного акта: в материалах дела должны находиться либо почтовое уведомление, либо расписка в получении копии судебного акта.<sup>2</sup>

Основные процессуальные ошибки суда зачастую связаны с тем, что определение о принятии искового заявления к производству и подготовке дела к судебному разбирательству направляется лицу, участвующему в деле и находящемуся на территории иностранного государства, в нарушение норм АПК РФ и международных договоров Российской Федерации. В судебной практике встречаются случаи, что судебный акт направлен простым заказным письмом, по факсимильной связи либо направлен только в адрес филиала иностранного юридического лица (см., например, Постановления ВАС РФ от 30.06.1998 № 1185/98, от 21.11.2000 № 3696/00, от 06.02.2001 № 4460/99).<sup>3</sup>

Рассмотрим несколько примеров.

Постановлением Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15.08.2002 № Ф08-2955/2002 было отменено решение суда первой инстанции в связи с тем, что спор был рассмотрен в отсутствие представителей ООО «В», привлеченного к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора. Простое направление в адрес ООО «В» уведомления (вернувшегося

<sup>1</sup> Шерстюк В.М. Новые положения третьего Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. – М., 2003. С. 85.

<sup>2</sup> Арбитражный процесс. Рук. авт. коллектива и отв. ред. В.В. Ярков. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

<sup>3</sup> Поляковская Е.В. Проблемные процессуальные вопросы, возникающие по делам с участием иностранных лиц. <http://www.ekaterinburg.arbitr.ru/userfiles/CT/pr2...>

с отметкой о невручении) было признано ненадлежащим способом извещения. При этом кассационная инстанция исходила из того, что в связи с тем, что ООО «В» находится на территории Грузии, порядок вручения судебных документов регламентирован Минской конвенцией 1993 года. Таким образом, извещение ООО «В» о времени и месте судебного разбирательства следовало направить в Грузию через Министерство юстиции РФ, что судом первой инстанции сделано не было.<sup>1</sup>

В одном из дел<sup>2</sup>, рассмотренных ФАС Восточно-Сибирского округа, истец, кипрская фирма, извещался судом первой инстанции о времени и месте судебного заседания заказным письмом с уведомлением. Истец на заседание не явился, и иск был оставлен без рассмотрения. Однако это определение было обжаловано в кассационном порядке истцом, считающим, что его извещение не было произведено надлежащим образом. Как указано в постановлении кассационной инстанции, договором<sup>3</sup> о правовой помощи с Кипром предусмотрено, что при оказании правовой помощи учреждения РФ и Кипра сносятся друг с другом в дипломатическом порядке (ст.4). Поэтому вручение судебных документов, извещающих истца о месте и времени рассмотрения дела, должно было осуществляться в дипломатическом порядке через Министерство юстиции РФ. Определение суда первой инстанции об оставлении иска без рассмотрения было отменено, дело направлено на новое рассмотрение.

Аналогично, уведомление лица, уполномоченного на ведение дела, находящегося на территории Российской Федерации, не освобождает суд от обязанности соблюдения порядка уведомления иностранного юридического лица.

Компания «Q. Ltd.» обратилась в Арбитражный суд Удмуртской Республики с иском к ОАО "Б." о признании недействительным решения совета директоров ОАО "Б." от 04.02.2002.

Определением от 19.12.2002 судебное заседание назначено на 02.07.2003 в связи с необходимостью уведомления иностранного юридического лица, участвующего в деле, в порядке, установленном ч.3 ст.253 АПК РФ и Гаагской конвенцией 1965 г.

Истец - компания "Q. Ltd.", с определением в части назначения даты судебного заседания на 02.07.2003 не согласен, просит его в этой части отменить, ссылаясь на то, что порядок уведомления, установленный ч.3 ст.253 АПК РФ Гаагской конвенцией 1965 г., не подлежит применению

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 6 марта 2003 г. NA19-8321/99-41-32-3/Ф02-514/03-С1

<sup>3</sup> Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Кипр о правовой помощи по гражданским и уголовным делам. Москва, 19 января 1984 г.

если на территории Российской Федерации у иностранного юридического лица, участвующего в деле, имеется уполномоченный представитель.

Федеральный арбитражный суд Уральского округа в своем постановлении от 28.04.2003 № Ф09-926/03-ГК указал, что суд первой инстанции правомерно назначил дату судебного разбирательства с учетом требований действующего законодательства и норм международного права. Назначая дату судебного разбирательства, суд исходил из того, что компания "Q. Ltd." зарегистрирована на территории иностранного государства - Республики Кипр, согласно копии свидетельства о государственной регистрации от 05.04.1985, должна быть уведомлена о месте и времени судебного разбирательства в сроки, установленные ч.3 ст.253 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Конвенцией о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 г.

Следует отметить, что в соответствии со ст. 10 Гаагской конвенции 1965 г., при условии, если государство местонахождения иностранного лица не возражает, надлежащее извещение возможно и с помощью более удобных способов. Например, свободная посылка судебных документов почтой непосредственно лицам, находящимся за границей, то есть прямое извещение иностранного лица, участвующего в деле, путем почтовой пересылки ему переведенных на иностранный язык процессуальных документов, возможна организация любым лицом, заинтересованным в судебном разбирательстве, вручения судебного документа непосредственно должностными лицами запрашиваемого государства. Как правило, в этом случае используются судебные приставы страны нахождения иностранного лица. Факт извещения подтверждается их переведенными на русский язык с проставлением апостилей аффидавитами (письменными показаниями, данными под присягой).

В кассационной жалобе от 20.05.2003 ответчик – Компания "Д. Лимитед" - просит решение Арбитражного суда г. Москвы по делу N А40-3307/03-34-20 отменить полностью и направить дело на новое рассмотрение, ссылаясь на то, что решение вынесено в отсутствие ответчика, который не был надлежаще извещен о времени и месте судебного разбирательства, чем нарушены принципы состязательности и равноправия сторон, установленные статьями 7, 8 АПК РФ.

При рассмотрении дела в отсутствие представителя ответчика, суд исходил из того, что ответчик извещен о времени и месте судебного разбирательства в соответствии со ст. 10 Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965. Как видно из представленных в деле документов, все судебные документы были вручены ответчику по месту его нахождения в Республике

Кипр судебным приставом, т.е. должностным лицом, в порядке, предусмотренном Конвенцией 1965 г.

Факт вручения ответчику вышеуказанных документов, в том числе определения суда от 15.04.2003 о назначении дела к судебному разбирательству, подтверждается аффидавитами судебного пристава, заверенными нотариусом, переведенными с проставлением апостилей.

Кроме того, определение суда от 15.04.2003 направлялось ответчику непосредственно по почте по последнему, известному суду адресу.

При таких условиях, доводы кассационной жалобы о том, что дело рассмотрено в отсутствие ответчика, не извещенного о времени и месте судебного разбирательства, не могут быть признаны состоятельными и служить основанием для отмены состоявшегося судебного акта (Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 26.08.2003 № КБ-А40/5552-03).<sup>1</sup>

На практике все оказывается намного сложнее, и четкого порядка действий не знают не только заинтересованные лица, но и сами судьи не всегда действуют в точном соответствии с законом. Бывает и так, что судьи просто не желают втягиваться в этот долгий процесс пересылки поручения и предупреждают, что все это может тянуться месяцами, возлагая свои обязанности на саму сторону. Зачастую привлечение в разбирательство иностранных лиц намерено делается для того, чтобы затянуть судебное рассмотрение дела. Все это доказывает необходимость разработки четкой и полной схемы правильного и своевременного извещения иностранных лиц.

Правила о надлежащем извещении учитывают интересы не только адресата, но и других лиц, участвующих в деле. Связано это с тем, что по не зависящим от органов связи, суда причинам копия судебного акта может быть объективно не вручена адресату по его вине, что влечет невозможность осуществления правосудия. Такие случаи приравниваются АПК РФ к надлежащему извещению, с тем, чтобы не страдали интересы других участников процесса и сам процесс был проведен в установленные сроки.

Случаи, когда фактическое неполучение адресатом копии судебного акта приравнивается к надлежащему извещению, делятся АПК РФ на две группы:

1) когда адресат не хочет получать копию судебного акта: либо отказывается получить его, либо не является за ним в суд или на почту. Отказ или неявка адресата за получением копии судебного акта фиксируется органами связи на уведомлении о вручении или работником суда на копии судебного акта или в протоколе;

---

<sup>1</sup> Поляковская Е.В. Цит. соч.

2) когда адресат сменил место нахождения или место жительства, но не сообщил об этом арбитражному суду или своим контрагентам, заявляющим иск. В этом случае копия судебного акта направляется судом по последнему известному арбитражному суду адресу (как правило, юридическому адресу) и считается надлежащим образом доставленной, даже если адресат по этому адресу не находится или не проживает.<sup>1</sup>

По делу № А60-33630/2003 ответчик – ТОО «СП «Т.» (республика Казахстан) – был уведомлен о месте и времени судебного заседания заказным письмом, направленным международной почтой, а также телеграммой, направленной руководителю. Почтой был дан ответ, что телеграмма адресату доставлена не была, так как «адресат неизвестен, условный адрес не зарегистрирован». Заказные письма также вернулись без вручения, с пометкой почты, что «нет такой организации», «дверь не открывают, в квартире никого нет».

Апелляционная жалоба была рассмотрена в отсутствие ответчика, уведомленного надлежащим образом. В кассационной инстанции дело не пересматривалось.<sup>2</sup>

В Арбитражных процессуальных кодексах 1992 и 1995 г.г. были лишь отдельные статьи устанавливающие обязанность суда направить определение о принятии дела к производству извещаемому или вызываемому лицу. Появление в новом АПК РФ 2002 г. отдельной главы, регламентирующей извещения и вызовы, еще раз говорит о том, что сделанные вовремя и строго в соответствии с законом извещения лиц, участвующих в деле (в том числе и иностранных) – обязательное условие для реализации таких принципов правосудия как равноправие сторон, состязательность и возможность быть выслушанным судом, что в конечном итоге является предпосылкой для вынесения законного решения в разумные сроки.

*Шумская Е.Г.  
Научный руководитель – д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

### **Сравнительная характеристика Принципов УНИДРУА и Принципов европейского договорного права**

В настоящее время частноправовая унификация как способ достижения единообразия в сфере договорного права получила широкое распространение как на универсальном, так и на региональном уровне. Подтверждением этому является создание и применение на практике таких документов как Принципы международных коммерческих договоров и Прин-

---

<sup>1</sup> Арбитражный процесс. Рук. авт. коллектива и отв. ред. В.В. Ярков. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

<sup>2</sup> Поляковская Е.В. Цит. соч.



ципы европейского договорного права, сравнительная характеристика которых и является предметом рассмотрения настоящей статьи.

**Правовой статус.** По сравнению с международно-правовыми конвенциями в области частного права Принципы международных коммерческих договоров (далее – «Принципы УНИДРУА»), опубликованные Международным институтом унификации частного права в 1994 г., отражают совершенно новый подход к унификации права международной торговли. По своей сути они не являются ни договором, который согласовывается контрагентами, ни международным соглашением, подлежащим ратификации подписавшими его государствами<sup>1</sup>. Принципы УНИДРУА признаются мировым сообществом в силу значимости их содержания и авторитета разработавшей их организации.

Основополагающей причиной разработки данного документа явилась потребность в единообразных положениях, устанавливающих универсальное регулирование и сводящих к минимуму необходимость обращения к национальному праву отдельных стран. Это, в свою очередь, было вызвано тем, что различия существующих правовых систем нередко влекли за собой проблему определения применимого права и разрешения на его основе спора.

Принято считать, что Принципы УНИДРУА отражают основы написания и реализации международных коммерческих договоров, признанные всеми правовыми системами<sup>2</sup>.

Принципы УНИДРУА состоят из преамбулы и 7 глав: общие положения, заключение договора, действительность, толкование, содержание, исполнение и неисполнение.

Принципы европейского договорного права (далее – «Принципы ЕДП») были разработаны Комиссией по европейскому праву под председательством датского профессора Оле Ландо.

Их появление в качестве действующего на практике документа было регламентировано резолюцией Европейского парламента от 26 мая 1989 г.<sup>3</sup>, которой в качестве одного из первых шагов на пути к созданию Европейского гражданского кодекса предполагалась разработка Принципов общего Европейского частного права.

Первая часть Принципов ЕДП была одобрена посредством резолюции Европейского парламента о гармонизации в определенных секторах частного права государств-членов от 6 мая 1994 г.<sup>4</sup> и опубликована в 1995

---

1 Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. – М.: «Статут», 2004.

2 Bonell M.J. An International Restatement of Contract Law. P. 14.

<sup>3</sup> Resolution on Efforts Towards the Approximation of the Private Laws of Member States. OJ EU 1989. C 158/400.

<sup>4</sup> Resolution on the Harmonization of Certain Sector of the Private Law of the Member States. OJ EU 1994. C205 /518/6.

году. В ней содержались положения об исполнении и неисполнении договора, а также о средствах правовой защиты от неисполнения договора.

Вторая редакция Принципов ЕДП была опубликована в 1999 г.<sup>1</sup> В нее вошли положения о заключении, действительности, толковании и содержании договора, полномочиях агента, а также исправленная версия части первой Принципов ЕДП.

Нормы о множественности кредиторов и должников, переводе долга, замене должника и цессии, зачете требований, давности, недействительности договора, совершении сделок под условием и начислении процентов вошли в третью часть Принципов ЕДП, опубликованных в марте 2003 г.<sup>2</sup>

Принципы ЕПД, как и Принципы УНИДРУА не носят нормативного характера. Они были задуманы свод единообразных норм, применимых к договорам и обязательствам на территории всей Европы, или, иными словами, как европейская альтернатива принципам УНИДРУА, которые успешно применялись и применяются многими арбитражами, как правило, без специального соглашения сторон. Также предполагалось, что Принципы ЕПД станут составной частью европейского договорного или гражданского кодекса.

Текст Принципов ЕПД структурирован аналогично Принципам УНИДРУА и насчитывает 130 статей, разделенных на девять глав: общие положения, заключение договора, полномочия агентов, включая прямое и косвенное представительство (что отсутствует в Принципах УНИДРУА), действительность договора, толкование договора, содержание договора, исполнение и неисполнение договора и средства защиты при неисполнении.

**Сфера применения.** В преамбуле Принципов УНИДРУА указано, что они устанавливают общие нормы для международных коммерческих договоров<sup>3</sup>.

Ограничение применения Принципов УНИДРУА только рамками международных коммерческих сделок отразило намерение составителей, с одной стороны, сократить количество обращений к национальным правовым системам, имеющим значительные различия, посредством коллизионных норм, и, с другой стороны, ограничить сферу их применения профессиональным оборотом.

Принципы УНИДРУА не предусматривают обращения к внутринациональному праву, сохраняя в ст. 1.6<sup>4</sup> отсылку к основополагающим общим принципам. Вместе с тем они не ограничивают применение обяза-

<sup>1</sup> Lando & Beale (eds), Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2, The Hague 1999.

<sup>2</sup> Lando, Clive, Prüm & Zimmermann (eds.) Principles of European Contract Law, Part 3, The Hague 2003.

<sup>3</sup> Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). // Закон. - № 12. - 1995.

<sup>4</sup> Там же.

тельных положений национального, международного или наднационального происхождения, которые подлежат применению в силу соответствующих норм международного частного права. Сторонам также предоставлено право исключить применение Принципов, отступить от них или изменять содержание любого из их положений, если в них не предусмотрено иное.

Ссылка на Принципы УНИДРУА возможна как на признанный международный стандарт в качестве иллюстрации применения того или иного правила или для устранения пробелов в договоре, а также в качестве дополнения по тем вопросам, которые либо не урегулированы Венской конвенцией о договорах международной купли-продажи товаров, либо требуют дополнительного толкования. Также они могут также применяться при толковании общепризнанных международных конвенций и в качестве *lex contractus*.

Принципы УНИДРУА довольно широко используются в решениях международных коммерческих арбитражей и судов, включая Арбитражный суд Международной торговой палаты и Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ. Примечательно, что впервые они были применены Венским международным арбитражным судом уже в год их появления в Решении No. SCH-4366 от 15 июня 1994 г.<sup>1</sup>

В практике Арбитражного суда МТП можно выделить четыре вида обращений к Принципам УНИДРУА:

- 1) в качестве применимого к договору права в силу непосредственного или подразумеваемого выбора самими сторонами;
- 2) если имеются трудности в определении специфических правил применимого национального права;
- 3) для заполнения пробелов в национальном праве и для международного толкования национального права;
- 4) для толкования или дополнения существующих унификационных документов, например Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.<sup>2</sup>

Принципы ЕПД представляют собой свод правил, общих для договорного права стран ЕС, и согласно ст. 1.101<sup>3</sup> могут применяться в тех случаях, когда:

- 1) стороны согласились включить их в договор или пришли к соглашению, что их договор будет регулироваться Принципами ЕДП;

<sup>1</sup> *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1995, P. 590.

