

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

**СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО
И ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ В РОССИИ
И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ**

**Сборник статей
Международной научно-практической
конференции**

22 января 2016 г.

Москва
Российский университет дружбы народов
2016

УДК 340.5:341.9(063)
ББК 67
С75

Утверждено
*РИС Ученого совета
Российского университета
дружбы народов*

С75 **Сравнительное право и проблемы частногоправового регулирования в России и зарубежных странах :** сборник статей Международной научно-практической конференции. 22 января 2016 г. – Москва : РУДН, 2016. – 347 с.

Материалы публикуются в авторской редакции.

УДК 340.5:341.9(063)
ББК 67

ISBN 978-5-209-07261-4

© Коллектив авторов, 2016
© Российский университет дружбы народов,
Издательство, 2016

Оглавление

<i>Бай Н. Г.</i> Заемный труд в трудовом праве Российской Федерации.....	5
<i>Беликова К. М.</i> Механизмы и перспективы взаимодействия стран БРИКС в сфере трудовых отношений, осложненных иностранным элементом.....	9
<i>Ермакова Е. П.</i> Гражданское процессуальное право Республики Гана.....	14
<i>Пухарт А. А.</i> Общие черты и особенности подходов к защите прав несовершеннолетних усыновленных детей до XIX века.....	27
<i>Русакова Е. П.</i> Рассмотрение гражданских споров арбитражами в РФ.....	35
<i>Самадов Б. О.</i> О важности конституционных норм в осуществлении предпринимательской деятельности в Республике Таджикистан.....	40
<i>Архангельская А. А.</i> Особенности регулирования прав на объекты интеллектуальной деятельности в Европейском Союзе.....	47
<i>Ахмадова М. А.</i> Правовое регулирование инвестиционной деятельности на территориях опережающего социально-экономического развития.....	52
<i>Бронников А. М.</i> Добросовестность участников залоговых правоотношений.....	59
<i>Губочкин А. Б.</i> Институт родительской ответственности по ГК Аргентины 2015 года.....	66
<i>Измухамбетов Б.</i> Понятие и основания наследования по праву России и Франции.....	71
<i>Канатов Р. К.</i> К вопросу о гармонизации законодательства стран ЕАЭС, касающегося совмещения брокерской и банковской деятельности на рынке ценных бумаг: анализ зарубежного опыта.....	74
<i>Коришунов И. С.</i> Особенности оспаривания сделок гражданина-должника в рамках процедуры банкротства на примере США.....	81
<i>Купчина Е. В.</i> Рассмотрение интеллектуальных споров в США.....	89
<i>Пулик А. В.</i> Общая характеристика системы вещного права Республики Польша.....	95
<i>Сапаров Н. Ч.</i> Понятие и содержание акционерного соглашения по английскому праву.....	102
<i>Пономарева О. С.</i> Условия и порядок заключения брака в праве иноконфессиональных групп Испании (мудехаров) во времена Реконксты.....	109
<i>Пономарева О. С.</i> Применение Процедуры Медиации в Судах Магистратов Южно-Африканской Республики.....	115
<i>Черепанов В. А.</i> Относимость доказательств в гражданском процессе Гонконга, Сингапура и Малайзии.....	121
МОЛОДЫЕ ГОЛОСА	128
<i>Абдул Вассе Тахмина</i> Международный финансовый центр Дубая (DIFC).....	128
<i>Алтай Али-би</i> Актуальные вопросы государственных закупок и система государственных закупок в Республике Казахстан.....	133
<i>Балич Д. М.</i> Некоторые вопросы, возникающие в многостороннем арбитраже.....	140
<i>Ахметова М. Е.</i> Рассмотрение корпоративных споров в гражданском процессе.....	144
<i>Баранова И. С.</i> Арбитраж в Южно-Африканской Республике.....	150
<i>Битюцкий Д. В.</i> Правовое регулирование опциона в гражданском законодательстве РФ.....	156
<i>Боделан И.</i> Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих при продаже товаров в форме электронных торгов в Республике Молдова.....	160
<i>Бондарева А. А.</i> Право на имя в юрисдикциях континентальной системы права.....	185
<i>Вавренюк Д. В.</i> Правовые основания передачи спора на рассмотрение в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины.....	188
<i>Виноградова А. В.</i> Способы разрешения предпринимательских споров в Великобритании.....	193

<i>Дорджи-Горяева А.С.</i> Правовые инструменты обеспечения исполнения судебного решения	199
<i>Дудов К. О.</i> Альтернативные способы урегулирования споров в Китайской Народной Республике	204
<i>Жабаева А.А.</i> Понятие арбитража по законодательству Казахстана.....	208
<i>Константинов А. А.</i> Задаток как способ обеспечения исполнения обязательств из предварительного договора.....	214
<i>Крамаренко В. О.</i> Судопроизводство и разрешение споров в ЮАР.....	234
<i>Мельник А. И.</i> Правовое регулирование финансового оздоровления кредитных организаций	220
<i>Очеретный И.</i> Понятие вины в российском законодательстве.....	233
<i>Лиман Ю. А.</i> Арбитражная процедура в Китае.....	238
<i>Мейрман А.М.</i> Партиципативная процедура – альтернативный метод урегулирования споров	244
<i>Назарова Е. С.</i> Наследование по закону в праве Российской Федерации и Республики Казахстан.....	248
<i>Новик К. В.</i> Наследование авторских прав в Российской Федерации, Республике Армении и Кыргызской Республике.....	253
<i>Пагиева Ф. О.</i> Арбитражный закон Индии	258
<i>Пронин М. П.</i> Правовое регулирование залоговых отношений в Республике Беларусь.....	264
<i>Сидоров А. Е.</i> «Рецепция Кодекса Наполеона в Швейцарии»	270
<i>Симбагаева Х.А.</i> Судебная система Канады	275
<i>Старцев Д. Д.</i> Тезисы о материальном и процессуальном эстоппелях в российском праве ...	279
<i>Сулайманов Р.А.</i> Основания и порядок банкротства физических лиц по законодательству Российской Федерации.....	289
<i>Уразова Э.Н.</i> Основы гражданского судопроизводства Италии.....	295
<i>Фараджов Э.</i> Современное правовое регулирование обязательного пенсионного страхования в РФ.....	301
<i>Федоров В. А.</i> Корпоративный договор и его виды в российском законодательстве.....	305
<i>Хван Ен Ын</i> Правовое регулирование интеллектуальной собственности в Республике Корея.....	314
<i>Хошобина Н.А.</i> Исключительные права как предмет залога в России и Казахстане.....	319
<i>Цивильская Т. А.</i> Сравнительно-правовой анализ оснований ответственности родителей за нарушение родительских обязанностей в Англии и Германии.....	326
<i>Шортанов И.А.</i> Охрана товарных знаков в ЕС: преодоление правовых коллизий	333
<i>Юрнев П.</i> Исламский банкинг в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: общие положения	337
<i>Ястребов В. В.</i> Государственная Регистрация Прав На Недвижимое Имущество В Германии и Франции	341

Заемный труд в трудовом праве Российской Федерации.

Бай Н. Г.

к.ю.н., доцент, Юридический институт,
Российский Университет Дружбы Народов

Статья посвящена новой статье Трудового кодекса, регулирующей заемный труд.

Ключевые слова: заемный труд, трудовой договор, работники, работодатели, физические лица, юридические лица.

Для начала воспроизведем 56 статью Трудового кодекса со значком прим.¹
Статья 56¹ Запрещение заемного труда.

Заемный труд запрещен. Заемный труд – труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника.

Особенности регулирования труда работников, направленных временно работодателем к другим физическим лицам или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала), устанавливаются главой 53¹ настоящего Кодекса. (Статья введена Федеральным законом от 5 мая 2014г. №116-ФЗ; вступает в силу с 1 января 2016г.)¹

Дело в том, что примерно лет пять тому назад определенные физические лица, а потом и небольшие юридические лица (и даже создаваемые для этих целей фирмы однодневки) из граждан и гастарбайтеров, мигрантов, ищущих работу собирали группу лиц и потом, и продавали этих работников работодателю. Из этой проблемы начал вырастать определенный бизнес. Работник мог быстрее найти работу, а работодатель – не тратя много времени на поиски соответствующих кадров – быстрее найти необходимых работников.

Но вот здесь и начинаются многие проблемы: как для работников, так и для работодателей.

¹ Трудовой кодекс Р.Ф. ФЗ №197 от 30.12.2001г. по состоянию на 01.02.2016г.

Первая проблема: Работник, которому находили работу, и он за эту услугу платил определенные деньги – эту работу не получал. Не получал по многим причинам. Работодатель уже не нуждался в таком работнике. Хотя были и есть крайние случаи, когда работника просто «надували», и работник по-прежнему находился в поиске работы.

Вторая причина. Она, пожалуй, главная. Работодателю трудно отличить трудовые отношения от гражданско-правовых отношений. Да и практика показывает, что работодателю порой лучше их вообще не отличать. Поскольку ему удобней и даже выгодней заключать гражданско-правовые договора. Возьмем такой пример – один работник заключил договор найма или подряда, а второй – трудовой договор. Какая разница, и какие правовые последствия будут между этими договорами?

При трудоустройстве работодатель предлагает вам подписать договор подряда или найма вместо трудового договора. Не спешите соглашаться.

Договор подряда или найма относится к сфере гражданско-правовых, а не трудовых отношений. По этой причине документ не регулируется трудовым кодексом РФ, в отличие от трудового договора. Договор подряда имеет свои нюансы. Работнику не полагаются компенсации и социальные выплаты (больничные, отпуска, пособия по уходу за ребенком и др.). Сотрудник не будет зачислен в штат, поэтому запись о подрядных работах в трудовую книжку не вносится. Все вычеты (налоги, взносы в Пенсионный фонд) он будет осуществлять самостоятельно.

Отличается договор подряда или найма и особенностью расторжения отношений. Работодатель не сможет «просто так» уволить подчиненного, если отношения с ним регулируются трудовым договором, - это длинная процедура, так как Трудовой кодекс защищает служащих от злоупотреблений работодателя. Расторжение договора подряда – более простой процесс, связанный с иными основаниями: как правило, договор прекращает свое действие, если работа подрядчика закончена. Порядок расторжения договора подряда или найма прописывается в самом договоре и зависит от каждого конкретного случая. Договор может быть расторгнут по инициативе работника только при условии

компенсации им всех расходов. Так что если сотрудник сам захотел прекратить отношения с заказчиком, причем работа не была доделана и от этого пострадал работодатель, подрядчику придется заплатить штраф, размер которого был прописан в договоре подряда или найма с согласия обеих сторон. Вознаграждения, скорее всего, он не получит. Точно так же он обязан возместить убытки, если работа, которую он закончил, была, по мнению заказчика, сделана некачественно. Работодатель тоже может расторгнуть договор в любой момент, при этом подрядчику будет выплачена не полная, а соразмерная выполненной работе сумма.

Трудовой договор чаще всего является бессрчным – договор подряда имеет четкие сроки начала и окончания отношений. Оплата труда производится по обоюдному решению сторон. Как правило, самая крупная часть денег или вся сумма выдается после завершения работ.

Будьте внимательны, подписывая договор. Во-первых, посмотрите на название документа. Трудовой договор вряд ли будет озаглавлен как «Договор об оказании услуг». Внимательно читайте документ и обращайтесь внимание на гарантии. Отсутствие информации о социальных выплатах должно заставить насторожиться работника².

Но вернемся к 56 статье, прим.¹ Заемный труд запрещен. Статья вступила в силу с 1 января 2016 года. Но действительно ли запрещен заемный труд? Де-юре – Да! А Де-факто – нет! Действительно практика показывает (а она во многих юридических вопросах является критерием истины), что ничего не изменилось. Может действительно практики по указанной теме мало. Да и в самой 56 прим.¹ статье нет процедурных моментов, а как будет происходить запрещение заемного труда?!

Но, ничего не понятно и со второй частью указанной статьи. В ней дается определение заемного труда. Даже это определение не понятно определенной части юристов. Вот обратите внимание «Заемный труд – труд осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и

² Газета «Труд» №66 от 16.04.12г., статья Е. Ромм

контролем физического лица или юридического лица, не являющегося работодателем данного работника». Если из этого определения убрать среднюю часть или запятые – получается вообще ничего не значащее и не понятное определение.