<sup>2</sup> Marella F. & Celinas F. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration // ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999. Vol. 10. N 2. P. 26.

<sup>3</sup> Ole Lando & Hugh Beale (eds.) *The Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, 1999, Kluwer Law International, Hague, The Netherlands.

2) стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», *lex mercatoria* или иными аналогичными положениями;

3) стороны не избрали никакой правовой системы или законодательства для регулирования договора.

Последняя возможность, возникающая при негативном выборе права, является новой по сравнению с Принципами УНИДРУА.

В целом сфера действия Принципов ЕДП шире сферы действия Принципов УНИДРУА. Их положения применяются не только к международным коммерческим договорам, имеющим транснациональный характер, но и к трем видам связанных с заключением и исполнением договора отношений: дополнение и изменение договоров, односторонние обещания и поведение, выражающее намерение.

**Основные положения.** Глава 1 обоих анализируемых документов содержит положения о сфере применения, общих обязательствах и определениях. Однако помимо этого в Принципах ЕДП отражены не только сами определения, но и положения об исчислении сроков, об уведомлениях, о критерии разумности, о предполагаемом знании и намерении, тогда как в одноименной статье 1.10 Принципов УНИДРУА содержатся только определения понятий суда, должника и письменной формы.

В ст. 1.102 Принципов ЕДП<sup>1</sup> закреплён содержащийся также в ст. 1.1 Принципов УНИДРУА<sup>2</sup> принцип свободы сторон вступать в договор и определять его содержание. При этом Принципы ЕДП вносят некоторые дополнения в этот принцип, а именно определяют пределы такой свободы в виде:

- 1) соблюдения принципа добросовестности и честной деловой практики (что совпадает с Принципами УНИДРУА);
- 2) соблюдения императивных норм, предусмотренных Принципами ЕДП (что отсутствует в Принципах УНИДРУА).<sup>3</sup>

Норма данной статьи об исключении применения Принципов ЕДП или изменения их содержания полностью совпадает с аналогичной нормой Принципов УНИДРУА.

В отношении императивных норм (*mandatory rules*) ст. 1.103 Принципов ЕДП<sup>1</sup> содержат следующие предписания:

---

<sup>1</sup> Ole Lando & Hugh Beale (eds.) *The Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, 1999, Kluwer Law International, Hague, The Netherlands.

<sup>2</sup> Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА), "Закон", N 12, 1995.

<sup>3</sup> Беликова К.М. Унификация права международных контрактов: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права. // Юрист. – 2006. - № 11. - С. 22-30.

1) если это допускается применимым правом, стороны могут договориться не только о применении к их договору Принципов ЕДП, но и о том, что национальные императивные нормы применяться не будут;

2) подлежат применению те императивные нормы национального, наднационального или международного права, применимого на основании норм международного частного права, которые применяются независимо от применимого к договору права.

Наличие и действительность соглашения сторон о применении Принципов ЕДП или их включения в договор также определяются согласно предписаниям Принципов ЕДП (ст. 1.104), однако сторона вправе ссылаться на право страны своего местонахождения, если определение последствий ее поведения является неразумным согласно Принципам ЕДП.

Общим для анализируемых документов является норма о возможности согласования сторонами в договоре положения об уплате потерпевшей стороне «установленной суммы» (*specified sum, certain somme*), право на которую возникает у потерпевшей стороны независимо от размера действительно понесенного ею ущерба (исключительная неустойка в российском праве).

Более широко по сравнению с Принципами УНИДРУА сформулированы в Принципах ЕДП нормы о толковании положений принципов. Если при толковании Принципов УНИДРУА надлежит учитывать их международный характер и цели, включая необходимость содействовать достижению единообразия в их применении, то согласно при толковании Принципов ЕДП учитывается также необходимость содействия соблюдению добросовестности и честности в договорных отношениях и единообразия их применения. Данное различие объясняется тем, что принцип добросовестности и честной деловой практики зафиксирован в ст. 1.7 Принципов УНИДРУА<sup>2</sup>.

Различными в двух документах являются и предписания о восполнении положений, которые прямо в них не закреплены. В Принципах УНИДРУА установлен один критерий восполнения - в соответствии с их основополагающими общими принципами, в Принципах ЕДП указаны два таких критерия. Первый совпадает с вышеприведенной нормой Принципов УНИДРУА, второй допускает применение правовой системы, определяемой в соответствии с нормами международного частного права.

Нормы о заключении договора, содержащиеся в Принципах УНИДРУА и ЕДП, в целом совпадают, однако в Принципах ЕДП в правило об

---

<sup>1</sup> Ole Lando & Hugh Beale (eds.) *The Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, 1999, Kluwer Law International, Hague, The Netherlands.

<sup>2</sup> Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). // Закон. - № 12. - 1995. См.: Беликова К.М. Цит. соч.

акцепте с оговорками включены два дополнения: во-первых, согласно ст. 2.210<sup>1</sup>, оно распространяется только на случаи заключения договора профессиональными участниками международного коммерческого оборота, но без перечисления условий, существенно изменяющих оферту. Второе правило, отсутствующее в Принципах УНИДРУА, состоит в применении правил об оферте и акцепте и к договорам, заключаемым не путем направления оферты и акцепта.

Глава 3 Принципов ЕДП содержит нормы о полномочиях агентов. Они регламентируют правомочия агента или другого посредника обязывать своего принципала в отношении договора с третьим лицом, но не затрагивают внутренних отношений между агентом или посредником и его принципалом.

Принципы ЕДП различают прямое и косвенное представительство. Под прямым представительством понимается такое представление интересов, когда агент действует от имени принципала. Если же посредник действует по указанию принципала, но не от его имени, или если третье лицо не знает и не имеет оснований знать, что посредник выступает в качестве агента, применяются правила о косвенном представительстве. Таким образом, в Принципах ЕДП нашли отражение положения не вступившей в силу Женевской конвенции 1983 г.

Предписания гл. 6 Принципов ЕДП "Содержание и результаты" с нормами гл. 5 Принципов УНИДРУА "Содержание" в целом совпадают; в этих главах содержатся общие критерии определения содержания договора в отношении цены, качества и срока исполнения.

Глава 7 Принципов ЕДП касается исполнения договора. В ней подобно Принципам УНИДРУА на случай отсутствия в договоре соответствующих предписаний предлагаются общие критерии определения места и срока исполнения, включая правило о досрочном исполнении, о порядке исполнения, форме и валюте платежа. Оба документа содержат совпадающее правило об очередности исполнения.

По сравнению с Принципами УНИДРУА Принципы ЕДП содержат более краткие предписания относительно неисполнения и возмещения ущерба. Общее правило ст. 8.101 Принципов ЕДП<sup>2</sup> предоставляет потерпевшей стороне право на использование любого средства защиты, предусмотренного в гл. 9, однако, если неисполнение имело место вследствие препятствий вне контроля стороны, возможности потерпевшей стороны

---

<sup>1</sup> Ole Lando & Hugh Beale (eds.) *The Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, 1999, Kluwer Law International, Hague, The Netherlands.

<sup>2</sup> Ole Lando & Hugh Beale (eds.) *The Principles of European Contract Law. Parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, 1999, Kluwer Law International, Hague, The Netherlands.

гораздо уже: среди допускаемых гл. 9 средств защиты она не может обратиться к возмещению убытков и к исполнению в натуре.

Аналогично Принципам УНИДРУА Принципы ЕДП содержат определение существенного нарушения договора, в зависимости от наличия или от отсутствия которого избирается соответствующее средство защиты, а также предписание о предвидимом нарушении договора, которое предоставляет другой стороне право потребовать соответствующего заверения о надлежащем исполнении и приостановить свое исполнение.

Раздел 9 Принципов ЕДП посвящен конкретным средствам защиты при неисполнении. Как и Принципы УНИДРУА, Принципы ЕДП исходят из необходимости обеспечить денежный эквивалент исполнения договора, поэтому в ст. 9.102 предусмотрено общее правило о возможности исполнения в натуре, а также четыре случая, когда такое исполнение невозможно потребовать, однако за управомоченной стороной сохраняется право на возмещение убытков.

Подробно определены правила отказа от договора. Во-первых, такой отказ возможен только при наличии существенного нарушения договора другой стороной; во-вторых, о таком намерении нарушившей договор стороне в течение разумного срока должно быть направлено извещение; в-третьих, определены последствия прекращения: стороны освобождаются от обязанностей на будущее, но не от обязанностей и ответственности, которые имели место до прекращения договора.

Оба анализируемых документа предоставляют потерпевшей стороне при принятии не соответствующего договору исполнения право на соразмерное уменьшение цены; при этом она не может требовать возмещения убытков по данному основанию, но не лишена права требовать их по иным основаниям.

Весьма подробными и отличающимися от Принципов УНИДРУА являются правила о возмещении убытков. Во-первых, потерпевшая сторона вправе требовать возмещения убытков во всех случаях, за исключением случаев освобождения от ответственности при наличии препятствия вне ее контроля; во-вторых, подлежащие возмещению убытки включают и нематериальные убытки, а также убытки, которые могут возникнуть в будущем на разумном основании; в-третьих, общими для анализируемых документов являются следующие принципы: полного возмещения убытков, ответственности стороны только за убытки, которые можно было бы предвидеть, возмещения убытков в виде реального ущерба и упущенной выгоды, возмещения в случае отказа потерпевшей стороны от договора и заключения заменяющей сделки абстрактных убытков в виде разницы между договорной ценой и ценой заменяющей сделки.

Аналогично Принципам УНИДРУА ст. 9.509 Принципов ЕДП<sup>1</sup> предоставляет сторонам право согласовать в договоре уплату неустойки на случай неисполнения какой-либо из них обязательства по такому договору. При этом неустойка уплачивается независимо от действительного убытка; если сумма неустойки чрезмерно велика по сравнению с возникшими вследствие неисполнения или иными обстоятельствами, она может быть снижена.

**Значение.** Оба анализируемых документа являются своеобразным итогом проводившейся в течение десятилетий унификации частноправовых отношений, подпадающих под регулирование различных правовых систем.

Их основные различия лежат в сфере сферы и предмета регулирования. Принципы ЕДП представляют собой общие правила договорного права и поэтому могут применяться к любым заключаемым в странах ЕС сделкам, в том числе потребительским. Принципы УНИДРУА в силу прямого в них указания применяются лишь к международным коммерческим договорам.

Важно отметить, что Принципы УНИДРУА представляют собой первый универсальный опыт частноправовой унификации широкого круга вопросов договорного права, включая обязательственное право, возникающих при заключении и исполнении международных коммерческих договоров. Они были первым в истории унификации права международных договоров документом, в котором были закреплены достижения различных правовых систем и который нашел широкое применение в различных сферах международного коммерческого взаимодействия.

Принципы УНИДРУА представляют собой руководство для составления договоров, что особенно полезно при ведении переговоров партнерами, говорящими на разных языках; на Принципы стороны могут ссылаться при переговорах в ходе исполнения договоров при возникновении спорных вопросов или взаимных претензий.

Особая роль Принципов УНИДРУА состоит в том, что они используются в качестве основы для национальных кодификаций (Модельный ГК стран СНГ, ГК РФ, Закон Эстонии о договорах, проекты ГК Литвы, Аргентины и Туниса, ГК Квебека и Нидерландов).

Принципы ЕДП, в свою очередь, отражают большинство принятых в праве международных коммерческих договоров реалий, во многом совпадают с Принципами УНИДРУА, но содержат и отличные от них положения. Важно отметить, что в Принципах ЕДП получили разрешение многие

---

<sup>1</sup> Ole Lando & Hugh Beale (eds.) The Principles of European Contract Law. Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law, 1999, Kluwer Law International, Hague, The Netherlands.



юридические вопросы, которые по-разному регламентируются в законодательстве стран-членов ЕС в силу различия их правовых систем.

## МАГИСТРЫ

*Адитярова Д.Э.*

*Научный руководитель – д.ю.н., профессор Безбах В.В.*

### **Проблема определения страхового случая в договоре перестрахования**

Проблема определения понятия страхового случая по договорам перестрахования является, без сомнения, ключевой на современном российском рынке перестрахования с точки зрения правового регулирования этих отношений. Как отмечает В.И. Морозов, это связано с тем, что доктрина страхового права, российская судебная практика и специалисты перестраховочного дела по-разному трактуют понятие страхового случая по перестраховочным сделкам.<sup>1</sup>

По мнению одних авторов, страховым случаем в договоре перестрахования служит событие, выражающееся в самом факте наступления указанного в основном договоре страхового случая (например, при имущественном страховании – гибель или повреждение застрахованного имущества; при страховании торговых кредитов – наступление несостоятельности или длительная просрочка платежа контрагента страхователя). Позиция противников этой точки зрения сводится к признанию страховым случаем при перестраховании не наступление самого события, а выплату страховщиком страхового возмещения вследствие наступления страхового случая по основному договору страхования.<sup>2</sup>

Указанные различия в подходах создают серьезные практические сложности, заставляют существенно усложнять договорное регулирование сделок по перестрахованию и дают возможность недобросовестным перестраховщикам не исполнять свои обязательства. Таким образом, представляется, что корректное отражение в законодательстве понятия страховой случай признается всеми авторами одной из самых актуальных проблем.

Статья 967 ГК РФ определяет риск по договору перестрахования как риск выплаты страхового возмещения или страховой суммы, принятый на себя страховщиков по договору страхования, который может быть застрахован полностью или частично у другого страховщика (страховщиков) по заключенному с последним договору перестрахования.

---

<sup>1</sup> Морозов И.В. Страховой случай по договору перестрахования – ходим по кругу// Юридическая и правовая работа в страховании. – М., 2006. – №2.

<sup>2</sup> См., напр.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. – М.: Статут, 2003.

Во всем мире под перестрахованием понимается особый вид страховой деятельности, в рамках которой перестраховщик принимает на себя часть ответственности страховщика по оригинальному риску. Принципиальное отличие договора перестрахования от перестраховываемого договора страхования заключается лишь в том, что в перестраховании страхователем выступает страховщик. Поэтому и вся технология перестраховочной деятельности построена таким образом, что перестраховщик как бы входит в своей доле в первичное страхование. В этом случае сохраняется единство объекта страхования и перестрахования, страховых рисков, от которых по этим сделкам предоставляется защита. Однако, исходя из толкования российского законодательства о перестраховании, происходит сущностный разрыв объектов страхования и перестрахования. Например, в имущественном страховании объектом страхования являются имущество либо имущественные интересы (пп. 1 п. 1 ст. 942 ГК РФ). В перестраховании таким объектом в силу п. 1 ст. 967 ГК РФ является «риск выплаты страхового возмещения или страховой суммы» по заключенному основному договору страхования. Это определение вводит особый объект перестрахования – риск страховой выплаты, новый страховой риск, от которого производится страхование в рамках перестраховочной сделки.

Между тем на международном перестраховочном рынке одним из общепризнанных правил пропорционального перестрахования является оговорка о перестраховании на оригинальных условиях. Страховым случаем по договору перестрахования в абсолютном большинстве случаев считается страховое событие по основному страховому договору. Исключения составляют лишь договоры перестрахования на основании эксцедента (превышения) убыточности, где страховым случаем является превышение реального уровня убыточности страховщика по той или иной совокупности договоров (страховой портфель) над согласованным сторонами уровнем убыточности за определенный период времени.<sup>1</sup> В России данное положение *de jure* не может действовать, потому что такие условия, как объект страхования и объект перестрахования в соответствии с действующим законодательством не совпадают. Все это приводит к тому, что различаются даты наступления страховых случаев по основному договору страхования и перестрахования. Это приводит к тому, что если страховщик не успевает произвести выплату по страховому случаю в пределах действия договора страхования, то исключается выплата возмещения перестраховщиком, так как страховой случай по договору перестрахования (страховая выплата страховщика) не наступил (срок действия

---

<sup>1</sup> Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в статью 967 Гражданского кодекса Российской Федерации»/ Комитет Всероссийского союза страховщиков по перестрахованию/ Документ опубликован на сайте Всероссийского Союза Страховщиков по адресу [http://www.ins-union.ru/cgi-bin/cm/get\\_doc.fpl?doc\\_id=2546](http://www.ins-union.ru/cgi-bin/cm/get_doc.fpl?doc_id=2546).

перестраховочного договора истекает одновременно с завершением договора страхования).

Наиболее показательным в этом отношении примером является судебная практика, которая последовательно отказывает перестрахователям в удовлетворении исков к перестраховщикам, которые отказали в страховой выплате по тем основаниям, что страховщик произвел урегулирование страхового случая по сделке страхования уже после истечения срока действия полиса (например, постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 16 февраля 2001 г. N А65-8558/2000-СГ1-10). Мотивация – страховым случаем по договору перестрахования является страховая выплата страховщика, осуществленная по истечении срока действия перестраховочного договора.

В этом постановлении отражено достаточно типичное решение одной из искусственно созданных российским законодательством проблем в перестраховании. Классическая доктрина перестраховочной деятельности рассматривает в качестве страхового случая по договору перестрахования страховое событие по основному страховому договору, поэтому нигде в мире, кроме России, не может сложиться такая ситуация, когда истечение срока действия договора страхования приводит к прекращению обязательств перестраховщика. Случаи, когда страховщик по объективным причинам не успевает урегулировать страховой случай по договору страхования в пределах срока его действия, просто неизбежно. Если страховое событие происходит в последние дни действия полиса, то страховщик в силу технологических причин просто не успеет расследовать обстоятельства происшедшего, получить заявление от страхователя или выгодоприобретателя, принять решение и выплатить деньги. Урегулирование затягивается и по трудным страховым событиям, когда по ним месяцами, а то и годами ведется расследование, проводятся сложные экспертизы, работают государственные комиссии (например, в случае крушения самолетов, гибели судов, при техногенных катастрофах и т.д.), и спорные случаи, по которым страхователь вынужден судиться со страховщиком. Однако судебная практика в этом вопросе пошла по сугубо формальному пути. Единственным выходом, по мнению экспертов в этой области, является включение в договоры перестрахования оговорки об автоматической пролонгации срока действия договора перестрахования в случае, если страховой случай произошел по основному договору страхования в период срока его действия, но не был урегулирован до истечения этого срока.<sup>1</sup> В частности, А.П. Артамоновым была предложена следующая оговорка для предотвращения описанных случаев: «если на момент истечения срока действия или прекращения настоящего договора

---

<sup>1</sup> Абрамов В.Ю., Дедиков С.В. Судебно-практический комментарий к страховому законодательству. – М., Волтерс Клувер, 2004

проявление страхового события (убытка) еще продолжалось, настоящим согласовано, что при соблюдении других условий данного договора и при условии, что никакая доля такого убытка не подпадает под возобновляемое перестраховочное соглашение или под другой договор, заменяющий данное соглашение, перестраховщик продолжает нести ответственность, как если бы убыток или ущерб возник до момента истечения срока действия настоящего договора»<sup>1</sup>.

В результате, как отмечают разработчики поправок в ст. 967 ГК РФ в комитете ВСС по перестрахованию, фактически, поощряется неисполнение перестраховщиком своих договорных обязательств.<sup>2</sup> Чтобы исправить подобную ситуацию участникам сделок приходится вводить в договоры специальные и очень сложные по конструкции условия, чтобы компенсировать негативные последствия, вызванные некорректной нормой закона, как например оговорка об автоматической пролонгации срока действия договора перестрахования.

Отметим, что при формировании подхода со стороны арбитражных судов к вопросу определения страхового случая по договору перестрахования основополагающим стало Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28.11.2003 N 75 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с исполнением договоров страхования». Согласно п. 22 указанного письма при отсутствии в договоре соглашения об ином страховом случае по договору перестрахования является факт выплаты перестрахователем страхового возмещения по основному договору страхования.

Так, страховщик (истец) обратился в арбитражный суд с иском к перестраховщику о выплате возмещения в соответствии с договором перестрахования. По мнению истца, страховой случай по договору перестрахования возник в момент наступления страхового случая по основному договору страхования (повреждение имущества). Истец обосновал свой иск следующими доводами: страховой случай произошел в период действия основного договора страхования, сумма ущерба определена надлежащим образом и выплачена страхователю, следовательно, у перестраховщика отсутствуют основания для отказа в выплате.

Перестраховщик (ответчик) ссылаясь на то, что выплата страхового возмещения по основному договору страхования произведена за

---

<sup>1</sup> Артамонов А.П. Практика непропорционального перестрахования. - М.: Издательский дом "Страховое ревю", 2000. с. 60

<sup>2</sup> Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в статью 967 Гражданского кодекса Российской Федерации»/ Комитет Всероссийского союза страховщиков по перестрахованию/ Документ опубликован на сайте Всероссийского Союза Страховщиков по адресу [http://www.ins-union.ru/cgi-bin/cm/get\\_doc.fpl?doc\\_id=2546](http://www.ins-union.ru/cgi-bin/cm/get_doc.fpl?doc_id=2546).

пределами срока действия договора перестрахования, и поэтому страховой случай по последнему договору не наступил.

Рассмотрев материалы дела, суд установил, что страховой случай по договору страхования в виде повреждения имущества наступил до истечения срока действия указанных договоров. Однако страховой случай по договору перестрахования в виде выплаты страхового возмещения произошел по окончании срока действия этого договора. Стороны не предусмотрели ни возможность продления срока действия договора перестрахования для подобных ситуаций, ни иной момент наступления страхового случая по договору перестрахования, поэтому страховщик, правомерно выплативший страховое возмещение за пределами срока действия договора страхования, лишился возможности требовать возмещение от перестраховщика.

Важно подчеркнуть, что в указанном обзоре суд делает еще один вывод, представляющий высокую важность для участников перестраховочного рынка. В соответствии с рассмотренным п. 22 Письма страховым случаем по договору перестрахования суд определил факт выплаты страховщиком страхового возмещения по основному договору страхования, если иное не предусмотрено договором перестрахования. П. 1 ст. 967 ГК РФ такой оговорки не содержит, содержащаяся же в п. 2 ст. 967 ГК РФ оговорка о приоритете договора относится к использованию в отношении договора перестрахования правил, подлежащих применению в отношении страхования предпринимательского риска. Тем самым, суд несколько расширительно трактует положения Гражданского кодекса РФ, уменьшая, таким образом, расхождение между экономическим смыслом определения страхового случая по договору перестрахования и его правовым определением.<sup>1</sup>

Теперь стороны договоры перестрахования могут без опасений признавать страховым случаем, например, факт признания страховщиком претензии страхователя о страховой выплате в конкретном размере, что очень часто просто необходимо при наличии так называемой оговорки о «кассовом убытке», когда страховщик сам не может выплатить страховое возмещение по очень крупному убытку и необходимо, чтобы перестраховщики сначала выплатили страховое возмещение ему, а он, собрав нужную сумму, уже мог выполнить свои обязательства перед страхователем.

Оговорка о «кассовом убытке» возникла в сфере облигаторного перестрахования и пришла в российскую перестраховочную практику с международного рынка перестраховочных услуг. Дедиков С.В., ссылаясь на мировую практику, подчеркивает, эта специфическая оговорка в странах с развитым рынком страхования используется исключительно в договорах

---

<sup>1</sup> Точилин Р. Определение страхового случая по договору перестрахования. // Финансовая газета. – М., 2007. – №34, 35.

облигаторного перестрахования с целью быстрого восстановления страховщиком после осуществления им выплаты страхового возмещения в крупном размере необходимого уровня наличных денежных средств на его счетах.<sup>1</sup> Появление понятия «кассового убытка» обусловлено тем, что в облигаторном перестраховании расчеты между сторонами договора происходят с определенной периодичностью (поквартально, раз полгода, иногда даже раз в год), поэтому страховщику, оплатившему крупный убыток, пришлось бы достаточно длительное время восстанавливать свой денежный баланс за счет текущих поступлений страховой премии, а также инвестиционного дохода, и ждать срока, когда он в соответствии с условиями договора может выставить счет перестраховщику на оплату его доли в убытке. Чтобы сократить разрыв по времени между выплатой значительного по сумме страхового возмещения и получением возмещения от перестраховщика по договору перестрахования и стала применяться рассматриваемая оговорка. Таким образом, одна из целей применения оговорки в договорах облигаторного перестрахования – избежать необходимости отзываться раньше установленного срока свои активы из размещения для осуществления страховых выплат по другим договорам страхования, что несет за собой дополнительные убытки.

Как отмечает Р.Точилин, арбитражные суды в целом поддержали позицию ВАС РФ и сложившаяся на данный момент судебная практика признает главенствующее значение договора в вопросе определения момента наступления страхового случая по договору перестрахования. Нормы ст. 967 ГК РФ применяются по умолчанию лишь в тех случаях, когда в самом договоре не указано иное.

В качестве подтверждения данной позиции приводится решение Арбитражного суда г. Москвы от 22.11.2005 по делу N А40-48157/05-134-427. Истец (перестрахователь) требовал взыскать с ответчика (перестраховщика) сумму задолженности по страховому возмещению по договору факультативного перестрахования, в соответствии с которым были застрахованы имущественные интересы истца, связанные с расходами на выплату страхового возмещения в рамках основного договора медицинского страхования. Однако представленное ответчику бордеро страхового возмещения было оплачено не в полном размере.

Обосновывая свою позицию, ответчик в частности сослался на то, что истец необоснованно включил в бордеро счета, оплату которых он произвел в следующем календарном году, т.е. после окончания срока действия договора факультативного перестрахования.

---

<sup>1</sup> Дедиков С.В. Проблема применения оговорки о «кассовом убытке». // Независимый информационный портал «Интернет-портал о перестраховании в России», расположенный в Интернете по адресу [www.reinsurance.ru](http://www.reinsurance.ru).

В ходе судебного разбирательства истец пояснил, что страховым случаем по договору перестрахования является обращение застрахованного лица по основному договору страхования в течение срока действия договора перестрахования к медицинскому или иному учреждению из числа предусмотренных договором страхования и возникшие в связи с этим обязанности перестрахователя, т.е. истца, осуществить страховую выплату, но не факт выплаты истцом страхового возмещения.

Поскольку данное положение было закреплено в договоре, суд принял сторону истца. При этом суд отметил, что страховым случаем по договору перестрахования является факт наступления страхового случая по основному договору, как было согласовано сторонами при подписании договора перестрахования, а не факт выплаты истцом страхового возмещения по основному договору, как это было бы в случае отсутствия в договоре перестрахования условия об определении страхового случая.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.05.2006 N 09АП-16037/05-ГК, а также Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 28.08.2006 (дело N КГ-А40/7803-06), рассмотревшего дело в кассационной инстанции, решение суда было оставлено без изменения, а кассационная жалоба без удовлетворения.

Однако, даже несмотря на такое расширительное толкование судами ст. 967 ГК РФ при внесении в договор перестрахования положения об определении страхового случая нельзя считать проблему хотя бы отчасти разрешенной. Стороны могут устанавливать различные условия определения страхового случая по заключаемым между ними договорам перестрахования, не позволяющие сделать четкий и ясный вывод о достигнутом соглашении. Это приводит к тому, что суды выносят решения по формальному признаку исходя из определения, содержащегося в п. 1 ст. 967 ГК РФ. В связи с этим интерес представляет решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 17.06.2005 по делу N А56-11265/2005.

Истец (перестрахователь) обратился в суд с иском о взыскании с перестраховщика суммы перестраховочного возмещения по договору факультативного перестрахования, ссылаясь на неправильную оценку формулировки страхового случая, содержащейся в договоре факультативного перестрахования, а также в генеральном договоре о сотрудничестве в области перестрахования.

В ходе рассмотрения данного дела судом было установлено, что между истцом и ответчиком заключен генеральный договор о сотрудничестве в области перестрахования, в соответствии с которым стороны согласовали порядок и условия такого сотрудничества. Стороны

установили, что этот договор составлен в качестве дополняющего и уточняющего условия и применение терминов договора перестрахования или иного документа, его заменяющего. Когда договором перестрахования устанавливаются положения иные, чем предусмотренные генеральным договором о сотрудничестве в области перестрахования, положения последнего применяются в части, не противоречащей соответствующим положениям договора перестрахования, или когда в договоре перестрахования не содержатся (отсутствуют) условия, аналогичные условиям генерального договора о сотрудничестве в области перестрахования.

В соответствии с заключенным между истцом и ответчиком договором факультативного перестрахования истец перестраховал риск доли выплаты страхового возмещения по договору страхования.

Было установлено также, что выплата страхового возмещения по договору прямого страхования была произведена спустя четыре месяца с момента прекращения действия как договора страхования, так и договора перестрахования.

Изучив указанные обстоятельства, суд пришел к выводу, что в данном случае исходя из толкований условий генерального договора о сотрудничестве в области перестрахования и договора факультативного перестрахования застрахован риск выплаты страхового возмещения, принятого на себя истцом по договору страхования. Таким образом, указав, что наступление страхового случая по договору факультативного перестрахования за пределами срока действия этого договора лишает истца возможности требовать возмещения от перестраховщика, суд в иске отказал.

Постановлением Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.12.2005, а также Постановлением Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 09.03.2006, рассмотревшего дело в кассационной инстанции, решение суда было оставлено без изменения, а кассационная жалоба без удовлетворения.

Также п.1 ст. 967 ГК РФ, закрепляющий, что по договору перестрахования могут страховаться только риски страховых выплат, и предполагающий, что страховые случаи по основному договору страхования и договору перестрахования – это разные по смыслу, содержанию и времени наступления события, приводит к еще одному негативному последствию. Формально складывается ситуация, когда возможно заключение договора перестрахования в отношении объектов, по которым уже произошли страховые случаи, но ещё не произведена выплата возмещения, что создает дополнительные условия для нарушения налогового законодательства и противоречит основополагающим принципам страхования, которое осуществляется для защиты от вероятных и случайных событий. В этой



связи В.И. Морозов считает, что событие, рассматриваемое в качестве страхового риска, должно обладать признаками вероятности и случайности его наступления, а с момента наступления страхового случая по основному договору страхования у страховщика возникает обязательство произвести выплату. Следовательно, выплата страховщиком страхового возмещения более не может рассматриваться в качестве предполагаемого случайного события и становится событием закономерным и практически неизбежным.<sup>1</sup>

Подводя итог, еще раз подчеркнем, что существующая правоприменительная и судебная практика, признавая право сторон устанавливать договором иной момент наступления страхового случая по договору перестрахования, пытается сгладить рассматриваемое противоречие и гармонизировать систему отношений на рынке перестрахования. Однако при существовании нормы ст. 967 ГК РФ в ее нынешней редакции неизбежно будут возникать разногласия между различными участниками страхового рынка и надзорными органами, вызванные буквальным прочтением нормы основополагающего закона, регулирующего страховую деятельность в Российской Федерации.

*Дюкина В.Р.*

*Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

### **Организационная структура адвокатуры в Испании**

В Испании осуществление адвокатской деятельности возможно в индивидуальном и коллективном порядке. Чаще всего, адвокаты Испании объединяются в коллегии, членство в которых является для них обязательным. Коллегии образуются на территории Автономных сообществ. Законодательство об адвокатуре предусматривает образование на территории Автономного сообщества одной и более коллегии адвокатов. Коллегии, находящиеся на территории одного Автономного сообщества входят в состав Совета Коллегий соответствующего Автономного сообщества. Советы Коллегий Автономных сообществ формируют Генеральный Совет Адвокатуры Испании.

#### **Правовое положение коллегии адвокатов и Советов Коллегий Автономных сообществ в Испании**

---

<sup>1</sup> Морозов И.В. Страховой случай по договору перестрахования – ходим по кругу. //Юридическая и правовая работа в страховании. – 2006. – №2.

Коллегией адвокатов признается публично-правовой корпорация, признанная государством, обладающая правосубъектностью в полном объеме для осуществления целей деятельности<sup>1</sup>.

Коллегия действует на основе принципов демократии, независимости и самоуправления. Органами коллегии адвокатов являются Председатель (el Decano), Собрание правления коллегии (la Junta de Gobierno) и Общее Собрание (la Junta General). В некоторых случаях, Закон предусматривает создание и Ассамблеи как постоянного органа коллегии.

#### Собрание правления коллегии<sup>2</sup>.

Порядок формирования и полномочия Собрания правления должны быть предусмотрены уставом соответствующей коллегии.

Председатель и другие члены Собрания правления коллегии избираются Общим собранием адвокатов прямым тайным голосованием. Срок полномочий Председателя и иных членов Собрания правления должен быть предусмотрен уставом коллегии, но в любом случае он не должен превышать 5 лет. Законом установлена возможность и повторного избрания на этот пост.

Существует запрет на занятие нескольких должностей в коллегии одновременно. Лица, избранные Общим собранием, обладают правом двойного голоса.