Есть работодатель. Ему нужны работники. Но, находится третье лицо, которое за вознаграждение (за оказание услуги) – а это уже гражданское право, направляет их к определенному работодателю (сводит их с работодателем). Здесь возникает очередной интересный момент. Он заключается в том, какой договор будет заключать работодатель? Договор найма, подряда – возникнут гражданско-правовые отношения; Трудовой договор – возникнут трудовые отношения! И правовые последствия будут такими: гражданско-правовые или трудовые. И в первой части указанной статьи мы уже доказали социальную значимость Трудового договора и то что уже организация несет ответственность за работника.

В заключении – несколько выводов, которые мы можем сделать, рассмотрев 56 статью прим.1.

Первый вывод: чтобы в России не было заемного труда – нужно чтобы органы службы занятости и трудоустройства лучше работали. Хороший контроль за их работой могут осуществлять профсоюзы. Естественно, четкая работа Правительства Российской Федерации.

Второй вывод: более четко определить понятийное определение Заемного труда, кто и как должен рассматривать и разрешать вопрос, если заемный труд возник.

Третий вывод: различать и разграничивать понятия заемный труд – с переводом и перемещением работников, которых работодатель направляет временно к другим физическим или юридическим лицам. С этой целью в Трудовом кодексе введена новая 53 прим.¹ глава, которая вступила в силу с 1 января 2016 года³. Будем отслеживать, появляющуюся практику по Заемному труду и как осуществляется процедура запрещения Заемного труда.

³ Трудовой кодекс ФЭ №197 от 30.12.2001г. По состоянию на 01.02.2016г.

Механизмы и перспективы взаимодействия стран БРИКС в сфере трудовых отношений, осложненных иностранным элементом

Беликова К. М.

доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского и трудового права
ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы народов» (РУДН),
доцент; 117198, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6;
BelikovaKsenia@yandex.ru

Ключевые слова. БРИКС, трудовые отношения, иностранный элемент, коллизионные привязки, применимое право, урегулирование споров¹

Обращаясь к вопросу правового регулирования трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, в странах БРИКС отмечу, что это очень интересная тема.

На нынешнем этапе развития мировой экономики воздействие глобализации приводит к увеличению потоков трансграничного перемещения рабочей силы, включения ее в оборот товаров и услуг. Страны БРИКС здесь не являются исключением. Разносистемность правопорядков, к которым принадлежат страны БРИКС,² предопределяет необходимость изучения права этих стран для наиболее успешного развития партнерских отношений России с остальными странами БРИКС на условиях «равных возможностей». Для исследования, которое еще не закончено, и изучения выбраны несколько сфер регулирования:

1. Вовлеченность в процесс труда работников, нанимаемых в странах БРИКС, при которых российская компания рассматривает: 1) вариант приема на работу граждан из стран БРИКС; 2) вариант оформления трудовых отношений с гражданами стран БРИКС, которые будут трудиться в этих странах, проживая

¹ Тезисы подготовлены в рамках работы по гранту Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых - докторов наук № МД-7392.2015.6 «Правовое регулирование трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, в странах БРИКС» (Получатель гранта - К.М. Беликова, ФГАОУ ВО «Российский университет дружбы народов», <http://www.rudn.ru/>).

² См.: Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник: в 2 т. – Москва: РУДН, 2015. Т. 1 / К. М. Беликова, В. Ю. Ифраимов, М. А. Ахмадова, Ц. А. Буджасва (Бегджиева) [и др.]; под ред. д.ю.н., проф. К. М. Беликовой. 2015. – 595 с.; Т. 2 / К. М. Беликова, Н. В. Бадаева, В. Ю. Ифраимов, М. А. Ахмадова, Н. О. Илларионова [и др.]; под ред. д.ю.н., проф. К. М. Беликовой. – Москва: РУДН, 2015. – 582 с.

там же (на территории Китая, Индии и т.д.) при отсутствии / наличии в этих странах российского представительства;³

2. Вопросы правового регулирования разрешения трудовых споров, осложненных иностранным элементом, в контексте представления о судебной и вне(до)судебной формах урегулирования;⁴

3. Подходы к применению национальных, международных и региональных коллизионных предписаний, действующих в сфере трудовых отношений в странах БРИКС в контексте, во-первых, определения границ международного частного права, во-вторых, действия односторонних и многосторонних коллизионных предписаний в системе норм права этих стран БРИКС, в том числе в региональном аспекте, и проблемы применения таких норм.⁵

В результате проведенного исследования выявлены следующие механизмы взаимодействия.

1. В трудовых правоотношениях при решении коллизионных проблем в случае конфликтов трудовых законов той или иной страны БРИКС и законов другой страны чаще всего применяется коллизионная привязка - принцип места работы - страна, в которой работник обычно выполняет трудовые обязанности (*lex loci laboris*, напр., КНР, ЮАР) при возможности применения и закона места заключения договора (*lex locus contractus*, напр., ЮАР). Такие подходы, однако, неминуемо сталкиваются с противоборствующими идеями о территориальности (напр., ЮАР) либо экстерриториальности (напр., Бразилия) национального закона. При этом применение национального режима для иностранцев (напр., Бразилия, Россия, ЮАР) правомерно обосновывается с позиции идеи равенства

³ Подробнее см.: Беликова К.М. К вопросу о выборе права, применимого к трудовым отношениям с участием работников из стран БРИКС. // Экономика и право. – 2015. - № 9. – С. 59-66; Ахмадова М.А. Коллизионное трудовое право: опыт стран БРИКС. // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. – 2015. - № 4(29) (в печати); Севрюгина З.А. Коллизионное регулирование трудовых отношений в странах БРИКС на примере России и Китая. // Мат-лы Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского «Сравнительно-правовые аспекты правоотношений гражданского оборота в современном мире», 17 октября 2015 г. (в печати).

⁴ Беликова К.М. Некоторые вопросы разрешения трудовых споров с участием иностранного элемента в странах БРИКС на примере Бразилии и Китая. // Право и политика. – 2015 (в печати); Она же. Разрешение трудовых споров с участием иностранного элемента в странах БРИКС на примере России, Индии и ЮАР. // Право и политика. – 2015 (в печати).

⁵ Подробнее см.: Беликова К.М. О некоторых проблемах применения национальных, международных и региональных коллизионных предписаний, действующих в сфере трудовых отношений в странах БРИКС. // Адвокат. - № 9. – С. 53-63.

прав граждан того или иного государства и иностранных граждан на его территории.

2. Применительно к разрешению трудовых споров с участием иностранного элемента в странах БРИКС на примере Бразилии и Китая выявлено, что, находясь в русле различных представлений о целесообразности и значимости судебного или примирительно-третейского разбирательства, Бразилия и Китай в настоящее время признают разумность и действенность обоих порядков разрешения трудовых споров как средств социального управления и контроля. При этом в Бразилии систему трудовой юстиции можно рассматривать как способ обособления (в том числе с помощью нормативных средств в виде закрепления на уровне закона) трудового права в контексте утверждения дальнейшей его автономии. Однако основу этой обособленности колеблет тенденция фактического признания допустимости альтернативных способов урегулирования трудовых споров (конфликтов), тогда как в Китае наряду с традицией, базирующейся на идеях конфуцианства и полагающейся на силу убеждения в противовес силе закона, наблюдается рост доверия, во-первых, к роли закона в исследуемой сфере, во-вторых, - к роли суда.

В отличие от Индии в РФ и ЮАР порядок урегулирования индивидуальных и коллективных трудовых споров различается в части обязательного проведения примирительных процедур только для коллективных споров. В Индии все трудовые споры изначально подлежат до- (примирение, медиация) и квазисудебному урегулированию при содействии специально созданных органов. При этом в Индии и ЮАР признается целесообразность и значимость как примирительно-третейского, так и судебного (квазисудебного) – специальными судами (трибуналами) по трудовым спорам - разрешения и урегулирования трудовых споров, тогда как в России специальных судов по трудовым спорам нет, а такие дела рассматриваются в судах общей юрисдикции. Придавая различный вес судебному или примирительно-третейскому разбирательству, законодатели стран БРИКС в разной степени признают целесообразность и значимость обоих.

3. Подход национальных государств к решению вопроса о применении или неприменении в них норм международного права влияет на сферу действия международного частного права в том смысле, что признание приоритета норм должным образом ратифицированных международных договоров и соглашений расширяет возможности для действия международно-правовых актов в сфере МЧП, тогда как идея необходимости их первичной «трансформации» (как, например, в КНР) обуславливает их применимость усмотрением органов государственного управления той или иной страны.

Такое положение подтверждает мысль о том, что основной и наиболее важный источник международного частного права – это национальный закон: каждое государство, в том числе и страны БРИКС, имеет собственное законодательство и через систему коллизионных норм определяет регулирование частноправовых отношений трансграничного характера, и только верховенство закона обеспечивает ограничения в применении иностранного права. Мы полагаем это верным и для трудовых отношений, хотя трудовые отношения и основаны на единстве частных и публичных начал.

4. Что касается стремления закрепить многосторонние коллизионные предписания на уровне региона/межрегиональном уровне, эта идея в практическом плане нивелируется. В связи со сказанным решение проблемы коллизионного регулирования трудовых отношений с участием иностранцев, вытекающее из установления алгоритма применения коллизионных правил представляется наиболее приемлемым на пути действия принципа *in favorem*, отвечающего правовой природе трудовых прав, который должен находить практическое значение в том, что выбор сторонами закона, применяемого к трудовому договору, не должен приводить к ухудшению условий труда работника по сравнению с обязательными положениями закона страны, который был бы применен при отсутствии выбора, и такой выбор должен делаться работником осознанно в письменной форме как минимум при заключении им трудового договора.

5. Анализ российского трудового законодательства позволил установить, что закрепленный трудовым законодательством общий принцип

распространения российского трудового законодательства на трудовые отношения иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими или с их участием, явно недостаточен, поскольку в современных условиях трудовые отношения весьма разнообразны. Например, в транснациональных компаниях формально работники заключают трудовые договоры и вступают в трудовые отношения с российским юридическим лицом, входящим в состав ТНК, тогда как фактически уровень заработной платы, другие условия труда, кадровая политика определяются головной компанией; неясно также, каким образом может быть обеспечено право российских работников на участие в коллективных переговорах, проводимых такой компанией в целом.

Восполнение указанных пробелов исключительно важно для нормального экономического взаимодействия с иностранными партнерами. Поэтому представляется возможным преодоление обозначенных недостатков отечественного трудового законодательства и решение проблемы коллизионного регулирования трудовых отношений с участием иностранцев (индивидуальных и коллективных), например, посредством установления алгоритма применения коллизионных правил в сочетании с принципом *in favorem*, которое представляется наиболее приемлемым и отвечающим правовой природе трудовых прав. Одной из возможных перспектив решения проблем при существующем механизме правового регулирования трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, также является взаимодействие государств в объединениях и форумах, подобных БРИКС, которые со временем, возможно, выработают акты (документы), сходные с Соглашением СНГ о взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работнику (1994 г.) и т.п. актами. Однако, в настоящее время есть мнение о преждевременности такого подхода и оставлении принятия таких мер на перспективу.⁶

⁶ По результатам пребывания в Центре исследования БРИКС Института развития Фуданьского университета, Шанхай, Китай (Center for BRICS Studies of Development Institute, Fudan University, Shanghai, China) для участия в Школе-семинаре "Labour relations and private law within the BRICS countries" 27 октября 2015 г.

Гражданское процессуальное право Республики Гана

Ермакова Е.П.

*к.ю.н., доцент кафедры гражданского и трудового права
юридического института*

Российского университета дружбы народов

Тел.: 8 (495)433-14-28, email: ermakovaep@mail.ru

В статье дана краткая характеристика источников гражданского судопроизводства Республики Гана, в частности, Конституции 1992 г., Правил Высокого суда (гражданское судопроизводство) 2004 г., Закона об альтернативных способах разрешения споров 2010 г. Изложен порядок обращения в суд в Гане. Исследованы основы правового регулирования арбитража в Гане.

Ключевые слова: право Ганы, гражданский процесс, гражданское судопроизводство, источники права, Гана, обращение в суд, арбитраж.

Гана (Ghana) - государство в Западной Африке. Население – 25,9 млн. чел. (2013 г.); более 100 этнолингвистических групп. Гана - унитарное государство. Столица - г. Аккра. Административное деление - 10 областей. Официальный язык - английский. Религия - больше половины населения придерживаются традиционных местных верований, остальные - христиане и мусульмане. В доколониальный период на территории Ганы существовал ряд раннефеодальных государств и племенных союзов. Колонизация страны европейцами началась еще в 1482 г., но только в 1901 г. Англия смогла установить контроль над всей территорией современной Ганы (в то время Золотого Берега). В 1957 г. провозглашена независимость в составе Содружества, возглавляемого Великобританией. С 1960 г. Гана – республика (The Republic of Ghana). По форме правления Гана - президентская республика. В 1966, 1972, 1979 и 1981 гг. имели место военные перевороты.⁷

Система источников гражданского процессуального права Ганы

Правовая система Ганы (The legal system of Ghana) относится к системе англосаксонского права. Как отмечено на сайте Ассоциации адвокатов Ганы, «наша правовая система, как и многие другие учреждения в нашем государстве, является прямым продуктом нашего колониального прошлого».⁸ Поэтому следует подчеркнуть, что большое влияние на формирование правовой системы

⁷ Республика Гана // http://kommentarii.org/strani_mira_ekiklopediy/gana.html

⁸ Legal system // The Ghana Bar Association (GBA) // <http://www.ghanabar.org/legal-system/>

Ганы оказало англо-саксонское право (common law), в частности, законодательство Великобритании. Гана является страной прецедентного права, решения Верховного суда публикуются в Сборнике судебных решений - «Supreme Court Law Reports».⁹

Согласно ст.11 Конституции 1992 г. источниками права Ганы являются: Конституция, законодательство, существующее право и общее право (common law). Под "существующим правом" подразумевается любое писаное и неписаное право, действовавшее на момент вступления Конституции в силу.

Отметим еще раз, что правовая система Ганы сложилась под непосредственным влиянием права метрополии – Великобритании. Поэтому в настоящее время в Гане, как и в других бывших колониях Англии, источники регулирования правоотношений области гражданского судопроизводства, арбитража и медиации построены по образцу источников права метрополии, регулирующих эту область. Более того, некоторые английские законы применяются в Гане до сегодняшнего дня. Например, в ст. 119 Закона о судах 1993 г. закреплена возможность применения английских законов (Application Of English Statutes).

Можно выделить следующие группы источников гражданского процессуального права:

- 1) Статутное право (законы)
- 2) Делегированное законодательство (правила судов и практические указания);
- 3) Общее право (common law) (прецеденты)

Надо назвать также еще 2 группы источников, в которых также содержатся нормы, регулирующие гражданское судопроизводство Ганы:

- 4) Обычное право
- 5) Мусульманское право

Как подчеркивал О.И. Крассов, «отличительной чертой правовых систем многих африканских стран - бывших британских колоний является сочетание в

⁹ The Supreme Court of Ghana Law Reports // Advanced Legal Publications, 1998// https://books.google.ru/books/about/The_Supreme_Court_of_Ghana_Law_Reports.html?id=-6k-AQAAlAAJ&redir_esc=y

них английского общего права и обычного права. Правовые институты этих стран в доколониальный период представляли собой преимущественно нормы обычного права. В некоторых странах, которые были централизованными монархиями, действовали нормы, которые содержались в законах. Такое положение существовало в королевствах Уганды, в королевстве Зулу в Южной Африке и в королевствах Центральной Африки. В Западной Африке применялись нормы исламского права.¹⁰

Статутное право Ганы

В статутное право следует включить: Конституцию Ганы 1992 г.¹¹, Закон о судах 1993 г.¹², Закон о доказательствах 1975 г.¹³, Закон об участии государства в судопроизводстве 1998 г.¹⁴, Закон о вождях 1971 г.¹⁵ и др.

Конституция Республики Гана 1992 г.¹⁶

Действует Конституция, одобренная на референдуме 1992 г. До нее действовали конституции 1957, 1960, 1969 и 1979 гг. В Конституции 1992 г. закреплены следующие принципы гражданского судопроизводства:

- 1) принцип равенства граждан перед законом независимо от пола, расы, цвета кожи, этнического происхождения, вероисповедания, социального или экономического статуса (ст.17);
- 2) осуществление правосудия только судом (п.1 ст.125);
- 3) независимость судей и подчинение их только Конституции (п.2. ст.125);
- 4) осуществление правосудия государственными судами и судами обычного права (customary tribunals);
- 5) запрет в отношении президента, парламента, а также подконтрольных им должностных лиц на вмешательство в судебную деятельность (п.2. ст.127).

¹⁰ Крассов О.И. Земельное и имущественное право в странах общего права: Монография. Изд. "НОРМА", "ИНФРА-М", 2015// СПС КонсультантПлюс

¹¹ Republic of Ghana // Constitution of the Republic of Ghana //

<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/republic/constitution.php>

¹² Courts Act of 1993 // Ghana legal // <http://laws.ghanalegal.com/acts/id/116/courts-act>

¹³ Evidence Act 1975 // GhanaLegal - Legal Portal for Ghana // <http://laws.ghanalegal.com/acts/id/360/evidence-act>

¹⁴ State Proceedings Act 1998 // GhanaLegal - Legal Portal for Ghana // <http://laws.ghanalegal.com/acts/id/212/state-proceedings-act>

¹⁵ Chieftaincy Act of 1971 // Ghana legal // <http://laws.ghanalegal.com/acts/id/81/chieftaincy-act>

¹⁶ Republic of Ghana // Constitution of the Republic of Ghana //

<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/republic/constitution.php>

Глава XI Конституции «Правосудие» (ст.126) определяет основы организации судебной системы государства, которая состоит из судов двух уровней:

- 1) высших судов (Superior Courts of Judicature) и
- 2) низших судов и трибуналов (Lower Courts or tribunals).

К высшим судам относятся:

- 1) Верховный суд (Supreme Court),
- 2) Апелляционный суд (Court of Appeal),
- 3) Высокий суд и Региональные Трибуналы (High Court and Regional Tribunals).

На низовом уровне действуют окружные (circuit tribunals) и общинные суды (community tribunals), а также специальные суды по несовершеннолетним и семейным делам.

Существуют и традиционные суды (Traditional Tribunals): Судебный комитет Национальной палаты вождей (National House of Chiefs – «ННС»), судебные комитеты областных палат вождей и традиционные советы, имеющие официально весьма ограниченные, а на практике - значительные полномочия. Закон об институте вождей (Chieftaincy Act) 1971 г.¹⁷ наделяет традиционные суды правом рассматривать брачно-семейные дела и имущественные споры.¹⁸

Закон о судах 1993 г.¹⁹

Структура и компетенция высших судов Ганы довольно подробно урегулированы в Главе XI Конституции «Правосудие». Закон о судах 1993 г. развивает и дополняет положения Конституции. Закон содержит 121 статью (Section).

Статьи 1-10 закона посвящены организации, структуре и компетенции Верховного суда Ганы. Выделяется 4 вида юрисдикции Верховного суда: 1) общая, 2) специальная (Original Jurisdiction), 3) апелляционная, 4) надзорная (Supervisory Jurisdiction). Закон также закрепляет право Верховного суда на ревизию своих решений (Power Of Supreme Court To Review Its Decisions).

¹⁷ Fenrich, Jeanmarie and McEvoy, Mary. Promoting rule of law in Customary Tribunals in Ghana // <http://harvardhrj.com/2014/11/promoting-rule-of-law-in-customary-tribunals-in-ghana/>

¹⁸ Республика Гана // http://kommentarii.org/strani_mira_encyklopediy/gana.html

¹⁹ Courts Act of 1993 // Ghana legal // <http://laws.ghanalegal.com/acts/id/116/courts-act>

В статьях 11-14 закона определена организация, структура и компетенция Апелляционного суда Ганы.

В статьях 15-22 закона установлена организация, структура и компетенция Высокого суда Ганы. В ст.ст. 17-20 закона особо выделена юрисдикция Высокого суда по делам о пиратстве, по делам в отношении грудных детей (Infants), по делам в отношении душевнобольных (Persons Of Unsound Mind) и по морским делам.

Статьи 23-38 закона посвящены организации, структуре и компетенции Региональных трибуналов Ганы.

Ст.39 определяет организацию Низших судов Ганы (Lower Courts). К низшим судам отнесены: Окружные суды и окружные судьи (Circuit Courts And Judges – ст.ст.40-44); Районные суды (District Courts – ст.ст. 45-48); Суды ювенальной юстиции (Juvenile Courts – ст.50).

Статьи 51-121 закона посвящены отдельным вопросам организации судопроизводства. Например, ст. 55 закона регулирует порядок применения норм обычного права (Ascertainment Of Customary Law). Статья 72 закона определяет правила процедуры примирения в гражданских делах (Reconciliation In Civil Cases). Статья 80 закона закрепляет порядок принятия Правил судопроизводства (Rules Of Court). Статья 114 закрепляет право на получение юридической помощи (Legal Aid). Статья 119 фиксирует возможность применения некоторых английских законов (Application Of English Statutes).

Закон о доказательствах 1975 г.²⁰

Закон 1975 г. содержит 181 статью (Section). Закон не разделен на части или главы. Первые статьи закона содержат положения общего характера. Так, статья 1 закона носит название «Вопросы права», а ст.2 – «Вопросы факта». Статья 3 определяет понятие «Предварительные факты» (Preliminary Facts). Статья 4 устанавливает право суда исключить доказательства из списка (Power Of Court To Exclude Evidence). Статья 11 регулирует вопрос о бремени представления доказательств (Burden Of Producing Evidence Defined). Статья 12 разрешает вопрос о перевесе вероятностей (Proof By A Preponderance Of The

²⁰ Evidence Act 1975 // GhanaLegal - Legal Portal for Ghana // <http://laws.ghanalegal.com/acts/id/360/evidence-act>

Probabilities). Статья 19 закрепляет положение о доказательствах «Prima Facie» (Prima Facie Evidence), т.е. доказательствах, кажущихся достоверными на первый взгляд. Статья 20 посвящена оспоримым презумпциям (Rebuttable Presumptions), а статья 24 – неоспоримым презумпциям (Conclusive Presumptions). Статья 24 определяет факты, которые требуют подтверждения письменными доказательствами (Facts Recited In Written Instrument). Статьи 26-29 посвящены различным видам эстоппеля (Estoppel).²¹

Статьи 31-181 закона закрепляют нормы, посвященные отдельным средствам доказывания и способам их исследования судом. Так, ст.59 закона определяет порядок принесения присяги, статья 62 – порядок проведения перекрестного допроса (Cross-Examination), статьи 67 и 74 – порядку назначения и допроса эксперта.

Статьи 100-109 закона устанавливают различные привилегии: тайна взаимоотношений адвоката с клиентом (Lawyer-Client Privilege), тайна психиатрического лечения (Mental Treatment), тайна исповеди (Religious Advice), тайна мирового соглашения (Compromise), государственная тайна (State Secrets), тайна информаторов (Informants), коммерческая тайна (Trade Secrets), и др.

Статьи 116-118 закона формулируют правило «Hearsay», т.е. правило о недопустимости пользоваться слухами. Статья 120 закрепляет нормы о признании. Статьи 125 и 126 закрепляют доказательственную силу финансовых отчетов компаний (Business Records) и официальных отчетов (Official Records).

Делегированное законодательство Ганы

Анализ статутного права Ганы показывает, что законы (статуты) не регулируют все судопроизводство целиком, а посвящены лишь отдельным вопросам. Поэтому в качестве гражданского процессуального кодекса Ганы можно назвать подзаконный акт – **Правила судопроизводства Высокого суда Ганы 2004 г.** (The High Court (Civil Procedure) Rules)²², которые создаются и утверждаются самим судом. Такой порядок регулирования гражданского судопроизводства полностью соответствует праву бывшей метрополии –

²¹ Эстоппель (лишать права возражения) — правовой принцип, согласно которому лицо утрачивает право ссылаться на какие-либо факты в обоснование своих притязаний

²² The High Court (Civil Procedure) Rules (C.I. 47) 2004 // <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gh/gh032en.pdf>

Великобритании. Кроме указанных правил, в Гане действуют Правила Верховного Суда 1999 г.²³ и Правила Апелляционного суда 1999 г.²⁴

Правила судопроизводства Высокого суда Ганы 2004 г.²⁵

Гражданское производство в Гане в основном регулируется Правилами судопроизводства Высокого суда 2004 г. Это очень объемный документ – 264 страницы мелким шрифтом. Правила состоят из 82 приказов (ORDER), которые в свою очередь содержат правила (Rule). Каждый приказ может включать в себя от 1 до 50 правил.