#### Полномочия Собрания Правления коллегии<sup>3</sup>:

а) выносить на референдум вопросы коллегиального значения с применением тайного голосования;

б) принимать решения о приеме лиценциатов права, которые просят о вступлении в коллегию;

в) следить за тем, чтобы члены коллегии вели себя подобающе по отношению к суду, коллегам и своим клиентам, при выполнении своих обязанностей проявляли необходимые прилежание и профессионализм;

г) принимать соответствующие меры и осуществлять необходимые судебные процедуры для пресечения непрофессионализма и др.

#### Общее Собрание и Ассамблея

Общее собрание адвокатов созывается два раза в год, первый раз – в первом триместре года, второй – в последнем. Если Уставом предусмотрено создание Ассамблеи как постоянного органа коллегии, то в этом случае общее собрание созывается один раз в год, в первом семестре года. Кроме того, Общее Собрание может быть собрано по инициативе Председателя, Собрания правления или определенного числа адвокатов - членов коллегии. Процедура созыва и проведения Общего собрания регламентируется

---

<sup>1</sup>Статья 2 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г. (Estatuto General de la Abogacía Española de 22 junio 2001). // www.servilex.com

<sup>2</sup>Статья 48-49 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

<sup>3</sup>Статья 53 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

Уставом соответствующей коллегии. Решения собрания принимаются простым большинством голосов адвокатов, участвующих в собрании. За 15 дней до даты проведения собрания любой из адвокатов – членов коллегии может внести в повестку собрания какой-либо вопрос, требующий рассмотрения.

Основной функцией Ассамблеи коллегии является осуществление контроля финансовой деятельностью коллегии. Порядок формирования и срок полномочий совпадает с Собранием правления коллегии<sup>1</sup>.

Организация и компетенция Совета Коллегий Автономного сообщества регламентируется законодательством соответствующего Автономного сообщества.

Советы Коллегий Автономных сообществ создаются по инициативе самих Коллегий, которые обращаются с предложением, одобренным 3/4 от общего числа адвокатов Автономного сообщества в Генеральный Совет Адвокатуры Испании. При учреждении Совета Коллегий Автономного сообщества Генеральный Совет делегирует часть своих полномочий вновь созданному Совету<sup>2</sup>.

### **Правовое положение Генерального Совета Адвокатуры Испании**

Генеральный Совет Адвокатуры Испании является высшим исполнительным органом, координирующим деятельность адвокатуры Испании в целом. Руководящими органами Генерального Совета являются Пленум, Постоянная Комиссия, Президент, Вице-президент и Генеральный Секретарь.

#### Полномочия Генерального Совета Адвокатуры<sup>3</sup>:

а) избирать президента Генерального Совета адвокатуры и 12 выборных советников;

б) представлять испанскую адвокатуру и быть официальным представителем собрания коллегий адвокатов Испании во всех сферах, включая контакты с подобными организациями других стран;

в) разрешать создание школ юридической практики при коллегиях адвокатов и аттестовывать их, а так же координировать их работу и надзирать за ними;

г) созывать национальные и международные конгрессы адвокатов;

д) разрешать сомнения, которые могут возникнуть при применении правил, изложенных в уставах и регламентах и др.

#### Пленарное заседание Генерального Совета<sup>4</sup>

Пленарное заседание (Пленум) Генерального Совета испанской адвокатуры состоит из следующих лиц, имеющих статус советников:

---

<sup>1</sup>Статьи 55-58 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

<sup>2</sup>Статьи 65-66 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

<sup>3</sup>Статьи 67-68 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

<sup>4</sup>Статьи 70-73 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

1) президент Генерального Совета испанской адвокатуры, избираемый на Пленуме из числа практикующих адвокатов любой коллегии адвокатов Испании;

2) все председатели коллегий адвокатов Испании;

3) президент Генерального совета взаимопомощи адвокатуры и Совета социального обеспечения;

4) председатели советов коллегий адвокатов автономных сообществ, которые не совмещают эту должность с должностью председателя коллегии адвокатов;

5) 12 советников, обладающих большим опытом адвокатской деятельности, избираемых собственноручно Пленумом Совета.

Пленум наделен функциями, которые, согласно существующим законам и уставам, входят в компетенцию Генерального Совета испанской адвокатуры.

Пленум Общего собрания собирается не реже одного раза в 3 месяца по инициативе президента, по собственной инициативе или по просьбе 20 % его членов.

За исключением выборов президента, в которых могут участвовать только советники, являющиеся председателями своих коллегий, все члены Совета обладают равными правами голоса, которые они могут передавать другому члену Совета, принимая постановления простым большинством голосов советников или их представителей, с решающим голосом президента в случае равного распределения голосов.

Однако, для принятия решений в некоторых областях необходимо абсолютное большинство, т.е. проголосовать «за» должны большинство председателей коллегий и их представителей, которые в свою очередь опираются на мнение большинства практикующих адвокатов своих коллегий, тем самым члены коллегий различных областей определяют выбор своего председателя.

Ежегодно в январе месяце каждая коллегия адвокатов должна предоставлять Генеральному Совету испанской адвокатуры реестр действующих членов коллегии по состоянию дел на 31 декабря предыдущего года.

Пленум организует комиссии и проводит прием в их состав советников, определяет порядок их работы и их функции. Также он может учреждать признанные необходимыми специальные комиссии и консультативные органы.

#### Постоянная комиссия<sup>1</sup>

Постоянная комиссия Генерального Совета адвокатуры состоит из:

1) президента Генерального Совета адвокатуры;

---

<sup>1</sup>Статья 74 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

2) вице-президентов, которые руководят обычными комиссиями Пленума советников;

3) президента Генерального совета взаимопомощи адвокатуры и Совета социального обеспечения;

4) казначея или замещающего его помощника казначея;

5) генерального секретаря или замещающего его заместителя секретаря.

О выполнении функций комиссия отчитывается перед следующим Пленумом.

Президент Генерального Совета адвокатуры<sup>1</sup> должен:

1) представлять Генеральный Совет адвокатуры;

2) представлять испанскую адвокатуру и быть официальным представителем собрания коллегий адвокатов Испании;

3) созывать и вести заседания Пленума, постоянной комиссии, обладая правом решающего голоса при решении спорных вопросов, а также и чрезвычайных комиссий и др.

Президент из числа советников назначает вице-президентов, которые должны его замещать в соответствии с порядковым номером Комитета, который они возглавляют, а также генерального секретаря, заместителя секретаря, казначея, помощника казначея.

### **Национальный конгресс испанской адвокатуры<sup>2</sup>**

Национальный конгресс испанской адвокатуры является высшей совещательной инстанцией. Его заключения регулируют работу корпоративных органов испанской адвокатуры. Он созывается Генеральным Советом адвокатуры не реже одного раза в 5 лет.

*Ковыршина Н.А.*

*Научный руководитель - к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

## **Меры принудительного исполнения судебных решений и других актов в РФ и ФРГ**

Предметом рассмотрения настоящей статьи послужат меры принудительного исполнения судебных решений и других актов в Российской Федерации и Федеративной Республике Германии. Обращаясь к этой теме, следует отметить, что Россия реципировала значительную часть германских норм, в частности и положения гражданского процесса. В данный момент на основании сравнительно частых изменений в законодательстве об исполнительном производстве РФ можно сделать вывод, что данная область права находится на стадии окончательного становления. Также сле-

<sup>1</sup>Статья 75 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

<sup>2</sup>Статья 76-77 Генерального Устава Адвокатуры Испании от 22 июня 2001г.

дует отметить, что все положения об исполнительном производстве в ФРГ содержатся в Гражданском процессуальном кодексе ФРГ (далее – ГПК ФРГ),<sup>1</sup> исключая нормы о судебных исполнителях, которые представлены в отдельном федеральном законе и законами федеральных земель Германии о судебных исполнителях.<sup>2</sup>

Исходя из 8 книги ГПК ФРГ «Исполнительное производство» (Zwangsvollstreckung) можно выделить следующие виды этой деятельности: исполнительное производство по имущественным требованиям и исполнительное производство по иным требованиям, что обусловлено большой значимостью так называемого «денежного» исполнения, множеством его способов и большой сложностью его механизмов<sup>3</sup>. В то же время исполнительное производство по имущественным требованиям делится на принудительное исполнение:

- в отношении движимых вещей
  - а) отдельных вещей
  - б) в отношении имущественных прав
- в отношении недвижимых вещей.

Привлекают внимания положения о принудительном исполнении в отношении имущественных прав. Законодатели Германии значительно облегчили обращение взыскания на имущественные права, что делает данную меру принудительного исполнения судебного решения эффективнее, чем обращение взыскания на движимое имущество. Данное принудительное исполнение может реализоваться путем обращения взыскания на право требования должника в отношении третьих лиц, так называемого «третьего должника». Главными условиями для объектов взыскания являются направленность права требования на получение денежной суммы, принадлежность должнику конкретного исполнительного производства и передаваемость такого права<sup>4</sup>. В качестве примера можно привести право требования уплаты определенной суммы по договору, получения заработной платы, а также права интеллектуальной собственности, которые носят имущественный характер<sup>5</sup>.

Конечно же, существуют ограничения на применения данной меры принудительного исполнения. Примером может служить запрет на нало-

---

<sup>1</sup> Текст Гражданского процессуального кодекса ФРГ (Zivilprozessordnung, ZPO) см. по адресу <http://www.zivilprozessordnung.de>

<sup>2</sup> Закон ФРГ о судебных исполнителях 1969 г., Rechtspflegengesetz (RPFIG) см. по адресу <http://www.rechtspflegerseite.de>

<sup>3</sup> Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006, 32-34.

<sup>4</sup> Hans Brox / Wolf-D. Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, Carl Heymanns Verlag KG – Koeln, 2003. S. 304-308.

<sup>5</sup> Мойсеенко А.М. Обращение взыскания на права требования и иные имущественные права должника как мера принудительного исполнения в ФРГ. // <http://www.spbpravo.ru>

жение ареста на определенный размер месячной заработной платы менее тысячи евро.

Данную меру принудительного исполнения осуществляют специальные должностные лица – работники суда, которые накладывают арест на право и реализуют его, что выражается в переводе права требования на взыскателя. Также суд может провести реализацию имущественного права путем проведения публичных торгов, что часто используется в случае возможности извлечения большей выгоды, чем просто перевод права.

К исполнительному производству по иным требованиям в основном относятся решения о выдаче вещи из чужого незаконного владения и совершения либо воздержания от совершения каких-либо действий. Исполнительное производство характеризуется здесь тем, что вещи, изымаемые из чужого незаконного владения, в большинстве своем не имеют определенного истцом денежного эквивалента, поэтому судебный исполнитель должен изъять именно указанную вещь, реализация такой вещи на торгах и компенсация в виде денежной выручки не допускается.

В праве Российской Федерации превалирует теория отнесения исполнительного производства к стадии гражданского процесса, поэтому источниками данной сферы правового регулирования являются Гражданский процессуальный кодекс РФ 2002 г.,<sup>1</sup> который определяет в основном действия суда после вынесения решения, Федеральный Закон РФ «Об исполнительном производстве» 2007 г. (далее – ФЗ «Об исполнительном производстве»),<sup>2</sup> а также Федеральный Закон «О судебных приставах» 1997 г.<sup>3</sup> ФЗ «Об исполнительном производстве» мерами принудительного исполнения называет:

- 1) обращение взыскания на имущество должника, в том числе на денежные средства и ценные бумаги;
- 2) обращение взыскания на периодические выплаты, получаемые должником в силу трудовых, гражданско-правовых или социальных правоотношений;
- 3) обращение взыскания на имущественные права должника, в том числе на право получения платежей по исполнительному производству, в котором он выступает в качестве взыскателя, на право получения платежей по найму, аренде, а также исключительные права и на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, права требования по договорам об отчуждении или использовании исключительного права на результат интеллектуальной деятельности и средство индивидуализа-

---

<sup>1</sup> Гражданский процессуальный Кодекс РФ (ГПК РФ) от 14.11. 2002 № 138-ФЗ. // <http://www.consultant.ru>

<sup>2</sup> ФЗ РФ «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 № 229-ФЗ. // <http://www.consultant.ru>

<sup>3</sup> ФЗ РФ «О судебных приставах» от 21.07.1997 № 118-ФЗ. // <http://www.consultant.ru>

ции, право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, принадлежащие должнику как лицензиату;

4) изъятие у должника имущества, присужденного взыскателю;

5) наложение ареста на имущество должника, находящееся у должника или третьих лиц, во исполнение судебного акта об аресте имущества;

6) обращение в регистрирующий орган для регистрации перехода права на имущество, в том числе на ценные бумаги, с должника на взыскателя в случаях и порядке, устанавливаемом рассматриваемым ФЗ<sup>1</sup>;

7) совершение от имени и за счет должника действия, указанного в исполнительном документе, в случае, если это действие должно быть совершено без личного участия должника;

8) принудительное выселение взыскателя в жилое помещение;

9) принудительное выселение должника из жилого помещения;

10) освобождение нежилого помещения, хранилища от пребывания в них должника и его имущества;

11) иные действия, предусмотренные ФЗ или исполнительным документом.

Обращение взыскания на имущество должника включает изъятие имущества и (или) его принудительную реализацию либо передачу взыскателю. В первую очередь производится взыскание на денежные средства должника, при отсутствии или недостаточности такого обращается взыскание иное имущество, принадлежащее должнику на праве собственности, хозяйственного ведения, оперативного управления, за исключением имущества, изъятого из оборота или ограниченного к взысканию в соответствии с ФЗ, то есть на них не может быть обращено взыскание ни при каких обстоятельствах. Денежные средства изымаются, арестовываются и перечисляются на депозитный счет подразделения судебных приставов. При обращении взыскания на дебиторскую задолженность происходит переход к взыскателю права должника на получение такой задолженности. Если обращается взыскание на имущество должника, то оценка такого имущества производится судебным приставом-исполнителем по рыночным ценам с привлечением оценщика в определенных законом случаях, а также при несогласии сторон с произведенной оценкой имущества.

Реализация имущества должника производится путем его продажи специализированными органами, которые размещают информацию о реализуемом имуществе в средствах массовой информации. Реализация происходит преимущественно на открытых торгах в форме аукциона.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что новый ФЗ «Об исполнительном производстве» расширил меры принудительного исполнения, а также дополнил положения о них, что позволяет результативно про-

---

<sup>1</sup> ФЗ РФ «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 № 229-ФЗ.//<http://www.consultant.ru>  
194



вести принудительное исполнение судебных решений и иных актов. Данные нормы облегчили проведение исполнительных действий, что сокращает их количество и время реализации. Конечно, можно сказать, например, о негативных последствиях для взаимоотношений должника с его должником при обращении взыскания на имущественные права требования ко второму должнику, у которого могут возникнуть неблагоприятные экономические последствия, но в значительной мере нововведения заполнили пробелы в законодательстве и в очередной раз обеспечивают гарантии защиты прав взыскателя. Можно сказать, что Россия опять заимствовала опыт немецких правоведов, в связи с чем, имеются наглядные примеры того, что нормы ФЗ «Об исполнительном производстве» 2007 г. станут эффективными мерами принудительного исполнения судебных решений и других актов.

*Константинова О.А.*

*Научный руководитель – к.ю.н., ст. преподаватель Иванов А.С.*

### **Виды альтернативного разрешения споров в Германии. Каким образом наиболее эффективно разрешить споры с контрагентами?**

Число дел, рассматриваемых в рамках гражданского процесса в Германии, все возрастает, а сроки их рассмотрения все удлиняются. В связи с невозможностью увеличения штата судей по гражданским делам вследствие нехватки государственного финансирования, предприниматели задаются вопросом, каким образом можно наиболее эффективно разрешить споры с контрагентами.

В качестве альтернативы государственному суду выступает арбитражное разбирательство. Условием для обращения к нему, прежде всего, является заключение соглашения о передаче спора в арбитражный институт при подписании основного договора на случай возникновения правового спора между сторонами в последствии. При этом возможность обращения к судам общей юрисдикции исключается.