Правила содержат нормы, регулирующие порядок совершения процессуальных действий, как общий, так и по отдельным категориям дел. Они расположены в последовательности, соответствующей движению производства.

К общим вопросам можно отнести – возбуждение производства (COMMENCEMENT OF PROCEEDINGS), приказ о вызове в суд (WRIT), встречный иск против истца (Counterclaim Against Plaintiff), порядок суммарного производства (Summary Judgment), раскрытие доказательств (DISCOVERY), проведение допроса (INTERROGATORIES), экспертиза (COURT EXPERT), место и способ разбирательства (PLACE AND MODE OF TRIAL), вынесение судебных постановлений (JUDGMENTS AND ORDERS), общие положения об исполнении судебных решений и судебных приказов (ENFORCEMENT OF JUDGMENTS AND ORDERS), общие положения об обжаловании (APPEALS FROM DISTRICT COURTS).

Среди производства по отдельным категориям дел можно назвать:

- правила разрешения споров в торговом суде (ORDER 58—COMMERCIAL COURT RULES),
- иски из договоров займа и ипотеки (ORDER 59—MONEYLENDERS AND MORTGAGE ACTIONS),
- производство по делам о банкротстве (ORDER 60—INSOLVENCY PROCEEDINGS),

²³ Supreme Court (Amendment) Rules, 1999 (C.I 24) // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14979>

²⁴ Court of Appeal (Amendment) Rules, 1999 (C.I 25) // <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14971>

²⁵ The High Court (Civil Procedure) Rules (C.I. 47) 2004 // <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gh/gh032en.pdf>

- иски владельцев долговых обязательств (ORDER 61—DEBENTURE HOLDERS ACTION),
- рассмотрение морских споров (ORDER 62—MARITIME ACTIONS),
- производство по делам о защите интеллектуальных прав ORDER 63—INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS PROCEEDINGS,
- арбитраж (ORDER 64—ARBITRATION),
- иски о расторжении брака (ORDER 65—MATRIMONIAL CAUSES OR MATTERS
- иски, связанные с завещаниями и управлением наследственным имуществом ORDER 66—PROBATE AND ADMINISTRATION.

В конце Правил расположены «Приложения – Формы документов» (SCHEDULE OF FORMS). Всего в правилах содержится 46 форм различных процессуальных документов, но некоторые формы включают в себя не один, а несколько разновидностей образцов документов одного вида. Например, форма 17 включается в себя 7 образцов, а форма 18 – 13 образцов.

Прецедентное право Ганы

Доктрина прецедента целиком и полностью была перенесена Англией в свою колонию. Только три суда Ганы имеют право создавать прецеденты: Верховный суд, Апелляционный суд и Высокий суд. Прецеденты высших судов Ганы представлены на портале «GhanaLegal - Legal Portal for Ghana».²⁶

Примеры современных прецедентов.

Дело **Nsokodua Cooperative Society v. S.K Wiafe& 5 Ors** 16/12/2010. В данном деле зафиксировано правило о необходимости получения разрешения на подачу апелляционной жалобы от Апелляционного суда либо от окружного суда при обжаловании решений окружных судов в Апелляционный суд. Адвокаты истца подали апелляционную жалобу на решение окружного суда без получения разрешения. Жалоба была направлена ответчику. Стороны представили в Апелляционный суд необходимые материалы. Апелляционный суд признал апелляцию недействительной, поскольку она была подана с нарушениями закона²⁷.

²⁶ GhanaLegal - Legal Portal for Ghana // Cases // <http://search.ghanalegal.com/search.php?query=Cases&search=1>

²⁷ Court of Appeal/case of **Nsokodua Cooperative Society v. S.K Wiafe& 5 Ors** on 6/12/2010 // The Ghana Bar Association (GBA) // <http://www.ghanabar.org>

Дело **Bosompem&ors v Tetteh Kwame** [2011].²⁸ В данном деле Верховный суд Ганы зафиксировал правило о том, что срок на апелляционное обжалование составляет 21 день и не может быть продлен.

Обычное право

Нельзя также не отметить влияние традиционного африканского обычного права (African customary law). Последнее преобладает в регулировании брачно-семейных, наследственных и земельных отношений. Статья 272 Конституции 1992 г. предусматривает, что Национальная палата вождей должна предпринимать усилия по изучению и кодификации обычного права с целью унификации его норм и отмены устаревших и социально опасных обычаев.

О.И. Крассов отмечал, что коренное обычное право не было кодифицировано. Имелось некоторое сходство норм обычного права применительно к определенным этническим группам. Обычное право было очень громоздким как по структуре, так и по содержанию. Различия в обычном праве были обусловлены разным уровнем экономического, социального, политического развития, культурными и религиозными различиями. Главной характерной чертой обычного права было то, что это было неписаное право. Данное обстоятельство явилось одной из причин того, что общее право стало применяться в колониях. Нормы обычного права стали иметь вторичное значение по отношению к английскому праву и исламскому праву. Однако в течение колониального периода африканские обычные законы применялись местными судами, и эти законы составляли часть правовой системы страны.²⁹

Мусульманское право

В мусульманских общинах применяется мусульманское право в виде классического (маликитского толка) и обычного права. Действует Ордонанс о мусульманских браках 1951 г. (Marriage of Mohammedans Ordinance), касающийся только процедурных вопросов.³⁰

Обращение в суд по законодательству Ганы

²⁸ The Supreme Court //case of **Bosompem&ors v Tetteh Kwame** [2011]1SCGLR 397//The Ghana Bar Association (GBA) //http://www.ghanabar.org

²⁹ Крассов О.И. Земельное и имущественное право в странах общего права: Монография. Изд. "НОРМА", "ИНФРА-М", 2015// СПС КонсультантПлюс

³⁰ Marriage of Mohammedans Ordinance, 1951 (CAP 129)// <http://landwise.resourceequity.org/record/1771>

Порядок обращения в суд урегулирован в Гане подзаконным актом - Правилами судопроизводства Высокого суда Ганы 2004 г. (The High Court (Civil Procedure) Rules)³¹. Районные и общинные суды (District Court, Community tribunals) вправе принимать иски до 20 тысяч ганских седи.³² Окружные трибуналы (Circuit tribunals) вправе принимать иски до 50 тысяч ганских седи.³³

Основные этапы начала гражданского судопроизводства закреплены в п.2-12 Правил судопроизводства Высокого суда Ганы 2004 г.:

1) Гражданское дело начинается Приказом о вызове в суд (Writ of summons). К приказу о вызове в суд истец может приложить исковое заявление (Claim). Действие судебного приказа истекает через год после его выпуска судом. Поэтому Приказ о вызове в суд должен быть вручен ответчику в течение 1 года.

Исключения. Если иск предъявлен к государству или государственному органу, то истец должен предварительно письменно уведомить государственный орган о своем намерении обратиться в суд.³⁴

2) Извещение ответчика и защита (Notice to the defendant and defence). Ответчик считается извещенным надлежащим образом, когда он получил Повестку о вызове в суд (Writ of summons) и приложенное к ней исковое заявление (Claim). Ответчик должен сообщить в суд о получении Повестки в течение 8 дней. Если ответчик намерен защищаться (Defence), то ему предоставляется еще 14 дней для представления краткого отзыва на исковое заявление. Если ответчик не заявляет о намерении защищаться, то против него может быть вынесено судебное решение в упрощенном порядке.

3) В торговых судах (Commercial Courts) проводится обязательное досудебное совещание сторон (Pre-Trial Conference), для проведения которого назначен срок в 30 дней. В ходе этого совещания спор может быть

³¹ The High Court (Civil Procedure) Rules (C.I. 47) 2004 // <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gh/gh032en.pdf>

³² 1 ганский седи (GHS) равняется 17, 68 российский рубль (RUB) // <https://www.calc.ru/kurs-GHS-RUB.html>

³³ Ghana. Litigation & Dispute Resolution 2016 // <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution/litigation-and-dispute-resolution-2016/ghana>

³⁴ Litigation and enforcement in Ghana: overview // <http://uk.practicallaw.com/0-619-2168?source=relatedcontent>

урегулирован путем переговоров (Negotiation) или медиации (Mediation). Этот срок может быть продлен еще на 30 дней.

4) После извещения ответчика и истечения сроков для заявления ответчика о намерении защищаться (Defence), ответчику предоставляется еще 7 дней для предоставления развернутого заявления о защите или встречного иска (Counterclaim Against Plaintiff).

5) Судебные слушания (Trial). Дата и время судебных слушаний назначаются судом исходя из своего графика. Судья определяет также срок для предоставления окончательных письменных заявлений по делу.

6) Решение выносится не позднее, чем через 6 недель после окончания слушаний по делу.

7) Уведомление об апелляции может быть подано в течение 3 месяцев с момента получения стороной решения по делу.

Упрощенный порядок судопроизводства (Summary judgment)

Истец может просить суд разрешить спор в упрощенном порядке в том случае, если ответчик в установленный срок не представит развернутое заявление о защите, или представит заявление со слабыми доводами (п.14 Правил судопроизводства Высокого суда Ганы 2004 г.).

К заявлению истца о разрешении спора в упрощенном порядке должны быть приложены:

А) Краткий перечень всех требований истца;

Б) Аффидевит (affidavit), т.е. заявление истца, сделанное под присягой, и подтверждающее его иски требования;

В) Подтверждение того, что краткий перечень требований истца и копия аффидевита истца были вручены ответчику не менее, чем за 4 дня до рассмотрения дела в упрощенном порядке.

Ответчик может возражать против аффидевита, представленного истцом. В этом случае суд может обязать ответчика явиться на слушания и подтвердить свои возражения.

При рассмотрении заявления истца о вынесении решения в упрощенном порядке суд может:

1) Вынести решение в пользу истца полностью или в части заявленных требований;

2) Заслушать возражения ответчика;

3) Отклонить заявление истца о вынесении решения в упрощенном порядке; взыскать с истца судебные расходы, если суд установит, что истец знал, что у ответчика имеются серьезные возражения против требований истца.

Суды малых исков (Small Claims Court)

Следует отметить, что с 2013 г. в Гане обсуждается вопрос о создании судов малых исков. Доклад о необходимости создания таких судов на конференции Ассоциации судей и магистратов Ганы (Association of Judges and Magistrates, Ghana - AMJG) сделал г-н Dotse, судья Верховного суда Ганы.³⁵

Арбитраж

Первый национальный закон об арбитраже был принят в Гане в 1961г. (The Arbitration Act 1961, Act 38). В законе содержались нормы, посвященные внутреннему и иностранному (foreign) арбитражу. Арбитражное решение носило окончательный и обязательный характер, и должно было исполняться также, как и решение суда.³⁶

В 1998 г. в Гане была создана комиссия с участием консультантов из США по подготовке нового закона об альтернативном разрешении споров.³⁷ После 10-летней работы комиссия представила проект **Закона об альтернативном разрешении споров** (Alternative Dispute Resolution Act), который был принят в 2010 г.³⁸

Закон 2010 г. состоит из 138 статей, разделенных на 5 частей: 1) Арбитраж; 2) Медиация; 3) Традиционный арбитраж (Customary arbitration); 4) Центр по альтернативному разрешению споров; 5) Финансовые, административные и переходные положения.

³⁵ Mabel Aku Banaseh & Franklin Badu. Set up small claims courts — Justice Dotse //Daily Graphic/Ghana <http://www.graphic.com.gh/news/general-news/6782-set-up-small-claims-courts-justice-dotse.html>

³⁶ Sarkodie, Kwadwo. Arbitration in Ghana - Alternative Dispute Resolution Act 2010 // https://m.mayerbrown.com/Files/Publication/5ee12231-1295-4559-8167-89d93cdf2a06/Presentation/PublicationAttachment/91e048fe-67d4-4e3f-9d10-8bbf9861e753/ArbitrationGhana_Sarkodie.pdf

³⁷ Uwazie, Ernest. Alternative Dispute Resolution and Peace-building in Africa // <http://www.cambridgescholars.com/download/sample/61706>

³⁸ Alternative Dispute Resolution Act 2010 // <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gh/gh036en.pdf>

Закон 2010 г. включает 5 приложений: 1) Нью-Йоркская конвенция 1958 г.; 2) Правила Центра по альтернативному разрешению споров; 3) Правила ускоренного арбитража Центра; 4) Правила медиации Центра; 5) Арбитражная оговорка или арбитражное соглашение.

Закон Ганы 2010 г. был разработан с учетом положений Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. с изменениями 2006г., а также Закона об арбитраже Англии 1996 г. (English Arbitration Act 1996).

Иностранные авторы рассматривают новый закон Ганы 2010 г. как проарбитражный. Но подчеркивают, что закон 2010 г. содержит ограничения на передачу споров в арбитраж.³⁹ Согласно ст. 1 закона не могут быть переданы на разрешение арбитража: 1) споры, связанные с национальными или общественными интересами; 2) споры, связанные с защитой окружающей среды; 3) споры, связанные с применением и толкованием Конституции; 4) иные споры, которые согласно закону не могут быть переданы на разрешение арбитража.

В п.1 ст.7 закона 2010 предусмотрено, что судья государственного суда может даже при отсутствии арбитражного соглашения рекомендовать сторонам передать спор или часть спора на разрешения арбитража, если сочтет это целесообразным.

Закон 2010 г. наделяет государственные суды широкими полномочиями по контролю за арбитражным производством. Суд имеет право: 1) назначить единоличного арбитра (п.б секции 3 ст. 16 закона); 2) удалить арбитра (ст. 18 закона); 3) вынести решение о получении гонорара, об ответственности арбитра (ст.19 закона); 4) вынести решение об арбитражных расходах (ст.22 закона); вынести решение в отношении юрисдикции арбитра (ст.26 закона); определить предварительные вопросы права (ст.40 закона) и др.

³⁹ Dutson, Stuart; Webster, Lucy; Smyth, Timothy. International arbitration Africa style// <http://www.globallegalpost.com/global-view/international-arbitration-africa-style-82836387/>

Общие черты и особенности подходов к защите прав несовершеннолетних усыновленных детей до XIX века.

Пухарт А. А.

К.ю.н., ст. преподаватель кафедры "Гражданского и трудового права" юридического института
Российский Университет Дружбы Народов

Усыновление, будучи одним из наиболее древних институтов, играло значительную роль практически у всех народов и во все времена. Законодательно, впервые, институт усыновления был закреплен в Древнем Риме и Византии⁴⁰. Первоначально усыновление в древнем Риме было призвано восполнить отсутствие собственных детей, усыновленный после смерти усыновителя "должен был стать преемником его имени, культа, словом его политического и религиозного «Я»"⁴¹. По выражению А.И. Загоровского, усыновление в Древнем Риме представляло собой "суррогат тех отношений, которые существовали между естественными родителями и детьми".⁴² Римский закон, "подражая природе, копировал отношения, которые практиковались между естественным отцом и сыном". Закреплялись достаточно строгие условия, соблюдение которых являлось обязательным⁴³. Кастратам было недоступно усыновление, возрастная разница между усыновителем и усыновленным должна была составлять не менее 18 лет, усыновителем могло выступать только лицо мужского пола, т.к. законодательство наделяло усыновителя отцовской властью в отношении усыновляемого (такая власть была достоянием только мужчин, из чего следовало, что женщина по общему правилу не могла выступать усыновителем). Не допускалось женщине выступать и в качестве усыновляемого лица, т.к. она не была способна получать в порядке правопреимства *patria potestas*.

⁴⁰ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права: Учебное пособие / Под ред. З.М. Черниловского. - М.: Гардарики, 1996. - С. 19 – 21.

⁴¹ Загоровский А.И. Курс семейного права. - М.2003. - С.384.

⁴² Там же. - С. 384

⁴³ Система римского гражданского права / Под ред. Барона. - Киев, 1889. Кн. 5. - С. 34, 38.

Римскому праву было известно 2 вида усыновления – *arrogatio*, т.е. усыновление лиц *sui juris*, и *adoption*, т.е. усыновление подвластного лица (*alieni juris*). В более ранний период римский гражданин, который желал усыновить своего согражданина, должен был заявить об этом в народном собрании, санкция которого считалась для этой цели достаточной⁴⁴. В последствии усыновление совершалось посредством императорского рескрипта. Изменены были и имущественные отношения, вытекающие из *arrogatio*. Если раньше имущество усыновляемого переходило в собственность усыновителя, то при Юстиниане собственником имущества оставался усыновляемый, а усыновитель получал в отношении его имущества только *узифрукт*.⁴⁵

В доюстиниановскую эпоху усыновление совершалось посредством троекратной *манципации*. Процедура проходила в два этапа: на первом подвластный освобождался из под отцовской власти, под которой он находился. С этой целью производилась троекратная фиктивная продажа, с последующим освобождением мнимым покупателем. При этом подвластный еще не становился усыновленным⁴⁶. Поэтому, после совершения в третий раз «продажи сына», «покупатель» не отпускал его на «свободу», а выступал в качестве ответчика по иску об истребовании сына. Такой иск предъявлял усыновитель по заранее достигнутой с ним договоренности. Он являлся вместе с подвластным к претору, где позитивно или путем молчания признавал иск, после чего претор объявлял подвластного состоящим под властью усыновителя⁴⁷. Таким образом, усыновление совершалось в результате фиктивного преторского процесса. Основным отличием данного вида усыновления от усыновления лица своего права является его частноправовой характер, отсутствие ограничения на усыновление женщин и детей. Кроме того, для усыновления женщин и внуков достаточно было одной *манципации*.⁴⁸

Во времена Юстиниана для *адопции* вместо прежнего сложного обряда была введена судебная процедура усыновления. Усыновитель, усыновленный и

⁴⁴ Легова Н.В. Усыновление как приоритетная форма устройства детей, оставшихся без попечения родителей // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - Томск. 2003. - С. 12.

⁴⁵ Боголепов Н.П. Учебник истории римского права. - М. 2004. - С.526.

⁴⁶ Легова Н.В. Усыновление в Российской Федерации: правовые проблемы. - М. Волтерс Клувер. 2006. - С.5.

⁴⁷ Там же. - С.6

⁴⁸ Третьякова Е.С., Брюханова Е.Р. Институт усыновления: генезис и современное состояние. URL: <http://www.hse.ru/data/2013/02/01/1305357455/>

домовладыка последнего являлись в суд и делали заявление о своем намерении, причем этот акт усыновления должен был заноситься в протокол.⁴⁹ Изменено было и правовое регулирование отношений между усыновителем и усыновляемым. Если в качестве усыновителя выступало постороннее лицо, то у него не возникало ни отеческой власти, ни каких-либо иных прав в отношении усыновляемого. Над ним сохранялась отцовская власть прежнего домовладыки, за ним сохранялись наследственные права на имущество своего кровного родителя. В отношении усыновителя усыновленный приобретал право наследовать его имущество при условии, что последний умирал, не оставив завещания. Если же усыновителем был дед или прадед, то он получал все права домовладыки над усыновляемым, связь которого с прежней семьей прекращалась.

Некоторые исследователи памятников римского частного права делают предположение о возможном существовании и третьего вида усыновления: усыновление в завещании усыновителя.⁵⁰

Документы, относящиеся к XV-XVI в.в., свидетельствуют о единичном характере актов усыновления того времени. Но в этот период уже допускается возможность для женщин, имевших, но потерявших ребенка, по особой милости императора усыновлять других детей. Принятый ребенок признавался наследником после смерти усыновительницы.⁵¹

На Руси усыновление известно еще с языческих времен. Его основная цель - приобрести наследника, который поминал бы души бездетных супругов, так как по существовавшим в то время обычаям именно дети обязаны были заботиться о душах усопших родителей. Существовали различные процедуры усыновления, регламентация которых осуществлялась на уровне обычаев того времени. Так, например, для установления усыновления использовался обряд фиктивного рождения; женитьба на вдове брата; заключение договора особого рода между усыновителем и усыновляемым⁵².

⁴⁹ Боголепов Н.П. Учебник истории римского права. - М. Изд-во "Зерцало". 2004. - С. 526.

⁵⁰ Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. - М. Юриспруденция. 2005. - С. 83

⁵¹ Судебники XV - XVI вв. / Под ред. Б.Д. Грекова. - М.; Л., 1952. - С. 617.

⁵² Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. - СПб. 2006. - С. 68 - 70.

С принятием христианства из византийского права перешла юридическая идея усыновления, дела об установлении которого находились в ведении церкви. При этом, усыновление освещалось особым церковным обрядом «сынотворенья» и для того чтобы усыновление имело силу, оно подлежало утверждению епархиальным архиереем⁵³.

Помимо церковного порядка усыновления, как отмечает З.З. Алиева⁵⁴, на Руси сохраняются и иные процедуры усыновления, регулируемые нормами обычного права.

Со временем был сформулирован запрет на усыновление своих незаконнорожденных детей, цель которого - оградить собственность усыновителя от возможных посягательств со стороны его незаконных детей. Ведь следствием усыновления было присвоение всех прав законных детей усыновленному.⁵⁵

Реформы Петра I не коснулись норм об усыновлении. В его Указе от 23 марта 1714 г. "О единонаследии" и Инструкции о магистратах 1724 г. лишь косвенно затрагивали усыновление в связи с переходом имущества наследодателя к наследникам.

Первые нормативно-правовые акты, регулирующие отношения усыновления, были приняты в конце царствования императрицы Екатерины II. Дальнейшее развитие законодательного регулирования отношений по усыновлению пришлось на царствование императора Александра I. В этот период в русском праве были выделены следующие виды усыновления в зависимости от усыновляющих лиц: усыновление дворянами, усыновление лицами податных сословий, усыновление иностранцами. Предусматривались специальные правила для усыновления каждого вида.

11 октября 1803 г. был принят Указ, который позволил бездетным дворянам усыновлять ближайших законнорожденных родственников, которым присваивалась фамилия усыновителя, а после смерти по наследству переходило

⁵³ Загоровский А.И. Курс семейного права. - М., 2003. - С. 386 - 387.

⁵⁴ Алиева З. З. Процессуальные особенности рассмотрения дел об усыновлении детей российскими гражданами: по материалам правоприменительной практики Республики Дагестан // Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Махачкала. 2007 // ПГБ ОД, 61:07-12/902. С. 31-32. URL: <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp>

⁵⁵ Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. - С.-П. Юридический центр прес. 2006. - С.70

недвижимое имущество. Усыновленные дети признавались родными "во всех наследственных линиях". Указом от 16 ноября 1817 г. усыновителям разрешалось усыновлять нескольких лиц с присвоением своего имени, фамилии. При этом все усыновляемые лица должны были иметь равные права на наследство. Более того, усыновлением не должны нарушаться права ближайшего наследника, который по закону мог иметь преимущественное право на получение недвижимого имущественного имущества⁵⁶.

Во всех случаях усыновление санкционировалось Высочайшим разрешением. При этом усыновление личными дворянами, не принадлежащими к потомственному дворянству, православными священнослужителями и церковными причетниками и почетными гражданами осуществлялось на основании постановлений казенных палат, утверждаемых Сенатом. "У крестьян и мещан усыновление производилось припискою к семейству, для последних с утверждения казенной палаты"⁵⁷. Однако новый член семьи крестьянина приобретал право на земельный надел только в том случае, если усыновление было произведено с разрешения общины.⁵⁸

Принятие Закона от 12 марта 1891 г. "О детях усыновленных и узаконенных" позволило незаконнорожденных детей не только узаконить, но и усыновлять. Разрешение касалось всех детей независимо от их сословной принадлежности и вероисповедания. Устанавливался судебный порядок усыновления. Просьбы об усыновлении подлежали рассмотрению окружными судами по месту постоянного жительства усыновителей и усыновляемых. Порядок усыновления для крестьян и мещан был сохранен без изменений. Усыновителями могли быть лица не моложе 30 лет, не имеющих собственных законных или узаконенных детей. Возрастная разница с усыновляемым должна составлять не менее чем 18 лет. Усыновленный приобретал все права и обязанности законных детей.

⁵⁶ Писклова Е.Н. Генезис института усыновления в дореволюционной России // История государства и права. 2006. N 11. - С. 63.

⁵⁷ Алиева З. З. Процессуальные особенности рассмотрения дел об усыновлении детей российскими гражданами: по материалам правоприменительной практики Республики Дагестан // Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Махачкала. 2007 // РГБ ОД, 61:07-12/902. - С.33. URL: <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp>

⁵⁸ Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. - С.-П. 2006. - С.152

В этот период меняется понимание усыновления – это уже не только способ решения имущественных проблем, но и акт, имеющий моральное значение. Выделялись несколько категорий усыновления. Первая категория – усыновление по обещанию, которое считалось самым ценным, так как обещавший усыновить обычно делал все, чтобы усыновленному ребенку у него было хорошо.⁵⁹ Вторая категория – усыновление ребенка привязавшейся к нему кормилицей. Третья категория – усыновление за награду.