Таким образом, деловым партнерам рекомендуется заключать арбитражное соглашение при подписании контракта. Такие соглашения на сегодняшний день довольно часто встречаются в договорах об учреждении коммерческих обществ, договорах, связанных со строительством, но по большей части – в договорах купли-продажи и подряда. В договорах коммерческого представительства наличие оговорки об обращении к арбитражному разбирательству уже стало правилом. При этом наиболее часто

соглашение о передаче дела в арбитраж встречается при заключении договоров с иностранными партнерами.<sup>1</sup>

Следует отметить очевидность обособленного положения арбитража в системе альтернативного разрешения споров. По своей сущности арбитраж более близок к процедуре рассмотрения споров в судах, чем к несудебным формам. По мнению Носыревой Е.И., сходство с судебным разбирательством заключается в том, что в основе арбитража также лежит принцип состязательности сторон, а арбитр выполняет квазисудебные функции: исследует доказательства, устанавливает факты, выносит решение, которое по своей юридической силе приравнивается к решению государственного суда.<sup>2</sup> Арбитраж – "это, по сути, досудебное (а точнее, внесудебное с точки зрения институтов государства) принятие решения. Здесь стороны свою ответственность, свою волю передают другому нейтральному, незаинтересованному лицу или группе лиц".<sup>3</sup> По мнению ряда исследователей, арбитраж представляет собой «частную версию» традиционного правосудия и по своим последствиям существенным образом отличается от других альтернативных процедур, целью которых является не вынесение окончательного решения, а достижение соглашения.

В отличие от судебной системы альтернативные процедуры обладают рядом преимуществ, на которые обращают внимание исследователи. К таким преимуществам можно отнести гибкость, неформальность процедур, их экономичность с точки зрения времени и финансов, возможность выбора нейтрального лица при разрешении спора между сторонами, конфиденциальность и др. При этом Носырева отмечает, что «альтернативными» процедурами иногда признаются только такие способы урегулирования споров, которые носят консенсуальный характер, основаны на сотрудничестве сторон и направлены на достижение соглашения (примирительные процедуры).<sup>4</sup>

Примирительные процедуры широко востребованы и в гражданском и в корпоративном праве. В некоторых странах они постепенно интегрируются в судебные процедуры. К примеру, опыт Германии в этом направлении российскими учеными расценивается как положительный и возмож-

---

<sup>1</sup> Claudia Simon: Schiedsgerichtsbarkeit – günstige Alternative zum ordentlichen Gericht. // ИНК-Мerkblatt „SONSTIGES“ –Nr. 2, Dezember 2006, S. 1.

<sup>2</sup> Носырева Е.И. Примирительные процедуры и международный коммерческий арбитраж. // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. // Сборник статей к 75-летию международного коммерческого арбитражного суда при торгово-промышленной палате Российской Федерации. / Под ред. Комарова А.С. – М.: «Статут», 2007. С. 301-302.

<sup>3</sup> Минх Г.В. Участие юридического сообщества в совершенствовании законодательства в области альтернативного разрешения споров (внесудебное разрешение споров – медиация). Материалы «круглого стола», прошедшего 17.10.2006 г. в Белом зале Совета Федерации // Приложение к Журналу «Медиация и право», № 2 (Ноябрь 2006). С. 24.

<sup>4</sup> Носырева Е.И. Указ. Соч. С. 300.

ный пример для подражания. С точки зрения предметных сфер институт медиации и примирения более универсален, нежели традиционно предполагают российские ученые. Он включает и гражданско-правовые, и трудовые, и семейные правоотношения, а порой, затрагивает и область административного права. В ряде стран он используется и в других, «более тяжелых» публично-правовых сферах – с той или иной степенью успешности.

Разбирательство в арбитражных судах ФРГ урегулировано нормами Германского Гражданского процессуального уложения: раздел «Общие Положения» распространяет свое действие как на разбирательство в государственных судах, так и в арбитражных. Немецкое законодательство указывает на универсальность правил арбитражного разбирательства как в отношении внутренних, так и внешнеэкономических споров между юридическими лицами и предпринимателями.<sup>1</sup>

В подавляющем большинстве торгово-промышленные палаты Германии, при которых функционируют арбитражные суды, также оказывают дополнительные услуги по посредничеству в урегулировании возникших споров. Зачастую данные услуги оказываются лицами, которые включены в примерные списки арбитров соответствующих судов, а нередко также адвокатами. Необходимым условием является наличие согласия сторон спора о передаче спора для урегулирования данным учреждением. Такая практика позволяет не только экономить время и денежные средства, но и разгрузить суды (как государственные, так и арбитражные) от избытка дел, по своему существу незначительных и рутинных.

Несмотря на существование в Германии различных методов альтернативного разрешения споров, наиболее эффективными признаются примирение и медиация. При этом следует отметить, что учреждения, оказывающие сторонам услуги по проведению примирительных процедур, имеют, как правило, единые регламенты проведения процедур медиации/примирения.<sup>2</sup> Тем не менее, данные процедуры имеют некоторые существенные различия.

*Примирение.* Данная процедура представляет собой внесудебное урегулирование правовых споров между спорящими сторонами путем принятия компромиссного решения, предложенного нейтральной стороной. Процедура примирения используется в Германии для разрешения споров, возникающих во всех отраслях права. К ней прибегают в том случае, когда стороны не могут прийти к согласию на основании договора, несмотря на то, что желают или даже вынуждены это сделать. В таких случа-

---

<sup>1</sup> § 1025 абз. 1, 2 ГПУ ФРГ (немецкий закон применяется в том случае, если место арбитражного разбирательства находится на территории Германии; каких-то ограничений по кругу лиц, споры между которыми могут быть рассмотрены арбитражными судами, не предусмотрено).

<sup>2</sup> См., например, Правила медиации/примирения Немецкого Арбитражного Института, действующие с 1 января 2002 г.

ях к разрешению спора привлекается посредник, которому необходимо выдвинуть предложение по примирению сторон, а также предложить вариант соглашения, устраивающий обе стороны. После назначения примирительной процедуры такое предложение становится обязательным и незамедлительно закрепляет договоренности между сторонами (как, к примеру, обязательное примирительное производство по спорам в сфере права предприятий, арбитражное разбирательство в сфере медицинского страхования – в соответствии с § 89 Кодекса социальных законов<sup>1</sup>), либо же посредник может выдвинуть лишь одно, необязательное предложение, которое впоследствии либо принимается, либо отклоняется сторонами (к примеру, в сфере коллективных трудовых договоров, а также согласно § 317 Гражданского Уложения и при использовании добровольных примирительных процедур в коммерческом арбитраже).<sup>2</sup>

*Медиация.* Это форма добровольного урегулирования споров между двумя или несколькими сторонами с помощью стоящего вне конфликта посредника-медиатора. Своей целью медиация имеет нахождение приемлемого сторонами решения спора между ними самостоятельно, без предложения конкретного варианта решения третьей стороной. Медиация имеет характер устной, не требующей особых затрат процедуры.<sup>3</sup>

Процедуры медиации и примирения различаются как теоретически, так и по способу проведения самих процедур. При этом следует отметить, что медиация, так же как и примирение, является особой формой альтернативного разрешения споров при участии третьего лица. Однако посредник при медиации не имеет каких-либо полномочий в отношении предмета спора. При оценке позиций сторон он не делает какого-либо предложения для разрешения или преодоления спора. Медиация является процедурой, поэтапно осуществляемой медиаторами. Они организуют общение между сторонами и выявление их интересов с той целью, чтобы они самостоятельно нашли решение для выхода из конфликтной ситуации – спора. Стороны при поддержке профессионального медиатора находятся в таком положении, что могут самостоятельно решить или урегулировать свой спор, вместо того, чтобы возлагать обязанность найти устраивающее их решение на третье лицо. При этом следует подчеркнуть, что часто стороны сталкиваются с необходимостью делать выбор «или – или», в том числе – по отношению к изначальному предмету спора, чтобы иметь возможность в будущем найти такое решение спора, которое в равной степени и достаточно определенно отвечает их интересам.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> § 89 SGB V.

<sup>2</sup> Trenczek, T.: Leitfaden zur Konfliktmediation; ZKM 2005, S. 193 ff.

<sup>3</sup> Claudia Simon: Schiedsgerichtsbarkeit – günstige Alternative zum ordentlichen Gericht. // IHK-Merkblatt „SONSTIGES“ –Nr. 2, Dezember 2006, S. 5.

<sup>4</sup> Besemer, Christoph: *Mediation. Vermittlung in Konflikten*. Stiftung Gewaltfreies Leben/Werkstatt für Gewaltfreie Aktion, Königfeld 2002, 9. Aufl.

Процедуры примирения и медиации используются при разрешении споров, вытекающих из коммерческой деятельности обеих сторон. Примирительные процедуры могут использоваться в любом споре и, следовательно, при любом разногласии внутри или между компаниями. В качестве примеров их применения в Германии Петра Падберг выделяет следующие несколько областей в сфере экономики.<sup>1</sup>

Во—первых, внутренние конфликты:

1. разногласия между подчиненными и руководителями или между сотрудниками одного уровня,
2. разногласия между отделом одного предприятия и руководством компании или между отделами,
3. споры между предприятием концерна и руководством концерна или между предприятиями одного концерна,
4. споры между представителями наемных работников и руководством предприятия.

Во-вторых, - внешние конфликты:

1. споры по поводу договоров о поставках или о кооперации,
2. споры между преемниками компании, например, наследниками,
3. споры между владельцами долей в компании,
4. конфликты после слияний,
5. разногласия после неудавшихся поглощений компаний.

Подводя итог, следует отметить, что примирительные процедуры имеют целый ряд преимуществ перед другими методами разрешения споров:

1. Экономия времени и денежных средств обеими сторонами;
2. Нахождение решения с перспективой на дальнейшее сотрудничество, а не просто преодоление имевшего место в прошлом конфликта;
3. Большая свобода действий при проведении процедуры, в связи с отсутствием необходимости соблюдать процессуальные требования;
4. Сохранение деловых отношений с контрагентом;
5. Полный контроль сторон за ходом процедуры и необходимыми издержками, так как любая из сторон вправе в любой момент заявить об окончании примирительной процедуры;
6. Четкое соблюдение посредником сроков проведения процедуры;
7. Наибольшее соблюдение конфиденциальности, в связи с не публичным характером процедуры;
8. Применимость процедуры к спорам различного характера;
9. Возможность приступить к процедуре немедленно;
10. Отсутствие ограничений по предмету спора, основанных на

---

<sup>1</sup> Падберг Петра. Примирение и его близнецы. // Медиация и право. - № 2 (Ноябрь 2006). - С. 55-58.

имеющих значение с точки зрения права обстоятельствах.

Таким образом, примирительные процедуры и, в особенности, медиация, среди методов альтернативного разрешения споров обладают особенно большим потенциалом, и не только по той причине, что с их помощью в рамках самостоятельной законченной процедуры можно эффективно разрешать споры, но и благодаря возможности их комбинирования с другими внесудебными процедурами в целях нахождения решений самого различного свойства.

*Куваева А.  
Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

### **Понятие и источники правового регулирования арбитража в Испании**

Вопросы арбитражного разбирательства частноправовых споров в Испании регулируются главным образом Законом об арбитраже № 60 от 23 декабря 2003 года (далее Закон 2003 года). Данный Закон соответствует Конституции Испании 1978 года и основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли) от 21 июня 1985 года, что отмечено в Преамбуле Закона 2003 года, с тем, однако, отличием, что сфера применения испанского закона не ограничена международным коммерческим арбитражем. Закон 2003 года применяется к разрешению споров внутреннего и международного характера, имеющих место на территории Испании. При рассмотрении споров международного характера испанский закон применяется постольку, поскольку он не противоречит ратифицированным Испанией международным договорам.

Закон 2003 года не содержит определения понятия «арбитраж», в отличие от ранее действовавшего «Закона об арбитраже» №36 от 5 декабря 1988<sup>1</sup>, однако определение данного понятия можно вывести из содержания его статей:

1) арбитраж представляет собой институт, посредством которого «физические и юридические лица могут по предварительному соглашению передавать на разрешение одного или нескольких арбитров споры, которые возникли или могут возникнуть при осуществлении ими гражданских правоотношений, если это не противоречит закону»<sup>2</sup>;

2) основой арбитража выступает арбитражное соглашение, существующее отдельно или включенное в основной договор, которое «обязывает стороны исполнять решение арбитража и запрещает арбитрам разрешать

---

<sup>1</sup> Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (art. 1).

<sup>2</sup> Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (art. 1).

переданный в арбитраж спор, если заинтересованная сторона заявляет отвод»<sup>1</sup>;

3) «вынесенное решение окончательно и должно быть исполнено»<sup>2</sup>;

4) если решение не было исполнено, можно требовать его принудительного исполнения<sup>3</sup>.

Перечисленные положения определяют основы арбитража. Таким образом, стороны могут договориться о передаче споров, которые уже возникли или могут возникнуть между ними в будущем в результате конкретных гражданских правоотношений, на рассмотрение арбитров с тем, что принятое решение окончательно и должно быть исполнено сторонами. При этом Закон 2003 года запрещает обычным судам заниматься переданным на рассмотрение арбитража спором<sup>4</sup>, хотя и допускает обращение любой из сторон в суд до или после начала арбитражного разбирательства с просьбой о принятии обеспечительных мер<sup>5</sup>.

Обратимся к международному арбитражу. Определяющими для него являются следующие характеристики: если международным договором Испании установлены иные правила, чем предусмотренные Законом 2003 года, то применяются правила международного договора<sup>6</sup> (данное положение действует в силу конституционного принципа иерархии нормативных актов<sup>7</sup>); в аспекте международного права зачастую институт арбитража направлен не столько на разрешение спора, сколько на толкование арбитрами положений договора или их применение в изменившихся обстоятельствах<sup>8</sup>; наконец, в международном арбитраже, за исключением имевшего место на территории Испании, решения не имеют прямого действия, если только это не предусмотрено требованиями экзекватуры для его признания и исполнения в государстве, где оно должно быть исполнено<sup>9</sup>.

Испанские авторы выделяют следующие характерные черты арбитража:

1. Арбитраж представляет собой институт, соединяющий в себе совокупность взаимосвязанных элементов, направленных на достижение общей цели – разрешение спора. Названными элементами являются: арбитражное соглашение, которое связывает стороны с арбитражем и содер-

---

<sup>1</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 11.1).

<sup>2</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 43).

<sup>3</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 45.1), Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (art. 517.2, 2).

<sup>4</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 11.1).

<sup>5</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 11.3).

<sup>6</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 1.1).

<sup>7</sup> Constitución Española 1978, de 27 de diciembre (art. 96.1).

<sup>8</sup> Calvo Caravaca-Fernandez de la Gandara, Arbitraje comercial internacional, Madrid 1989 (pags. 25-28).

<sup>9</sup> Faustino Cordon Moreno, “El Arbitraje de Derecho Privado”, (Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), Editorial Aranzadi, 2005 (pag. 31).

жит типичные для него положения, прежде всего о невозможности рассмотрения спора судебными органами; соглашение о передаче спора на рассмотрение арбитража и о принятии арбитражем спора на рассмотрение, посредством которого стороны наделяют арбитраж властью разрешать спор; и арбитражный процесс, который завершается вынесением арбитражного решения, окончательного и подлежащего исполнению.

2. Основанием арбитража является спор, причем не обязательно уже возникший, но который также может возникнуть в будущем в связи с конкретным правоотношением<sup>1</sup>. Таким образом, не исключается превентивная функция арбитража, хотя главным образом действие данного института направлено на разрешение уже возникшего спора.

3. Характерной чертой арбитража является разрешение спора лицом, не являющимся судьей, причем его решение наделяется силой судебного решения, хотя для его исполнения требуется власть судебных органов. Сделав акцент на силе арбитражного решения, мы можем говорить о развитии в институте арбитража частноправовой юрисдикции. Однако существует также мнение о не вполне правильном употреблении данного выражения, так как в соответствии с Конституцией Испании 1978 года<sup>2</sup>, осуществление судебной власти относится исключительно к ведению судей и судов, а арбитраж рассматривается только в качестве эквивалента судебной власти, и таким образом полномочия арбитра носят квазисудебный характер.

4. Решение о применении арбитража в качестве института для разрешения споров принимают стороны, которые заранее определяют арбитров: «автономия воли сторон определяет сущность и основание института арбитража, в связи с чем арбитраж сопровождается исключением возможности судебного рассмотрения»<sup>3</sup>. В Постановлении Конституционного Суда №259 говорится: «Пределы действия арбитража определяются автономией воли сторон, которая является его основанием и побудительной причиной. Таким образом, вопросы, по которым стороны не обладают автономией воли, не подпадают под действие арбитража»<sup>4</sup>.

В ином порядке регулируется арбитраж, не подпадающий под действие Закона 2003 года (к примеру, трудовой арбитраж<sup>5</sup>).

Остается дискуссионным вопрос как в отношении внутреннего, так и в отношении международного арбитража, а именно: носит ли арбитраж правовой или же договорный характер<sup>6</sup>. Сторонники обеих позиций исхо-

---

<sup>1</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 9.1).

<sup>2</sup> Constitución Española 1978, de 27 de diciembre (art. 117).

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 abril.

<sup>4</sup> Auto del Tribunal Constitucional 259/1993, de 20 de Julio.