В Законе 1891 г. законодатель стремился закрепить общие начала, регулирующие вопросы усыновления, хотя полностью отказаться от сословных различий ему не удалось. Что касается юридических последствий усыновления, то по выражению самого закона "усыновленный вступает по отношению к усыновителю во все права и обязанности законных детей". При этом законодатель устанавливает ряд ограничений. Усыновленный имеет право законного наследования только в благоприобретенном, а не родовом имуществе усыновителя, он не имеет права на пенсию и пособия по службе усыновителя, после смерти усыновителя, оставившего одних дочерей, последние делят наследство между собой и усыновленным поровну (ст.156). Все это умаляет юридическое положение усыновленного сравнительно с положением родных детей⁶⁰. В то же время усыновленный не порывает связей с родной семьей: за ним сохраняется право законного наследования в родовом и благоприобретенном имуществе своих родителей и родственников.

С принятием 3 июня 1902 г. Закона "Об улучшении положения незаконнорожденных детей" при усыновлении собственных внебрачных детей устанавливаются менее строгие правила: усыновитель мог быть моложе 30 лет, не обязательна 18-летняя разница в возрасте. Усыновителями могли быть лица всех состояний без различий пола. Однако делались существенные оговорки в зависимости от того, к какой национальности, религии данное лицо принадлежит, в какой местности проживает. Так, например, запрещалось усыновление христианами нехристиан и наоборот.⁶¹ Особые правила

⁵⁹ Нечаева А.М. Семейное право. Курс лекций. - М.Юристъ.2002. - С.258

⁶⁰ Мейер Д.И. Русское гражданское право. -М.Статут. 1997. - С.379

⁶¹ Свод законов Российской империи. Т.Х.Ч.1 . - Ст.148

усыновления действовали в Прибалтийских губерниях и в царстве Польском. Сохраняется правило о разнице в возрасте между усыновителем и усыновленным в 18 лет (за исключением усыновления внебрачных детей). Требуется согласие родителей, опекунов и попечителей ребенка на его усыновление. Если усыновляемый достиг 14-летнего возраста, то необходимо было получить его согласие, при усыновлении одним из супругов требовалось согласие другого. Условия носили обязательный характер и не предусматривали исключений.

Условия усыновления закреплялись не только в Своде законов, но и в различного рода правилах, судебных постановлениях. В соответствии с Правилами об усыновлении питомцев императорских Санкт-Петербургского и Московского воспитательных домов усыновление питомцев до семилетнего возраста осуществлялось с согласия начальства воспитательного дома. При этом необходимо было и согласие матери. По истечении этого возраста питомцы могут быть отдаваемы в усыновление и без ее согласия⁶².

Процедура усыновления, существовавшая в России в конце 19 века регламентировалась Уставом гражданского судопроизводства и не отличалась простотой. Особенно сложной эта процедура была для дворян, которая предусматривала прохождение нескольких этапов: составление акта усыновления у нотариуса; представление этого акта на разрешение окружного суда по месту жительства усыновителя; утверждение этого акта судебной палатой. Помимо этого в судебную палату опекунским учреждением должно быть представлено подтверждение тому, что "усыновление не обратится во вред усыновляемому".⁶³

Усыновление порождало отношения, которые были схожи с кровнородственными, но полностью с ними не отождествлялись. Так, усыновитель вправе был присвоить усыновленному свою фамилию только при условии, что он не пользуется большими правами состояния. Передача

⁶² Писклова Е.Н. Генезис института усыновления в дореволюционной России // История государства и права. 2006. N 11. - С. 65.

⁶³ См.: Законы об узаконении и усыновлении детей с объяснениями, извлеченными из мотивов закона 12 марта 1891 г., и с разъяснениями по определениям Правительствующего Сената /Сост. Я.А.Канторович. - СПб. 1899. - С.39-45

потомственными дворянами своей фамилии усыновленному возможна была только по Высочайшему соизволению.⁶⁴ После смерти усыновителя к усыновленному не переходили права на его пенсию, права наследования на имение усыновителя, у которого не было собственных сыновей, но при этом у усыновленного сохранялось право наследования по закону после своих родителей и их родственников.

В целом, оценивая период развития института усыновления до 1917 г., необходимо отметить, что в законодательстве Российской империи закреплялся принцип сословности в вопросах усыновления. В то же время были сформулированы некоторые прогрессивные условия, которые определили вектор дальнейшего развития законодательства об усыновлении: согласие ребенка, его родителей, опекунов на усыновление; согласие супруга на усыновление, когда усыновителем является один из супругов; требования к возрасту; присвоению своей фамилии и др. Однако, как отмечается в литературе, "для российского законодательства было характерным использование усыновления прежде всего для охраны имущественных интересов усыновителя-наследодателя. Одновременно благодаря усыновлению осуществлялась защита прав ребенка путем его устройства в семью усыновителя, что особое значение это имело для осиротевших детей".⁶⁵

⁶⁴ Свод законов Российской Империи. Т.Х. Ч.1. -Ст.156'

⁶⁵ Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. -С.-П. "Юридический центр Пресс". 2006. -С.155

Рассмотрение гражданских споров арбитражами в РФ.

Русакова Е. П.

К.ю.н., доцент кафедры гражданского и трудового права
Российский университет дружбы народов
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д. 6
rusakova_ep@pfur.ru

В статье анализируется новый ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» №382-ФЗ, его положительные и отрицательные черты, а также сравниваются положениями ранее действовавшего законодательства и зарубежный опыт.⁶⁶

Ключевые слова: арбитраж, арбитры, третейский суд, арбитражное учреждение, обеспечительные меры, корпоративные споры.

29 декабря 2015 года был принят Федеральный Закон N 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», который вступит в силу с 1 сентября 2016 года. Данный закон регулирует организацию и процедуру рассмотрения внутренними арбитражами споров, это прямо закреплено в статье 2 закона. Споры с иностранным элементом рассматриваются в соответствии с Федеральным Законом от 7 июля 1993 года N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

Данный закон еще раз подчеркнул наличие в Российской Федерации арбитражей рассматривающих внутренние споры (третейские суды) и международные, осложненные иностранным элементом. Это еще одна попытка преодолеть двойственность арбитражного разбирательства. Ведь только в РФ есть арбитражные государственные суды, рассматривающие экономические и иные споры, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности. Следствием, является путаница в употреблении слова арбитраж. За рубежом такой проблемы не существует и если употребляется термин арбитраж, то сразу понятно, о чем идет речь. Только, в одних странах, есть деление на внутренний и

⁶⁶ Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2016-2018 гг. № 16-33-01005"а2" «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС» (Н.рук. – Е.П. Русакова).

внешний (ярким примером, является Китайская Народная Республика⁶⁷), а в других, такого деления нет, и используется понятие арбитраж (arbitration).

Данный закон определяет третейский суд как один или несколько арбитров, а арбитраж как процесс разрешения споров третейским судом, который осуществляет свою деятельность в арбитражном учреждении, что, наверное, было сделано для сохранения, еще пока, понятия третейский суд. Конечно, такие формулировки могут поставить в тупик иностранных юристов и практиков.

Несмотря на принятие нового закона требования к кандидатуре арбитра по-прежнему остаются на достаточно низком уровне. Обязательными требованиями является наличие высшего юридического образования только при единоличном рассмотрении дела, а при коллегиальном только один из арбитров должен соответствовать указанному требованию, и более того, председательствующий арбитр может не иметь юридического образования, так как он должен следить за соблюдением процедуры рассмотрения спора. И еще ограничением является возрастной ценз, так как арбитром не может быть лицо моложе двадцати пяти лет. Если говорить о составе арбитров, в котором соблюдены только минимальные требования, то можно с точностью заявить о совершенно низком уровне профессиональной подготовки данного состава. Поэтому законодателю следует ужесточить требования к кандидатурам арбитров.

Результатом такой политики стало создание огромного числа, по сравнению с зарубежными странами, постоянно действующих арбитражных учреждений, а отсюда, вынесение заказных решений сомнительного содержания и как результат, подрыв доверия государственных судов и других лиц к арбитражам в нашей стране. Отсутствие ответственности арбитров за вынесенные решения с одной стороны гарантируют независимость и беспристрастность данного процесса, а с другой стороны совершенно не защищают интересы лиц обратившихся в арбитражное учреждение. Ведь не стоит забывать о том, что стороны несут материальные издержки за проведение этой процедуры и чаще всего немаленькие. А в итоге могут получить арбитражное решение, которое с успехом будет отменено судом. Положительной тенденцией данного закона

⁶⁷ Русакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж в Китае. Вестник РУДН, Юридическая наука, №4, 2012, С. – 159.

стало ужесточение порядка создания арбитражных учреждений по сравнению с предыдущим законом.

Еще одной характерной чертой российского закона является прямое закрепление контрольных функций государственных судов (компетентных судов) за деятельностью третейских судов. Правда в законе, это также называется осуществление функций содействия деятельности арбитража. Возможность внедрения в процедуру назначения арбитров, в случае невозможности достижения согласия сторонами соглашения в отношении кандидатуры, отвода арбитра, прекращения полномочий арбитра, а также в вопросы компетенции третейского суда. Как показывает практика, этот вопрос является наиболее важным для дальнейшего исполнения арбитражного решения. Большое количество арбитражных решений отменяется по этому основанию.

В арбитражном соглашении стороны обязаны указать точное название арбитражного учреждения, который будет рассматривать данный спор. В большинстве зарубежных стран наличие слова арбитраж, является безусловным основанием обращения сторон в арбитражи этих стран.

Также в законе прямо закреплено положение о том, что если стороны не пропишут в арбитражном соглашении окончательность арбитражного решения, то это дает сторонам право его отменить по основаниям, установленным процессуальным законодательством Российской Федерации.

Данное положение ставит под сомнение целесообразность обращения в арбитражное учреждение для разрешения спора. За рубежом законодатель, наоборот, стремится сделать арбитраж наиболее привлекательным, чем государственное судопроизводство.

Как показывает судебная практика, немаловажный вопрос это беспристрастность и независимость арбитров при разрешении споров. Так одним из оснований для отмены арбитражного решения являлось участие арбитра в научной конференции, спонсором которой была сторона по спору. В другом деле ВАС от 13 января 2011 г. N 11861/10 совместное преподавание в ВУЗе и совместную научную деятельность арбитражный суд не посчитал основанием для отвода арбитра.

Важным является закрепление в законе возможности наложения обеспечительных мер как по заявлению стороны арбитражного разбирательства, так и по определению третейского суда. Арбитражный суд Свердловской области по делу № А60-2223/2016 выдал исполнительный лист на определение о принятии обеспечительных мер от 01.12.2015 Третейского суда. Данное обстоятельство положительно влияет на конкурентоспособность арбитражного процесса, так как гарантирует сторонам исполнимость арбитражного решения.

Однако, не все так безоблачно, так например, Арбитражный суд Алтайского края вынес определение по делу №А03-547/2016 о наложении обеспечительной меры в виде запрета проведения третейского разбирательства⁶⁸, на том основании, что одна из сторон оспаривает третейскую оговорку в своих договорах, обосновав свою позицию тем, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности, которых оно отнесено законом. Несмотря на то, что в договорах, где содержатся спорные, по мнению истца, арбитражные оговорки, содержатся положения об окончательности и запрете отмены арбитражного решения. Такая судебная практика снижает целесообразность заключения арбитражного соглашения, так не гарантирует сторонам обеспечение прав сторон в процессе.

Новый закон содержит большое количество новелл, в частности возможности рассмотрения корпоративных споров арбитражами, за исключением споров, предусмотренных пунктами 2 и 6 части 1 статьи 225.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Для этого постоянного действующее арбитражное учреждение, именно так законодатель определил арбитраж, должен принять специальные правила рассмотрения корпоративных споров. Арбитражное соглашение о передаче в арбитраж всех или части споров участников созданного в Российской Федерации юридического лица и самого юридического лица, для разбирательства которых применяются правила арбитража корпоративных споров, может быть заключено путем его включения в устав юридического лица. Устав, содержащий такое арбитражное соглашение, а также изменения,

⁶⁸ Электронный ресурс. Код доступа: <http://arbitrage.ru/practice/324>

вносимые в устав, предусматривающие такое арбитражное соглашение, и изменения, вносимые в такое арбитражное соглашение, утверждаются решением высшего органа управления (собрания участников) юридического лица, принимаемым единогласно всеми участниками этого юридического лица. Хотя пока судебная практика по данному вопросу отсутствует, так как данная практика начнет формироваться с осень этого года.

В законе также как и в зарубежных странах, закреплена возможность обращения сторон к процедуре медиации, в случае, если стороны в процессе арбитража, заключат медиативное соглашение. В данном соглашении указывается срок проведения медиации и на этот срок откладывается арбитражное разбирательство. В случае, достижения соглашения сторонами, оно может быть утверждено третейским судом в качестве арбитражного решения. За рубежом на стадии подачи заявления в арбитражное учреждение, сторонам может быть рекомендовано до начала арбитражного разбирательства, применить процедуру медиации. В случае, если одна из сторон будет против, то в дальнейшем, даже при успешном завершение спора эта сторона может понести все судебные издержки.

При принятии нового арбитражного закона законодатель постарался приблизить его к международным стандартам. Хотя, более правильным, было бы принятие единого закона, как для внутреннего арбитража, так и для международного, так как при наличии определенных обстоятельств одно и то же постоянное арбитражное учреждение может проводить эти две процедуры.

О важности конституционных норм в осуществлении предпринимательской деятельности в Республике Таджикистан

Самадов Б. О.

кандидат юридических наук, доцент,
докторант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
E-mail: samadov.bb@hotmail.com

В настоящей статье рассматриваются роль и значение норм Конституции Республики Таджикистан, законодательства о регулировании предпринимательской деятельности, основные направления развития предпринимательской деятельности в стране.

Ключевые слова: государство, конституция, нормы права, референдум, конкуренция, собственность, гражданское общество, лицензирование, правовое регулирование, добросовестность

С принятием Конституции Республики Таджикистан на всеобщем референдуме 6 ноября 1994 г. были заложены конституционные основы предпринимательства, как и всей системы рыночной экономики. Конституционные нормы – это нормы высшей юридической силы, а вместе с тем и нормы прямого непосредственного действия.

В преамбуле Конституции закреплено: «Народ Таджикистана, являясь неотъемлемой частью мирового сообщества, сознавая свой долг и свою ответственность перед прошлым, настоящим и будущими поколениями, понимая необходимость обеспечения суверенитета и развития своего государства, признавая незыблемыми свободу и права человека, уважая равноправие и дружбу всех наций и народностей, ставя задачей создание справедливого общества, принимаем и провозглашаем настоящую конституцию»⁶⁹. Данное закрепление этой части Основного закона страны в течение последних 20 лет осуществляются в действительности.

Как известно, социально – ориентированное рыночное хозяйство с его экономической свободой, многообразием форм собственности,

⁶⁹ Конституция Республики Таджикистан. – Душанбе, 2013.

предпринимательством, социальным партнерством и общественной пользой закрепляется в качестве конституционной основы экономики государства.

В статье 12 Конституции закреплено: «Государство гарантирует свободу экономической и предпринимательской деятельности, равноправие и правовую защиту всех форм собственности, в том числе частной». Конституционное закрепление основ предпринимательской деятельности в стране непосредственно связано с наделением граждан Таджикистана неотчуждаемыми, признаваемыми от рождения правами, связанными со свободой, равенством и независимостью. Закрепленные конституционные принципы образуют основу правовой инфраструктуры современной экономики и способствуют эффективной защите участниками предпринимательской деятельности своих прав и свобод.

Формирование концепции развития социальной рыночной экономики закреплено в Конституции, т.е. такие основные права и свободы гражданина, как право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, частной собственности (ст. 32), свободно распоряжаться своими способностями к труду (ст. 35), на свободное передвижение и выбор места жительства (ст. 24.), на свободное перемещение товаров, услуг, на интеллектуальную собственность (ст. 40), на возмещение государством вреда (ст. 21, п.2 ст. 32).

Конституционные принципы рыночной экономики являются особой разновидностью правовых принципов, ориентированных на регулирование экономических отношений. Они во многом определяют содержание принципов правового регулирования предпринимательской деятельности⁷⁰.

Следует отметить, что конституционные положения, касающиеся статуса субъекта предпринимательской деятельности, конкретизируются большим количеством законодательных актов, в том числе особо детализируются в Гражданском кодексе Республики Таджикистан⁷¹. С 1 января 2000 г. введена в

⁷⁰ Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. – М., 2002, с. 49.

⁷¹ Гражданский кодекс Республики Таджикистан. (Официальный текст). Ч.1, 2, 3. – Душанбе, Конуният, 2014.

действие часть первая ГК РТ, который с определенными оговорками можно назвать экономической конституцией. Гражданский кодекс устанавливает гражданские права и свободы, регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, упорядочивает организационно-правовые формы предпринимательской деятельности (к сожалению, в ГК РТ не разрешено далее создавать индивидуальные (семейные) частные предприятия, но расширены права физических лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица).

В п. 3 ст. 1 ГК РТ впервые закреплено, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Регулируя посредством гражданского законодательства предпринимательскую деятельность, законодатель обязан учитывать, возможные ограничения законом прав владения, пользования и распоряжения имуществом, а также свободы предпринимательской деятельности и свободы договоров, исходя из общих принципов права, и они должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, в том числе прав и законных интересов других лиц.

Ясное определение по своему содержанию имеет п. 4 ст. 10 ГК РТ, согласно которому граждане и юридические лица должны при осуществлении принадлежащих им прав разумно, справедливо и добросовестно соблюдать содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели также правила деловой этики. Эта обязанность не должна быть исключена или ограничена договором. Разумность, справедливость и добросовестность действий участников гражданских правоотношений предполагается.

Как отмечается, право предпринимателя представляет собой выражение и

конкретизацию в правовых нормах принципа свободы предпринимательства, и это необходимо в целях защиты интересов предпринимателя при осуществлении им своей деятельности⁷².

В юридической литературе отмечается, что такие общеправовые принципы, как принципы справедливости, пропорциональности и соразмерности при ограничении прав и свобод, добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами, получив воплощение в конституционном праве, становятся конституционными принципами⁷³.

Следует отметить, что все законы, нормативно – правовые акты, принимаемые в стране не должны противоречить Основному закону и Гражданскому кодексу. Законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции, не имеют юридической силы (ст. 10 Конституции). Нормы гражданского законодательства, содержащиеся в других законах и иных актах законодательства, должны соответствовать настоящему Кодексу (п.1 ст. 2 ГК РТ).

В Таджикистане в сфере осуществления свободной предпринимательской деятельности приняты ряд законов, как «О государственной защите и поддержке предпринимательства»⁷⁴ от 2014г., «О лицензировании отдельных видов деятельности»⁷⁵ от 2004г., «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»⁷⁶ от 2006 г., и др. Содержание этих и других законов, нормативно-правовых актов свидетельствуют о тех принципах, которые закреплены в вышеупомянутом п. 4 ст. 10 ГК РТ. Закон о государственной защите определяет общие положения государственной защиты, поддержки и свободного развития

⁷² Самадов Б. О. Реализация ответственности в сфере предпринимательской деятельности по законодательству Таджикистана: правовые проблемы и пути её решения // «Социально-экономическое развитие стран СНГ в контексте интеграции национальных экономик». Монография. / Под ред. проф. М. К. Хусайнова, И. А. Аминова, Душанбе, «Ирфон», 2014, с. 247.

⁷³ Гаджиев Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. – 2002, № 7, с. 61-62.

⁷⁴ Закон Республики Таджикистан «О государственной защите и поддержке предпринимательства» // Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан, 2014 г. №7, ст. 404.

⁷⁵ Закон Республики Таджикистан «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан, 2004 год, №5, ст. 348; 2005 год, №3, ст. 120; 2008 год, №6, ст.457; №10, ст.816; 2009 год, №3, ст.78; 2009 год, № 5, ст.326; №9-10, ст.544.

⁷⁶ Закон Республики Таджикистан «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» // Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан, 2006, №7, 346; 2008 год, №10, ст.811.

предпринимательства в Республике Таджикистан, устанавливает формы и методы государственного стимулирования и регулирования деятельности субъектов предпринимательства. Закон о лицензировании определяет виды деятельности, подлежащие лицензированию, устанавливает правовые основы выдачи лицензий на право заниматься определенными видами деятельности и направлен на обеспечение соблюдения стандартов и квалификационных требований для обеспечения защиты интересов и безопасности личности, общества и государства. Закон о конкуренции определяет организационные и правовые основы ограничения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции и направлен на обеспечение условий для создания и эффективного функционирования товарных рынков.

«Государство гарантирует свободу экономической, предпринимательской деятельности, равноправие и правовую защиту всех форм собственности, в том числе частной» (ст. 12 Конституции).

Очевидно, что зависимость развития предпринимательства с коррупцией – как одного из относительно самостоятельных и наиболее вредоносных, по своим социальным последствиям, видов экономической или «беловоротничковой» преступности (криминального предпринимательства), самостоятельного и довольно распространенного в большинстве государств современного мира видов преступности и форма отклоняющегося поведения должностных лиц органов государственной власти, следует выделить. На наш взгляд, назрело время путем всенародного референдума внести изменение и дополнение в Конституцию и провозгласить в содержании норм Основного закона страны «борьбу против коррупции, коррупционных действий» на государственном уровне.

Следует отметить, что конституционные нормы, составляющие правовую базу свободной предпринимательской деятельности, являются взаимодополняющими и представляющими ценность именно в единстве и согласованности. В юридической литературе отмечается, что «...все конституционные нормы можно условно объединить по определенным группам: о свободе экономической деятельности и договоров; о едином

экономическом пространстве; о многообразии и равноправии различных форм собственности и основанных на них организационно-правовых форм предпринимательства; о защите конкуренции»⁷⁷.

О значении конституционных основ в сфере свободной предпринимательской деятельности О. М. Олейник подчеркивает, что «...значение конституционных основ предпринимательского права состоит в том, что они: во-первых, программируют правовое регулирование предпринимательской деятельности, распространяя на нее правовой режим предпринимательства и устанавливая свободу передвижения капитала и финансовых услуг. Государство на уровне Конституции создает гарантии сферы реализации товаров, работ и услуг, устанавливая при этом некоторые правила и основные принципы;

во-вторых, конституционные основы устанавливают тот минимум гарантий прав и интересов участников предпринимательских правоотношений, который не может быть ограничен. К числу таких прав и свобод нужно отнести право на собственность, право на информацию, право на судебную защиту и т.п.; в-третьих, конституционные нормы создают основу для единообразного предпринимательского правового регулирования»⁷⁸.

Следует согласиться с мнением автора и необходимо отметить, что и в условиях Таджикистана конституционные нормы, основы свободной предпринимательской деятельности направлены для достижения конкретных социально-экономических целей, правового регулирования всего гражданского общества. «Формирование гражданского общества в Республике Таджикистан возможно лишь при условии существования правовых норм, способствующих его развитию»⁷⁹.

Согласно нормам п. 2 ст. 73 Конституции Республики Таджикистан Правительство обеспечивает эффективное руководство экономической,

⁷⁷ Гаджиев Г. А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации. – М., 1995, с. 116.

⁷⁸ Предпринимательское (хозяйственное) право. Т. 1./ Под ред. проф. О. М. Олейник. – М., Юристъ, 1999, с. 59-60.

⁷⁹ Одинаев А. Ш. Правовые аспекты построения гражданского общества в Республике Таджикистан // Закон и право. – 2007, № -12, 2007, с. 109.

социальной и культурной сферами и исполнение законов, в том числе в сфере свободной предпринимательской деятельности.

Таким образом, на основании закрепленных в Конституции положений, в сфере осуществления свободной предпринимательской деятельности, государство, как суверен политической власти, обязано обеспечивать определенный режим партнерских отношений для всех участников предпринимательской (хозяйственной) деятельности, что находит отражение в нормах, закрепляющих: обязанность государственных органов поддерживать конкурентную среду; равенство всех форм собственности; право на равную судебную защиту в случае нарушения законных прав и интересов.