<sup>5</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 1.4).

<sup>6</sup> Manuel Serra Domínguez, Naturaleza jurídica del arbitraje, "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona 1969 (pag. 371).



дят из того, что арбитраж основывается на автономии воли сторон. Но если для приверженцев теории договорной природы арбитража эта автономия воли является определяющей в процессе его развития, то для их противников возникновение арбитража влечет договорное замещение обычной юрисдикции разрешением спора посредством арбитражного решения, имеющего силу судебного решения<sup>1</sup>.

Закон придерживается монистической системы регулирования, то есть внутренний и международный арбитраж регулируется единым законом, хотя в нем имеются правила, применимые только к международному арбитражу, в частности: иная система источников (ст. 34.2 Закона 2003 года); арбитр не обязательно должен быть практикующим юристом (ст. 15.1 Закона 2003 года); вопросы действительности арбитражного соглашения (ст. 9.6 Закона 2003 года); если одна из сторон является государством или обществом, организацией или предприятием, контролируемым государством, то эта сторона не может ссылаться на положения своего права в целях уклонения от исполнения обязательств, вытекающих из арбитражного соглашения (ст. 2.2 Закона 2003 года).

По праву Испании источники арбитража делятся на внутренние и международные. К числу внутренних источников относится Закон об арбитраже 2003 года, применимый к международному арбитражу, находящемуся на территории Испании. Стоит также отметить, что арбитражное производство осуществляется в Испании в соответствии с положениями действующей Конституции Испании 1978 года. Закон об арбитраже 2003 года указывает также на необходимость соблюдения норм испанского «Закона о гражданском судопроизводстве» от 7 января 2000 года, а в некоторых случаях (например, при разрешении вопроса принудительного исполнения арбитражного решения) напрямую отсылает к статьям данного закона.

Среди источников международного характера большое значение имеют ратифицированные Испанией многосторонние соглашения. Одним из них является Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, ратифицированная Испанией в 1977 году<sup>2</sup>. В соответствии со ст. VII.2 данной конвенции, она заменяет Женевский Протокол 1923 года, посвященный арбитражным оговоркам, и Женевскую конвенцию об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 года. Еще одним источником является Женевская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1961 года, ратифицированная Испанией в 1975 году.

Испания связана и другими многосторонними соглашениями, рассматривающими арбитраж в качестве способа разрешения споров и имею-

---

<sup>1</sup> Guasp Jaime, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona 1956 (pag. 20).

<sup>2</sup> Boletín Oficial del Estado de 11 de Julio de 1977.

щими более узкую сферу применения, а также двусторонними договорами о признании и приведении в исполнение судебных и арбитражных иностранных решений.

Таким образом, испанский «Закон об арбитраже» №60 от 23 декабря 2003 года, основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже от 21 июня 1985 года, придерживается монистической системы регулирования внутреннего и международного арбитража единым законом.

*Моргоева Е.В.*

*Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ульянищев В.Г.*

### **Порядок заключения договора аренды лесного участка по законодательству Российской Федерации**

Лес является одним из важнейших природных ресурсов страны. В связи с этим задачей российского государства наряду с удовлетворением потребностей населения в лесе, организации работы по воспроизводству, охране, защите и недопущению истощения леса и обеспечением его экологического благополучия является создание условий эффективного использования лесов с экономической и правовой точки зрения.

Впервые понятие «лес» было сформулировано во введенных в действие 17 апреля 1993 года Основах лесного законодательства Российской Федерации. В преамбуле этого кодифицированного законодательного акта предусматривалось, что лес-это совокупность земли, древесной, кустарниковой и травянистой растительности, животных, микроорганизмов и других компонентов окружающей природной среды, биологически взаимосвязанных и влияющих друг на друга в своем развитии<sup>1</sup>.

Сегодня законодатель определяет лес как экологическую систему или как природной ресурс.

На сегодняшний день правоотношения по предоставлению лесных участков в аренду регулируются Лесным кодексом Российской Федерации от 04 декабря 2006 года № 200-ФЗ (далее - Лесной кодекс РФ 2006г.), а также комплексом нормативных правовых актов, как федеральных, так и актов субъектов Федерации.

Лесной кодекс РФ 2006 г. введен в действие с 01 января 2007 года и применяется к отношениям, возникшим после дня введения его в действие.

Это значит, что если правоотношения возникли до 01 января 2007 года, то к ним применяются подзаконные акты Лесного кодекса РФ 1997

---

<sup>1</sup> Комментарий к Лесному кодексу, изд. 2-е, доп./Под общ. ред. Н.В. Комаровой, В.П. Рошупкина. - М.: ВНИИЛМ, 2007. С. 36

года в части, не противоречащей новому кодексу. В подтверждение этих слов следует привести статью 13 Федерального закона «О введении в действие Лесного кодекса Российской Федерации» от 04.12.2006 № 201-ФЗ, которая устанавливает, что до приведения в соответствие с Лесным кодексом РФ законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих лесные отношения, федеральные законы и иные нормативные правовые акты РФ, а также акты законодательства Союза ССР, действующие на территории Российской Федерации в пределах и в порядке, которые предусмотрены законодательством РФ, применяются постольку, поскольку они не противоречат Лесному кодексу РФ 2006 г.

Лесной кодекс Российской Федерации предусматривает возможность заключения договора аренды лесного участка только по результатам аукциона по продаже права на заключение договора. Исключение из этого правила составляют случаи:

- а) использование лесов для выполнения работ по геологическому изучению недр и разработки месторождений полезных ископаемых;
- б) использование лесов для строительства и эксплуатации водохранилищ и иных искусственных водных объектов, а также гидротехнических сооружений и специализированных портов;
- в) использование лесов для строительства, реконструкции и эксплуатации линий электропередачи, линий связи, дорог, трубопроводов и других линейных объектов;
- г) реализация приоритетных инвестиционных проектов в области освоения лесов.

В Основах лесного законодательства Российской Федерации 1993г. и в Лесном кодексе Российской Федерации 1997г. предусматривалось заключение договора аренды на торгах в форме аукциона или конкурса.

До введения в действие Лесного кодекса Российской Федерации от 4 декабря 2006 года № 200-ФЗ порядок проведения аукционов регулировался статьей 44 Лесного кодекса Российской Федерации от 29 января 1997 года № 22-ФЗ, а также Порядком организации и проведения лесных аукционов, утвержденным приказом Министерства природных ресурсов Российской Федерации от 14 апреля 2005 года № 97 (далее - Порядок). В этот период договоры аренды лесных участков преимущественно заключались по результатам конкурсов, аукционная форма заключения договора практически не применялась<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Суздальцева Е.В. К вопросу о правовом регулировании порядка предоставления лесного участка в аренду. // Правовая политика государства. Сборник научных статей. - Пенза, 2006, вып 3. С.160.

Со вступлением в силу Лесного кодекса Российской Федерации 2006г. ситуация кардинально изменилась.

В настоящее время, порядок проведения лесных аукционов подробно регулируется гл. 8 Лесного кодекса Российской Федерации, а также положениями об аукционе, содержащимися в Гражданском кодексе Российской Федерации, в связи с чем, принятие дополнительных нормативных актов, носящих специальный характер, не требуется.

Организатором аукциона по продаже права на заключение договора аренды лесного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, или права на заключение договора купли-продажи лесных насаждений (далее также - аукцион) является продавец права на заключение договора аренды лесного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, или продавец права на заключение договора купли-продажи лесных насаждений либо действующая на основании договора с этим продавцом специализированная организация.

При этом организаторами аукционов являются:

а) в отношении лесных участков, находящихся в собственности субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, - органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации или органы местного самоуправления соответственно;

б) в отношении лесных участков в пределах земель лесного фонда, осуществление полномочий по предоставлению в аренду которых, а также полномочий по организации и проведению аукционов передано органам государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с частью 1 статьи 83 Лесного кодекса Российской Федерации, - органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации;

в) в отношении лесных участков в пределах земель лесного фонда на территории субъектов Российской Федерации, осуществление полномочий по предоставлению в аренду которых, а также полномочий по организации и проведению аукционов не передано органам государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с частью 2 статьи 83 Лесного кодекса Российской Федерации, - Федеральное агентство лесного хозяйства.

В соответствии с п.3 ст. 79 Лесного кодекса Российской Федерации организатор лесного аукциона публикует извещение о проведении лесного аукциона в официальных изданиях органов государственной власти Российской Федерации не позднее, чем за шестьдесят дней до его проведения.

Извещение о проведении аукциона должно содержать сведения:

1) об организаторе аукциона;

2) о предмете аукциона, в том числе о местоположении лесных участков или лесных насаждений, о площади и границах лесных участков, об объеме подлежащих заготовке лесных ресурсов, об обременениях лесных участков, об ограничении использования лесов, о кадастровых номерах лесных участков, о видах и об установленных лесохозяйственным регламентом параметрах использования лесов;

3) о месте, датах начала и окончания срока подачи заявок на участие в аукционе и дате проведения аукциона;

4) о начальной цене предмета аукциона;

5) об официальном сайте, на котором размещена документация об аукционе;

б) о сроке, в течение которого по результатам аукциона должен быть заключен договор аренды лесного участка, находящегося в государственной

или муниципальной собственности.

Одновременно с размещением извещения о проведении аукциона его организатор обеспечивает размещение документации об аукционе на официальном сайте, где эта документация должна быть доступна для ознакомления всем заинтересованным лицам<sup>1</sup>.

В п. 8 ст. 79 Лесного кодекса Российской Федерации приводится закрытый перечень оснований для отказа в допуске к участию в аукционе. Такими основаниями являются:

1) представление заявки, не соответствующей установленным требованиям;

2) представление заявки лицом, которому в соответствии с федеральными законами не могут быть предоставлены лесные участки;

3) осуществление в отношении заявителя (юридического лица или индивидуального предпринимателя) процедур банкротства;

4) нахождение заявителя - юридического лица в процессе ликвидации или прекращение заявителем-гражданином деятельности в качестве индивидуального предпринимателя;

5) непоступление задатка на счет, указанный в документации об аукционе, после окончания срока подачи заявок на участие в аукционе.

Гражданин или юридическое лицо вправе принять участие в конкурсе, подав заявку в установленной форме с комплектом установленных законодательством документов.

Организатор аукциона ведет протокол приема заявок на участие в аукционе, который должен содержать сведения о заявителях, о датах начала и окончания срока подачи заявок, о внесенных задатках, а также сведения о заявителях, не допущенных к участию в аукционе, с указани-

---

<sup>1</sup> Комментарий к Лесному кодексу. / Под ред. Н.В. Комаровой, В.П. Рощупкина. - М., ВНИИЛМ, 2007. С. 512.

ем причин отказа в допуске к участию в аукционе. Протокол приема заявок на участие в аукционе подписывается организатором аукциона в течение одного дня после даты окончания срока подачи таких заявок. Заявитель становится участником аукциона с момента подписания организатором аукциона указанного протокола.

В течение десяти рабочих дней со дня подписания протокола аукциона стороны подписывают договор аренды лесного участка.

Таким образом, как было отмечено ранее договор аренды лесного участка относится к числу договоров, которые подлежат государственной регистрации в соответствии с Федеральным законом от 21.07.1997 № 122-ФЗ. В силу этого договоры аренды лесного участка считаются заключенными с момента их регистрации.

При этом следует иметь в виду, что акт приема-передачи лесного участка в аренду должен быть подписан сторонами в течение двадцати дней с момента государственной регистрации соответствующей сделки.

Указанные обстоятельства имеют важное юридическое значение, поскольку пункт 10 формы примерного договора аренды лесного участка предоставляет арендатору право приступать к использованию лесов не с момента государственной регистрации аренды, а с момента подписания сторонами акта приема-передачи лесного участка в аренду (при условии наличия проекта освоения лесов с положительным заключением государственной или муниципальной экспертизы).

С вступлением в силу Лесного кодекса РФ 2006 г., такой правовой институт лесного законодательства как право лесопользования претерпел наиболее принципиальные изменения, а именно:

1) произошло расширение сферы гражданско-правовых отношений: практически главным основанием возникновения права лесопользования стал гражданско-правовой договор;

2) сняты административные барьеры через отмену лесорубочных (лесных) билетов (после 2009 года) путем перехода от разрешительного к уведомительному порядку использования лесов - лесной декларации;

3) лесные конкурсы заменены на лесные аукционы с целью прозрачности проведения данной процедуры и предотвращения коррупции;

4) у арендаторов лесных участков впервые появилась возможность осуществлять с согласия арендодателя сделки с правами аренды: переналом, залог права аренды, субаренду, внесение арендных прав в уставные капиталы хозяйственных обществ и товариществ, производственные кооперативы;

5) сократился срок договора аренды лесного участка с 99 лет до 49 лет;

6) в целях предотвращения монополизации лесного сектора Правительством РФ установлен максимальный объем древесины, подлежащий заготовке лицом, группой лиц;

7) предусмотрена принципиально новая система прав на лесные участки. Лесной участок можно использовать на правах постоянного (бессрочного) пользования, ограниченного пользования чужим лесным участком (сервитут), аренды и безвозмездного срочного пользования;

8) значительно расширен перечень видов использования лесных участков (ст. 25 ЛК РФ);

9) Предусмотрена коренная реформа системы лесного хозяйства в стране. На базе реорганизуемых лесхозов формируются лесничества и лесопарки как структуры исполнительной власти субъекта РФ, выполняющие все делегированные функции в сфере лесного хозяйства. Организация ведения лесного хозяйства возлагается на органы власти субъектов РФ. Совмещение функций хозяйствования и управленческой деятельности становится по новому кодексу невозможным. Впервые за последние 100 лет законодатель определяет статус лесничего, как должностного лица, организующего от имени государства использование, охрану, защиту и воспроизводство лесов. В частности, именно лесничий становится единственным лицом, выступающим от имени государства в роли арендодателя.

*Назарова М.С.  
Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

### **О возможностях Единого европейского исполнительного листа**

Проблемы признания и исполнения судебных решений, имевшие большое значение и ранее, в последние годы приобрели особую актуальность. Глобализация мирового хозяйства, все увеличивающаяся интернационализация экономических отношений, растущие международные связи бизнеса требуют обеспечения признания и эффективной защиты прав участвующих в таких связях граждан и юридических лиц. Нуждаются в защите и права граждан, возникающие вне сферы экономики, в частности в области гражданских и брачно-семейных отношений с участием иностранцев. В мировом сообществе все большее значение придается обеспечению прав личности, соблюдению общепризнанных стандартов прав человека. На внутреннюю законодательную политику государств, входящих в Совет Европы, оказывает влияние и деятельность Европейского суда по правам человека.

Заключение разнообразных контрактов, как и вступление в другие гражданско-правовые отношения лиц различной государственной

принадлежности, нередко приводит к судебным спорам и принятию судами соответствующих решений. Однако в случаях, когда такие решения могут быть практически реализованы только в другом государстве, где находится ответчик и его имущество, права взыскателя могут оказаться недостаточно защищенными. Дело в том, что судебные решения, вынесенные в одном государстве, как правило, имеют юридические последствия в другом государстве, только если последнее допускает признание и исполнение иностранных судебных решений. В принципе, в каждом государстве исполнению подлежат лишь решения собственных судов, поскольку государство в силу своего суверенитета осуществляет верховенство на своей территории в отношении осуществления правосудия и обеспечения соответствующего принуждения.

Допуская в том или ином объеме исполнение решений иностранных судов и тем самым признавая за такими решениями те же качества, ту же юридическую силу, что и за решениями собственных судов, государство идет на определенное "самоограничение". При этом оно, с одной стороны, исходит из необходимости развития своих внешнеэкономических и других международных связей и обеспечения в этих целях иностранцам льготных правовых условий, а с другой стороны, учитывает, что "чужой" суд может оказаться не столь беспристрастным по делам с участием иностранных граждан и юридических лиц.<sup>1</sup>

"Открывая двери" для решений иностранных судов, государство должно, очевидно, занимать взвешенную позицию, учитывающую обе тенденции и отвечающую задачам его внешней политики. В международном праве нет прямых норм, обязывающих государства признавать и исполнять иностранные судебные решения. Тем не менее государства обычно такие решения признают и исполняют - все дело в том, в каком объеме и на каких условиях.

В области признания и исполнения иностранных судебных решений важна роль международного сотрудничества. Договариваясь о взаимном исполнении судебных решений, государства создают надежную основу правового регулирования, обеспечивают эффективную защиту интересов своих граждан и юридических лиц.

Страны с близкими правовыми системами расширяют взаимное признание и исполнение судебных решений чаще всего путем заключения соответствующих международных договоров - как многосторонних, так и двусторонних. Для стран Европы большую роль сыграла Брюссельская конвенция 1968 г. о судебной компетенции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам, отражавшая позиции современного международного гражданского процессуального права и способствовавшая

---

<sup>1</sup> Белов А. Исполнение иностранных судебных решений по гражданским и торговым делам. // Право и экономика. - 2002. - № 3.



формированию единого европейского правового пространства. Положения этой Конвенции нашли отражение в принятом позднее Советом ЕС Регламенте № 44/2001 о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам, который в качестве наднационального права сообщества обладает прямым действием и имеет приоритет над национальными актами. В отношениях европейских стран действуют и иные акты. Упомянувшиеся международные договоры юридически закрепляют пространство "передвижения" судебных решений в европейских рамках. Но они затрагивают лишь отдельные отрасли права, хотя и очень важные.

Видя нормальное функционирование режима признания и экзекватуры европейских судебных решений, Европейская комиссия инициировала принятие Регламента от 21 января 2005 г., предусматривающего учреждение Европейского исполнительного документа по гражданским и торговым делам<sup>1</sup>, исключаящего те же области права, что и Регламент ЕС "Брюссель I".

Этот документ был принят на основании очень простого постулата: если исполнительная процедура теперь значительно облегчена благодаря договорам о судебном сотрудничестве, вырабатываемым в Европе, то завершающая ее фаза - реальное исполнение решения - все еще зависит от множества факторов, связанных с разнообразием исполнительных процедур в разных государствах-членах, так как процедура исполнения регулируется законом места исполнения.

Эти сложности с исполнением особенно неуместны, когда речь идет о небольших и *a priori* бесспорных правах требования. В этих случаях необходимо преодолевать неоправданное сопротивление должника, не прибегая к судебной процедуре.

Стала ясна целесообразность разработки общей процедуры через введение единого документа, признаваемого всеми государствами-членами. Необходимо дать возможность лицу, имеющему право требования, "пользующееся презумпцией бесспорности", требовать от суда места домицилия должника документ, подлежащий немедленному исполнению во всех государствах-членах. Свободное передвижение в этом случае было бы полностью обеспечено. С Европейским исполнительным документом решение суда в Хельсинки стало бы обязательным к исполнению без дополнительных формальностей в Неаполе или в

---

<sup>1</sup> Регламент опубликован в: Journal officiel de l'Union Européenne (JOUE)/Official Journal of the European Union (OJEU) (ранее выходивший как Journal officiel des Communautés Européennes (JOCE)/ Official Journal of the European Communities (OJEC)). L 143. 30.04.2004. P. 15. С исправлениями, опубликованными в JOUE/ OJEU. L 097. 15/04/2005. P. 64. Перевод Регламента на русский язык публикуется в Российском ежегоднике гражданского и арбитражного процесса (№4, 2005), стр. 633-651.

Афинах.<sup>1</sup>

Именно в этом ключе 21 апреля 2004 г. был принят Регламент, учреждающий Европейский исполнительный документ. Предварительно этот Регламент дал определение бесспорному праву требования (это право требования, прямо признанное должником в ходе судебной процедуры, когда он согласился с ним либо заключил мировое соглашение в присутствии судьи или утвержденное судом; или же должник ни разу не возразил против него в ходе судебной процедуры; либо он не явился в суд или не был представлен в суде в ходе слушания по поводу вышеназванного права требования после того как сначала оспаривал его в ходе судебной процедуры - при условии, что его поведение может быть уподоблено молчаливому признанию права требования; либо же должник прямо признал это право требования в удостоверенном документе).

Решение относительно такого права требования, сертифицированное как исполнительный документ в государстве происхождения этого документа, признается и исполняется в остальных государствах-членах без требования какой-либо дополнительной процедуры в государстве исполнения. В ст. 6 этого Регламента изложены условия сертификации в качестве Европейского исполнительного документа, а в гл. III - минимальные нормы, требуемые в процессуальном плане, чтобы для этого документа не требовалась экзекватура: условие, связанное со способами извещения или уведомления о возбуждении дела в суде. Регламент требует информирования должника в соответствующей форме о праве требования, о процессуальных формальностях по оспариванию. Существуют средства для исправления несоблюдения минимальных норм в ходе судебной процедуры в государстве происхождения. Кроме того, решение может быть сертифицировано в качестве Европейского исполнительного документа только в том случае, если должник вправе на основании права государства происхождения потребовать пересмотра решения, если уведомление не было получено им заблаговременно, чтобы он мог подготовить свою защиту. То же происходит, если должник оказался не в состоянии оспорить право требования по причинам непреодолимой силы или в результате не зависящих от него чрезвычайных обстоятельств, при условии, что он действовал быстро. Сертификат Европейского исполнительного документа может быть только частичным, если некоторые части решения соответствуют требованиям регламента. Сертификат выдается в форме типового формуляра, который приводится в приложении к Регламенту. Формуляр Европейского исполнительного документа также приводится в приложении к Регламенту.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Нешатаева Т.Н. О признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений // Арбитражная практика. - 2004. - № 11.

<sup>2</sup> Папкина О.А. Официальное признание и исполнение судебных решений по гражданским и  
212

Если исходить из основной цели Регламента, которая состоит в усилении доступа к более быстрому и эффективному исполнительному производству на всей территории Европейского Союза, то главным здесь становится вопрос об эффективности. Действительно, вопрос, которым следует задаться, звучит так — сможет ли отмена экзекватуры как условия (что предусматривается Регламентом), значительным образом повысить эффективность исполнительного производства.

Нельзя отрицать того, что в соответствии с Регламентом европейским кредиторам предоставляется возможность моментального возбуждения исполнительного производства без какой-либо зависимости от прохождения предварительной процедуры получения экзекватуры в каждом из государств-членов. Это является значительным шагом вперед, особенно в случаях трансграничного исполнительного производства, когда имущество должника расположено в нескольких государствах. В такой ситуации будет предотвращена множественность процедур получения экзекватуры, со всеми связанными с этим недостатками. Отмена экзекватуры в дальнейшем может быть расширена возможностями по наложению ареста по требованиям в любом из государств-членов, в особенности, ареста банковских счетов должника, независимо от национальных норм, определяющих место расположения требования.

С другой стороны, как представляется, национальные механизмы собственно исполнения исполнительных документов не могут быть усовершенствованы таким значительным образом, что повлекло бы ускорение, эффективность и установление паритета европейских кредиторов. Особенности национальных систем исполнительного права, речь о которых шла выше, включая различия относительно имущества, не подлежащего аресту, в настоящее время позволяют лишь наполовину достигнуть цели, поставленные в Регламенте.

Европейский Суд, основываясь на широком и системном толковании статьи 6 Европейской Конвенции по правам человека (далее — ЕКПЧ),<sup>1</sup> в полном соответствии с правоприменительной практикой, в своих решениях постоянно указывает, что исполнительное производство является важным элементом права на справедливый процесс.

---

торговым делам внутри Европейского союза. // Законодательство. - 2001.- № 2.

<sup>1</sup> Лаптев А.Н., Штайнбах Й. Признание и исполнение иностранных судебных решений по Луганской конвенции 1998 г. и в рамках СНГ: сравнительно-правовая характеристика // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002 - 2003. N 2.

*Смольникова Е.О.  
Научный руководитель – к.ю.н., доцент Ермакова Е.П.*

### **Виды арбитражных соглашений**

В современном мире при высоких темпах развития взаимоотношений между компаниями различных государств, при огромных количествах заключаемых внешнеэкономических сделок возникновение споров между участниками международной предпринимательской деятельности становится неизбежным. Ввиду ряда объективных причин международное предпринимательство гораздо труднее урегулировать, нежели национальное. На данный момент не существует ни общеприменимого к рассмотрению международных предпринимательских споров права, ни специального международного суда, которому были бы подведомственны данные споры. Однако необходимость рассмотрения и разрешения споров, вытекающих из внешнеэкономических сделок, существует, а значит, появляется особый институт, получивший название международный коммерческий арбитраж. Международный коммерческий арбитраж как форма рассмотрения коммерческих споров внешнеэкономического характера обладает рядом преимуществ по сравнению с разрешением конфликтов государственными судами: процедура рассмотрения дела очень проста и исключает необходимость изучения и исполнения сложных процессуальных норм и правил в государственных судах; стороны сами избирают, на их взгляд, наиболее компетентных в той или иной области арбитров; ведения дел возможно на своем или на широко распространенном языке, а не на государственном языке страны, где происходит рассмотрение спора; сторонам предоставляются широкие возможности в выборе процедуры и даже сроков проведения арбитражного разбирательства, в выборе применимого права; при рассмотрении спора путём международного коммерческого арбитража соблюдается коммерческая тайна; решение арбитражного суда носит окончательный характер и не подлежит обжалованию по существу; арбитражное производство требует значительно меньше затрат, чем производство в обычных судах, где судебные пошлины высоки.

Ученые однозначно высказываются в пользу того, что международный коммерческий арбитраж представляет собой наиболее политически и процессуально нейтральный способ разрешения конфликтов между субъектами разных стран<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Комаров А.С. Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: к 70-летию образования // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. М. 2002. Стр. 17, Sorieul R. The Work of UNCITRAL in the Field of Arbitration // Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования. Материалы международной научно-практической конференции. - Астана, 3 февраля 2003 / Отв. ред. М.К.Сулейманов. - Алматы: КазГЮУ, 2003. С. 33.

Единственным императивом для сторон, избравших международный коммерческий арбитраж в качестве механизма разрешения споров, является необходимость включения в текст международного контракта или заключение в виде отдельного документа арбитражного соглашения, из которого определён суд черпает свою компетенцию.

Под арбитражным соглашением принято понимать соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определённых споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет.

Современные теоретики выделяют ряд понятий, тем или иным образом определяющих подсудность споров, возникающих из контракта.

Так, Семёнов А.В. в своей работе выделяет арбитражное соглашение, арбитражную оговорку, третейскую оговорку (третейскую запись) и соглашение о подсудности (выделяемое Нешатаевой Т.), и, отмечая, что российская судебная практика идёт по пути различения понятий «арбитражная оговорка» и «арбитражное соглашение» (в то время как Богуславский М.М. отождествляет их), приводит в качестве примера определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 25 сентября 1998 года, в соответствии с которым по решению МКАС при ТПП РФ от 21 июня 1996 года государственный завод «Измеритель» обязан выплатить ООО «Омегатех Электроникс Гмбх» 2197119,53 доллара США с начислением на эту сумму годовых процентов, а также арбитражный сбор и другие издержки истца.

Мосгорсуд ходатайство удовлетворил, решение МКАС было отменено, но затем коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ по частной жалобе отменила данное определение и указала, что МКАС при ТПП РФ обладает компетенцией для рассмотрения возникшего между сторонами спора, но не в силу арбитражной оговорки, сделанной сторонами в контракте, а в силу того, что арбитражное соглашение между истцом и ответчиком было заключено в письменной форме путём обмена иском заявлением и отзывом на иск. В данных документах истец утверждал о наличии у МКАС компетенции для рассмотрения спора, а ответчик против этого не возражал.

Из определения Верховного Суда ясно видно, что «арбитражная оговорка» - это один из пунктов договора между сторонами, в соответствии с которым определяется: какой юрисдикционный орган будет рассматривать споры, возникающие между сторонами. «Арбитражное соглашение» было заключено позже.

Один из современных теоретиков – Нешатаева Т. – так же, как и Богуславский М.М., отождествляет понятия арбитражного соглашения и ар-

битражной оговорки, выделяя при этом также «соглашение о подсудности», результатом которого является изменение прежнего соглашения (оговорки), заключённого в контракте. «Она подчёркивает, что «соглашение сторон о передаче на разрешение арбитражного суда разногласий или об изменении подсудности может быть выражено в различных формах, в том числе путём действий, свидетельствующих о молчаливом согласии участников экономических отношений на рассмотрение спора в конкретном суде. Она же вводит понятие принципа эстоппеля, то есть потери права ссылаться на прежнее соглашение (арбитражную оговорку) в случае молчаливого согласия сторон на изменение подсудности»<sup>1</sup>.

Автор не видит смысла в выделении двух понятий: «арбитражное соглашение» и «арбитражная оговорка», если впоследствии считать их тождественными, в связи с чем полагает наиболее приемлемой классификацию, в соответствии с которой можно выделить ряд соглашений о подсудности споров, возникающих из контрактов, объединив их общим понятием арбитражного соглашения.

Итак, следует различать следующие виды арбитражных соглашений:

1. *Арбитражная оговорка* представляет собой соглашение сторон контракта о подсудности споров, которые могут возникнуть в будущем, третейскому суду. Данный вид арбитражного соглашения включается непосредственно в текст контракта на стадии его разработки и подписания и является наиболее распространённым. Следует отметить, что хотя данная арбитражная оговорка является частью международного коммерческого контракта, имеет по отношению к нему самостоятельный характер.

2. *Третейская запись* в отличие от арбитражной оговорки является отдельным от самого контракта соглашением, и заключается в отношении уже возникшего спора. Заключить такой вид соглашения гораздо труднее, так как при наличии спора стороны имеют разные, порой диаметрально противоположные интересы, поэтому очень сложно в этом случае передать спор на рассмотрение третейского суда.

3. *Арбитражный договор* являет собой самостоятельное соглашение сторон относительно споров, которые могут возникнуть в будущем в связи с данным контрактом либо в связи с их совместной деятельностью в целом. На практике подобный вид арбитражного соглашения встречается редко.

При этом необходимо отметить, что Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. в ст. 7 указывает, что «арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения»<sup>2</sup>. Нью-Йоркская конвенция 1958 г. не

---

<sup>1</sup> Семёнов А.В. Соотношение понятия «арбитражное соглашение» с другими идентичными понятиями. // Арбитражный и гражданский процесс. – 2001. - №1. С. 2-3.

<sup>2</sup> П. 1 ст. 7 ФЗ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г.

содержит непосредственно термина «арбитражное соглашение», используя термин «письменное соглашение», признаваемое всеми Договаривающимися Государствами, «по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или которые могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства»<sup>1</sup>. Однако под письменными соглашениями законодатель понимает «арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами»<sup>2</sup>. Что касается Европейской конвенции 1961 г., то в ней «термин "арбитражное соглашение" обозначает арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, - всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами»<sup>3</sup>.

По мнению автора, подход европейского законодателя не совсем верен, так как в данном случае понятие «арбитражное соглашение» определяется через само себя. Это ярко выражено в Европейской конвенции 1961 г., которая гласит, что «арбитражное соглашение обозначает арбитражную оговорку (...) или отдельное арбитражное соглашение...»<sup>4</sup>. Кроме того, во всех приведённых законодательных актах арбитражная оговорка исключается из понятия соглашения, что, на взгляд автора, также не корректно.

С.И. Ожегов определяет соглашение как «взаимное согласие, договорённость»<sup>5</sup>. Арбитражная оговорка также выражает взаимное согласие сторон на передачу спора в арбитраж, а соответственно является соглашением. Арбитражная оговорка определяется авторами как «норма, включённая в контракт»<sup>6</sup> или как «одно из условий международного контракта»<sup>7</sup>, однако в то же время она обладает автономностью, то есть недействительность контракта не влечёт за собой недействительности арбитражного соглашения. Поэтому, автор полагает, что её нельзя рассматривать как одно из условий контракта, ибо ни одно из условий не может быть действительным при недействительности контракта. Следовательно, арбитражная оговорка должна иметь статус соглашения. Один из крупнейших теоретиков Богуславский М.М. указывает, что «арбитражная оговорка, являющаяся

---

<sup>1</sup> П. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

<sup>2</sup> П. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

<sup>3</sup> Пп. «а» п. 2 ст. I Европейской конвенции 1961 г.

<sup>4</sup> пп. «а» п. 2 ст. I Европейской конвенции 1961 г.

<sup>5</sup> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М.: изд-во «АЗЪ», 1994.

<sup>6</sup> Федосеева Г.Ю. Международное частное право. – М.: Эксмо, 2005. С. 332.

<sup>7</sup> Ерпылёва Н.Ю. Международное частное право. – М.: Проспект, 2006. С. 484.

частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора»<sup>1</sup>.

По сути, все три вида соглашений являются разновидностями арбитражного соглашения, ничем не отличаются и имеют одинаковую юридическую силу, различия только время их заключения, а также заключаются ли они самостоятельно или непосредственно в самом контракте.

В основных международных соглашениях по арбитражу (Протоколе об арбитражных оговорках 1923 г., Нью-Йоркской конвенции 1958 г., Европейской конвенции 1961 г., Межамериканской конвенции по международному коммерческому арбитражу 1975 г.) не проводится никакого различия между арбитражной оговоркой и третейской записью. Они рассматриваются как равноценные соглашения. Также и в законодательстве большинства государств не проводится различий между данными видами арбитражных соглашений.

*Янжула И.Е.,  
Научный руководитель – к.ю.н., доцент Сокиркин В.А.*

### **Правовой статус членов семьи работника-мигранта в праве Европейского Сообщества**

С началом европейской интеграции проблема трудового перемещения стала одним из важнейших моментов миграционной политики этого региона. Постоянные потоки трудовой миграции в европейские страны с более высоким уровнем трудовых доходов и более высоким уровнем социальной защищенности требовали от европейских государств постоянной координации передвижения трудовых ресурсов с целью наиболее оптимального их использования.

Процесс развития регулирования передвижения работников в Европейском Сообществе представляет собой процесс постепенного перехода к свободе перемещения. Изначально он затрагивал только экономически активное население, со временем был распространен на всех граждан государств-членов Сообщества. Свобода передвижения работников-мигрантов подразумевает запрет дискриминации таких работников по признаку наличия гражданства того или иного государства-члена Сообщества в трудовых отношениях, а также включает в себя основные права работников-мигрантов: право принимать реальные предложения о трудоустройстве; право свободно передвигаться по территории Сообщества с целью трудоустройства; право оставаться на территории государства-члена с целью трудоустройства; право оставаться на территории этого государства-члена после окончания трудовой деятельности.

---

<sup>1</sup> Богуславский М.М. Международное частное право. 4-ое издание. – М.: Юристъ, 2003.



Однако за частую работник с целью трудоустройства переезжает в другое государство-член Сообщества вместе со своей семьей. Это приводит к необходимости правового урегулирования статуса членов семей работников-мигрантов.

В рамках Европейского сообщества принят целый ряд директив и регламентов, касающихся членов семей работников-мигрантов. К ним относятся: Регламент (ЕЭС) № 1612/68 Совета от 15 октября 1968 года «О свободном передвижении работников внутри Сообщества», Директива 77/486/ЕЭС Совета от 25 июля 1977 «Об образовании детей работников-мигрантов», Директива 2004/38/ЕС Европейского парламента и Совета от 29 апреля 2004 года «О праве граждан Союза и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов, изменяющая Регламент (ЕЭС) № 1612/68 и отменяющая директивы 64/221/ЕЭС, 68/360/ЕЭС, 72/194/ЕЭС, 73/148/ЕЭС, 75/34/ЕЭС, 75/35/ЕЭС, 90/364/ЕЭС, 90/365/ЕЭС и 93/96/ЕЭС», Регламент (ЕС) № 539/2001 Совета от 15 марта 2001 г. «Об установлении перечня третьих стран, граждане которых подлежат обязанности иметь визу для пересечения внешних границ государств-членов, и перечня третьих стран, чьи граждане освобождаются от этой обязанности», Директива 2003/86/ЕС Совета от 22 сентября 2003 года «О праве на семейное воссоединение» и др.

Регламент (ЕЭС) № 1612/68 Совета от 15 октября 1968 года о свободном передвижении работников внутри Сообщества очерчивает круг лиц, юридически составляющих семью работника-мигранта. В соответствии со статьей 10 членами семьи работника-мигранта являются: супруг(а) работника-мигранта и их потомки, не достигшие 21 года или являющиеся иждивенцами; родственники по восходящей линии, находящиеся на иждивении работника и его супруга(и); любой другой член семьи, который находится на иждивении работника-мигранта или проживает в стране происхождения под одной с ним крышей.

Независимо от своего национального гражданства указанные выше родственники работника, являющегося гражданином государства-члена, занятым на территории другого государства-члена, имеют право поселяться вместе с ним.

Обязательным однако является условие, в соответствии с которым работник-мигрант «должен располагать жилым помещением для своей семьи, признаваемым в качестве нормального для национальных работников в том регионе, где он осуществляет трудовую деятельность, причем данное положение не должно вести к дискриминации между национальными работниками и работниками из других государств-членов».<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> § 3 статьи 10 Регламента (ЕЭС) № 1612/68 Совета от 15 октября 1968 года «О свободном передвижении работников внутри Сообщества».

Указанные в статье 10 Регламента № 1612/68 родственники работника-мигранта «вправе поступать на любую работу по найму в пределах всей территории того же самого государства, даже если они не обладают национальным гражданством какого-либо государства-члена».<sup>1</sup>

Дети работников-мигрантов обладают целым комплексом социальных и трудовых прав в соответствии с Регламентом № 1612/68, ключевым из которых является право на образование: «дети гражданина государства-члена, который работает или работал на территории другого государства-члена, допускаются к курсам общего образования, производственного и профессионального обучения на тех же условиях, что и граждане данного государства, если эти дети проживают на его территории».<sup>2</sup>

В целях реализации этого права была принята Директива Совета № 77/486/ЕЭС от 25 июля 1977 года об образовании детей работников-мигрантов.

«Указанная Директива подтвердила право детей работников-мигрантов на получение образования на тех же условиях, что существуют и для детей граждан государства. Государства-члены должны прилагать усилия для обеспечения указанным детям возможности получить это образование на наилучших условиях. Директива обратила особое внимание на необходимость обеспечения усвоения детьми работников-мигрантов официального языка государства-члена, в котором они обучаются. При этом в соответствии с нормами национальной системы образования детям работников-мигрантов должен быть обеспечен доступ к изучению родного языка и культуры»<sup>3</sup>: государства-члены в соответствии с их национальными условиями и правовыми системами должны принять необходимые меры к обеспечению получения на своей территории бесплатного образования детьми, воспитываемыми работником – гражданином других государств-членов, где эти дети являются резидентами, «включая, в частности, преподавание официального языка или одного из языков принимающего государства, учитывая специфические потребности таких детей»,<sup>4</sup> а также при взаимодействии с государствами происхождения «должны предпринять необходимые меры по проведению преподавания родного языка и культуры государства происхождения»<sup>5</sup> для детей работников-мигрантов, коор-

---

<sup>1</sup> Статья 11 Регламента (ЕЭС) № 1612/68 Совета от 15 октября 1968 года «О свободном передвижении работников внутри Сообщества».

<sup>2</sup> Статья 12 Регламента (ЕЭС) № 1612/68 Совета от 15 октября 1968 года «О свободном передвижении работников внутри Сообщества».

<sup>3</sup> Трудовое и социальное право Европейского Союза: документы и материалы. — М.: «Права человека», 2005. С. 29.

<sup>4</sup> Статья 2 Директивы Совета 77/486/ЕЭС от 25 июля 1977 года «Об образовании детей работников-мигрантов»

<sup>5</sup> Статья 3 Директивы Совета 77/486/ЕЭС от 25 июля 1977 года «Об образовании детей работников-мигрантов».

динируя их с нормальным образованием. Государства-члены должны предпринять меры, необходимые для профессиональной подготовки учителей, которые будут осуществлять эту деятельность.

Право на образование детей работников-мигрантов получило значительное развитие в прецедентном праве Сообщества.

Директива № 2004/38/CE отменила статьи 10 и 11 Регламента (ЕЭС) № 1612/68 с 30 апреля 2006 года. В соответствии с этой Директивой признается право граждан Союза и членов их семьи свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов и право постоянного проживания граждан Союза и членов их семьи в государствах-членах. Под членами семьи в Директиве понимаются: супруг; партнер, с которым гражданин Союза вступил в зарегистрированное партнерство на основании законодательства какого-либо из государств-членов, если в соответствии с законодательством принимающего государства-члена зарегистрированные партнерства признаются эквивалентными браку, и при соблюдении условий, предусмотренных уместным законодательством принимающего государства-члена; прямые потомки, которые не достигли возраста двадцати одного года либо находятся на иждивении, и аналогичные потомки супруга или партнера, указанных выше; родственники по прямой восходящей линии, находящиеся на иждивении, и аналогичные родственники супруга или партнера, указанных выше.

Близким к данным категориям членами семьи является в соответствии с Директивой: любой иной член семьи независимо от его гражданства, если в стране происхождения он находится на иждивении или является членом домашнего хозяйства гражданина Союза, пользующегося правом проживания в качестве основного субъекта, либо когда по серьезным соображениям здоровья гражданин Союза должен в обязательном порядке и лично заботиться о соответствующем члене семьи; партнер, с которым гражданин Союза имеет устойчивые отношения, надлежащим образом удостоверенные.

В отношении последних категорий лиц принимающее государство-член без ущерба собственному праву гражданина Союза, пользующегося правом проживания в качестве основного субъекта, способствует въезду и проживанию, производя при этом обстоятельный анализ их личной ситуации и мотивируя любой отказ во въезде или в проживании.

Каждый гражданин Союза, а также члены его семьи, не имеющие гражданства какого-либо из государств-членов, снабженные действительными паспортами вправе покинуть территорию любого государства-члена и вправе прибывать в другое государство-член Союза, без требования предъявления визы. Исключением является требование к членам семьи работника-мигранта, не имеющим гражданства Союза, обладать въездной визой в соответствии с Регламентом (ЕС) № 539/2001 или, когда уместно, в

соответствии с национальным законодательством. В целях настоящей Директивы обладание действительным видом на жительство освобождает заинтересованных членов семьи от обязанности получать визу. «Государства-члены предоставляют этим лицам все возможности для получения необходимых виз. Данные визы выдаются бесплатно в кратчайшие сроки и в рамках ускоренной процедуры».<sup>1</sup>

Имеющие действительные паспорта члены семьи, но не имеющие гражданства какого-либо из государств-членов, которые сопровождают гражданина Союза или присоединяются к нему, имеют право проживать на территории другого государства-члена в течение срока, не превышающего три месяца.

Члены семьи, сопровождающие гражданина Союза или присоединяющиеся к гражданину Союза, который является наемным или ненаемным работником в принимающем государстве-члене, вправе проживать на территории другого государства-члена в течение срока, превышающего три месяца.

В случае, если намеченный срок проживания членов семьи гражданина Союза, не имеющих гражданства какого-либо из государств-членов, превышает три месяца, то государства-члены выдают им вид на жительство, который действует в течение пяти лет со дня его выдачи либо в течение периода времени, соответствующего намеченному сроку проживания гражданина Союза, если этот срок составляет менее пяти лет.

«Смерть гражданина Союза или его отъезд с территории принимающего государства-члена не затрагивают права проживания членов его семьи, которые имеют гражданство какого-либо из государств-членов».<sup>2</sup> До получения права постоянного проживания заинтересованное лицо должно отвечать следующим условиям, предусмотренным в пунктах «а», «b», «с» или «d» параграфа 1 статьи 7 Директивы 2004/38/ЕС: если он является наемным или ненаемным работником в принимающем государстве-члене, или если он располагает в отношении себя и членов своей семьи достаточными средствами, чтобы во время своего проживания не стать бременем для системы социальной помощи принимающего государства-члена, а также полной медицинской страховкой в принимающем государстве-члене, или если он зачислен в публичное или частное учреждение, аккредитованное или финансируемое принимающим государством-членом на основании законодательства или административной практики последнего, для прохождения там учебы с отрывом от работы, включая профессио-

<sup>1</sup> Часть 2 §2 статьи 5 Директивы 2004/38/ЕС Европейского Парламента и Совета от 29 апреля 2004 года «О праве граждан Союза и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов»

<sup>2</sup> §1 статьи 12 Директивы 2004/38/ЕС Европейского Парламента и Совета от 29 апреля 2004 года «О праве граждан Союза и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов»

нальное обучение, и если он располагает полной медицинской страховкой в принимающем государстве-члене и гарантирует компетентному национальному органу посредством заявления или любого иного эквивалентного подтверждения по своему выбору, что располагает в отношении себя и членов своей семьи достаточными средствами, чтобы во время своего проживания не стать бременем для системы социальной помощи принимающего государства-члена, или если он является членом семьи, сопровождающим гражданина Союза или присоединяющимся к гражданину Союза, который сам удовлетворяет условиям, изложенным хотя бы в одном из вышеназванных пунктов.

То же самое относится и к членам семьи, которые не имеют гражданства какого-либо из государств-членов, но проживали в принимающем государстве-члене в качестве членов его семьи на протяжении, как минимум, одного года до смерти гражданина Союза. До приобретения права постоянного проживания право проживания заинтересованных лиц продолжает подчиняться обязанности быть в состоянии продемонстрировать, что они являются наемными или ненаемными работниками либо что они располагают в отношении самих себя и членов своей семьи достаточными средствами, чтобы во время своего проживания не стать бременем для системы социальной помощи принимающего государства-члена, и полностью охвачены медицинским страхованием в принимающем государстве-члене, либо что они являются членами уже созданной в принимающем государстве-члене семьи лица, отвечающего этим требованиям. «Отъезд гражданина Союза или его смерть не влекут утраты права проживания его детей или родственника, который имеет на своем реальном попечении детей, независимо от их гражданства, если дети проживают в принимающем государстве-члене и зачислены в школьное учреждение для получения в нем образования – до окончания их учебы».<sup>1</sup> Аналогично решается вопрос и в случае развода, аннулирования брака гражданина Союза или расторжения зарегистрированного партнерства, с некоторыми изменениями для бывшего супруга или партнера, не являющимся гражданином Союза.

Независимо от своего гражданства члены семьи наемного или ненаемного работника, проживающие вместе с ним на территории принимающего государства-члена, имеют право постоянного проживания в этом государстве-члене, если сам наемный или ненаемный работник приобрел право постоянного проживания на территории этого государства-члена. Если наемный или ненаемный работник умирает в период, когда он еще продолжает работать, но до приобретения права постоянного проживания в принимающем государстве-члене на основании § 1 статьи 17 Директивы

---

<sup>1</sup> § 3 статьи 12 Директивы 2004/38/ЕС Европейского Парламента и Совета от 29 апреля 2004 года «О праве граждан Союза и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов».

2004/38/ЕС, то члены его семьи, которые проживают вместе с ним на территории принимающего государства-члена, приобретают право постоянного проживания на территории этого государства при условии, что наемный или ненаемный работник ко дню своей смерти непрерывно проживал на территории этого государства-члена в течение двух лет, или что его смерть вызвана несчастным случаем на рабочем месте или профессиональным заболеванием, или что переживший супруг утратил гражданство принимающего государства-члена вследствие вступления в брак с этим наемным или ненаемным работником.

Члены семьи гражданина Союза, не имеющие гражданства Союза, приобретают право постоянного проживания после законного проживания в принимающем государстве-члене в течение пятилетнего непрерывного периода, если они соответствуют условиям положений параграфа 2 статьи 12 (если они проживали в принимающем государстве-члене в качестве членов семьи гражданина Союза на протяжении, как минимум, одного года до смерти гражданина Союза) и в параграфа 2 статьи 13 Директивы 2004/38/ЕС (если до начала судебной процедуры развода, аннулирования или расторжения брак или зарегистрированное партнерство с гражданином Союза длились не менее трех лет, из них не менее одного года в принимающем государстве-члене, или когда дети гражданина Союза были переданы на попечение супруга или партнера, не имеющего гражданства какого-либо из государств-членов, на основании соглашения супругов или партнеров либо по решению суда, или когда это вызвано особо тяжкими обстоятельствами, например, когда лицо являлось жертвой домашнего насилия в то время, пока брак или зарегистрированное партнерство еще сохранялись, или когда супруг или партнер, не имеющий гражданства какого-либо из государств-членов, пользуется правом посещать несовершеннолетнего ребенка на основании соглашения супругов или партнеров либо по решению суда, если суд постановил, что такие посещения должны происходить в принимающем государстве-члене, и до тех пор, пока они признаны необходимыми).

При этом до приобретения права постоянного проживания заинтересованные лица обязаны быть в состоянии продемонстрировать, что они являются наемными или ненаемными работниками либо что они располагают в отношении самих себя и членов своей семьи достаточными средствами, чтобы во время своего проживания не стать бременем для системы социальной помощи принимающего государства-члена, и полностью охвачены медицинским страхованием в принимающем государстве-члене, либо что они являются членами уже созданной в принимающем государстве-члене семьи лица, отвечающего этим требованиям.

Непрерывность проживания может удостоверяться любыми доказательствами из числа тех, которые признаются допустимыми в принимаю-

щем государстве-члене. Любое решение о выдворении, законно исполненное в отношении заинтересованного лица, лишает его проживание непрерывного характера.

Таким образом, Директива № 2004/38/СЕ значительно расширила понятия семьи мигрирующего гражданина и усилила гарантии права на проживание, что, в свою очередь, является примером приближения к поставленной цели создания пространства свободы.