Особенности регулирования прав на объекты интеллектуальной деятельности в Европейском Союзе

Архангельская А. А.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права Российского Университета Дружбы Народов:

Адрес: улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198

e-mail: angie_star@inbox.ru

В статье анализируется специфика прав на объекты интеллектуальной деятельности согласно законодательству Европейского Союза.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, Европейский Союз, коммунитарный режим, национально-правовая охрана, гармонизация.

В данный момент растет научный интерес к праву интеллектуальной собственности в Европейском Союзе (далее – ЕС). Теоретическую и практическую значимость приобретает исследование проблемы о соотношении регулирования права интеллектуальной собственности на уровне ЕС и отдельного государства, входящего в Европейский Союз.

Обращаясь к вопросам интеллектуальной собственности, Суд ЕС вывел основные принципы правового регулирования, которые обеспечили базу для формирования вторичного права ЕС по вопросам интеллектуальной собственности:

- принцип особого интереса в охране интеллектуальной собственности (“specific subject matter”, в деле 78/70 Deutsche Grammophon v Metro SB Grossmarkte GmbH) – гарантия вознаграждения творческого усилия изобретателя, подтверждающая, что у патентообладателя есть исключительное право использовать изобретение в целях производства промышленных изделий и пускать их в обращение непосредственно или с помощью лицензий, предоставленных третьим лицам⁸⁰;

- принцип регионального исчерпания прав (“regional exhaustion”, в деле 15/74 Centrafarm BV and se Peijper v Sterling Drug) – после того, как владельцем права легально изготовленный товар введен в оборот в пределах европейского экономического пространства (далее - ЕЭП), он не может использовать его торговую марку или патент в целях воспрепятствования дальнейшей продаже

⁸⁰ Case 15/74, Centrafarm BV v. Sterling Drug Inc. [1974], пара 9 – перевод автора.

продукта на территории ЕЭП, кроме исключительных обстоятельств, когда, например, здравоохранение находится в опасности.⁸¹

Характер прав на объекты интеллектуальной деятельности (исключительный характер прав правообладателя) находится в некотором противоречии с теми задачами, которые поставлены ЕС. Впервые Суд ЕС решил эту проблему в деле 24/67 Parke Davis v Centrafarm, в котором было отмечено, что национальные правила, относящиеся к охране промышленной собственности, не унифицированы, в связи с чем расхождения между правовыми системами государств-членов ЕС могут создавать препятствия в свободе перемещения запатентованных товаров и конкуренции на общем рынке.⁸²

Акты вторичного права ЕС по гармонизации правоотношений и международные соглашения по вопросам интеллектуальной собственности направлены на решения практически идентичных задач, поскольку в большинстве случаев соглашения обязывают их участников предусмотреть в национальных законах определенный минимум правовой охраны. Директивы ЕС, как акты вторичного права, должны быть инкорпорированы в национальное законодательство стран-членов ЕС. Однако, страны-члены ЕС не обязаны в точности копировать конкретные положения Директив во внутреннее законодательство, как это происходит, к примеру, с Регламентами. Тем не менее, основные положения Директив должны быть отражены в национальном законодательстве.

Особенность правового регулирования интеллектуальной собственности актами органов ЕС связана с созданием коммунитарного (единого) режима охраны объектов интеллектуальной собственности. Именно в этой плоскости возможно сопоставить право ЕС и право отдельного государства-члена ЕС по вопросам интеллектуальной собственности. В настоящее время в ЕС успешно функционируют единые системы охраны товарных знаков, промышленных образцов, сортов растений. На эти объекты могут быть получены «европейские»

⁸¹ Claudia Desogus, Antitrust issues in the European pharmaceutical market: an economic analysis of recent cases on parallel trade, Bologna University Press, 2010, pp. 2-3 – перевод автора

⁸² Judgment of the Court of 29 February 1968. Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm. Reference for a preliminary ruling: Gerechtshof 's-Gravenhage - Netherlands. Case 24-67. – перевод автора.

права интеллектуальной собственности, которые одинаково действуют на всей территории сообщества. В каждой стране-члене охрана предоставляется на основе права ЕС, национальное право может решать лишь те единичные вопросы, которые не регулируются актами органов ЕС. При конфликте норм национального права по вопросам интеллектуальной собственности и права ЕС, превалировать всегда будет право ЕС.

Для функционирования системы коммунитарной охраны прав интеллектуальной собственности в ЕС созданы специальные институциональные механизмы. Одним из таких институтов является Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке (Office for Harmonization in the Internal Market, далее - ВГВР⁸³), являющееся агентством ЕС, которое осуществляет функции по предоставлению правовой охраны товарным знакам и промышленным образцами, действующим на территории 28 стран-членов ЕС, а также администрированию прав на данные объекты интеллектуальной собственности. Основной задачей ВГВР является осуществление процедур по экспертизе и регистрации Союзных товарных знаков (Community Trade Mark) и Союзных промышленных образцов (Community Design), которые представляют собой единые правовые механизмы, действующие на всей территории ЕС и предоставляющие равную охрану всем правообладателям в рамках Союза.

Принципы коммунитарной и национально-правовой охраны схожи. В качестве примера рассмотрим регулирование прав на товарные знаки. Основы для создания системы правовой охраны товарных знаков заложила Директива 89/104 от 21.12.1988, гармонизировавшая право о товарных знаках стран-членов⁸⁴, а также Регламент 40/94 от 20.12.1993.⁸⁵

Товарный знак Сообщества (далее - ТЗС) регистрируется в ВГВР и на этом основании получает одинаковую правовую охрану сразу во всех странах-членах. ЕС присоединился в качестве самостоятельного участника к Протоколу 1989 г. Мадридского соглашения о международной регистрации товарных знаков от 14 апреля 1891 г., который вступил в силу для ЕС чуть более 10 лет назад - 1

⁸³ Официальный сайт Ведомства по Гармонизации на Внутреннем Рынке: <https://oami.europa.eu/ohimportal/en/>

⁸⁴ Official Journal of the European Union. - 2008. - L 299. - P. 25-33 (кодифицированная версия) – перевод автора.

⁸⁵ Official Journal of the European Union. - 2009. - L 78. - P. 1-42 (кодифицированная версия) – перевод автора.

октября 2004 г. Участие ЕС в Мадридской системе охраны товарных знаков означает, что заявители могут указывать ЕС (т. е. территорию всех стран-членов сразу) в заявках, подаваемых на международную регистрацию. Правила охраны обозначения, зарегистрированного в качестве ТЗС по Мадридской системе, определяются коммунитарным правом, а не правом государств-членов. В результате присоединения ЕС к Мадридской системе в Регламент 40/94 было внесено изменение Регламентом 1992/2003, а именно был добавлен раздел XIII «Международная регистрация знаков».

Сопоставление системы ТЗС и Мадридской системы позволяет выявить несколько основных различий. Во-первых, система ТЗС построена по аналогии с национально-правовой системой охраны. Заявитель не может сократить в заявке, подаваемой в ВГВР, территорию охраны ТЗС. В тоже время, Мадридская система предусматривает, что в заявке на международную регистрацию должны быть указаны страны, где заявитель желает получить охрану. Во-вторых, практически все вопросы, связанные с действием ТЗС, определяются единым правом (правом ЕС), а не правом тех государств, где испрашивается охрана. Знаки же, зарегистрированные по Мадридской системе, в каждой указанной в заявке стране получают такую же охрану, как и национальные товарные знаки.

Схожесть с национально-правовой системой охраны проявляется в том, что допуск к системе регистрации ТЗС не ограничен для граждан и резидентов стран - членов ЕС. В соответствии с упомянутыми изменениями, любые лица могут подавать заявки в ВГВР, в том числе и иностранцы.

Очевидно, что работа по введению коммунитарной охраны для других объектов интеллектуальной собственности будет развиваться. Об этом свидетельствуют следующие факторы:

- некоторые элементы единого коммунитарного режима предусмотрены для охраны и использования географических обозначений в отношении сельскохозяйственных товаров и продуктов виноделия;
- идет активное обсуждение идеи патента Сообщества;
- в Лиссабонском договоре 2009 г. появился термин «европейские права интеллектуальной собственности»;

- в документах о перспективах и приоритетных направлениях деятельности ЕС значительное внимание уделяется вопросу коммунитарной политики в отношении интеллектуальной собственности.⁸⁶

Расширение компетенции ЕС во всех областях, укрепление институциональных механизмов ЕС на стадии Экономического и Валютного Союза, особенно в свете Лиссабонского процесса, являются предпосылками для облегчения, удешевления, а также ускорения охраны прав интеллектуальной собственности за счет снятия территориальных барьеров и ограничений. Тесная связь интеллектуальной собственности с торгово-экономическими отношениями, которая в современных условиях направленности стран мира на инновационное развитие становится все более очевидной. Это превращает возможность развития интеграции в области интеллектуальной собственности в потребность. Ведь территориальность прав интеллектуальной собственности препятствует экономическому сближению стран-членов. Практически ни один товар, ни одна услуга предпринимателей стран-членов не обходится без использования этих прав: представители ЕС постоянно подчеркивают, что именно эта составляющая является решающим фактором в конкурентной борьбе на мировом рынке.

Таким образом, правовое регулирование интеллектуальной собственности в ЕС последовательно идет по пути углубления сотрудничества и взаимодействия стран-членов и в конечном счете может привести к тому, что объекты интеллектуальной собственности будут охраняться на территории ЕС так же, как и в рамках отдельного государства.

⁸⁶ Ilkka Rahasto, Intellectual Property Rights, External Effects and Anti-trust Law, OXFORD University Press, 2013, pp. 123-127 – перевод автора.

Правовое регулирование инвестиционной деятельности на территориях опережающего социально-экономического развития

Ахмадова М.А.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: 4ernijkvadrat95@gmail.com

В статье рассматриваются особенности правового регулирования инвестиционной деятельности на территориях опережающего социально-экономического развития и содержание преференциального режима установленного для резидентов ТОР.

Ключевые слова: специальные экономические зоны, территория опережающего социально-экономического развития, преференциальный режим, налоговые льготы, свободная таможенная зона.

Активное привлечение иностранных инвестиций в экономику страны является одним из стратегических задач для государства, которая достигается посредством установления благоприятного инвестиционного климата. Ведь иностранные инвесторы при осуществлении инвестиционной деятельности в развивающихся странах с переходной экономикой в силу объективных причин, а именно возможной политической и экономической нестабильности, всегда рискуют тем, что в случае изменения законодательства или иных причин могут понести крупные убытки. Так, согласно оценке Всемирного банка, Россия заняла первое место по эффективности проведения реформ среди стран БРИКС, а в рейтинге «Doing Business-2016» улучшила свои позиции на 11 пунктов в сравнении с показателями предыдущего года и заняла 51 место в общей статистике⁸⁷.

На сегодняшний день одним из важных механизмов привлечения иностранного капитала в экономику развивающихся стран, на наш взгляд, является создание специальных экономических зон (далее – СЭЗ). По оценкам специалистов, к 2020 г. на свободные экономические зоны будет приходиться от 20 до 25 % мирового товарооборота⁸⁸.

⁸⁷ Российская Федерация улучшила позиции в рейтинге «Doing Business» на 11 пунктов. URL: <http://lenta.ru/news/2015/10/27/business/> (дата обращения: 20.01.16); Беликова К.М., Ахмадова М.А. Об источниках правового регулирования инвестиционных споров в РФ и КНР. // Российский юридический журнал. – 2016. - № 1(106).

⁸⁸ Капустин В.Р. Свободные экономические зоны. – М.: Лаборатория книги, 2009. Цит. по: Козловская А.А., Кравченко А.В. Свободные экономические зоны в России и проблемы их функционирования. // Международный студенческий научный вестник. – 2015. – № 4. URL: www.eduherald.ru/133-13147 (дата обращения: 25.01.2016).

В соответствии с положениями Международной конвенции по упрощению и гармонизации таможенных процедур⁸⁹ (Киото, 18 мая 1973 г.) под «свободной зоной» (или «зоной франко») понимается часть территории страны, на которой товары рассматриваются как объекты, находящиеся за пределами национальной таможенной территории (принцип «таможенной экстерриториальности»), поэтому они не подвергаются обычному таможенному контролю и налогообложению. Другими словами, свободная экономическая зона – это часть территории страны с особым действующим режимом, который регулируется специальным законодательством.

Следует отметить, что за всю историю применения указанного инструмента различными странами появилось множество видов СЭЗ, однако при всем их многообразии можно выделить некоторые критерии, общие для всех. Во-первых, это локальность территории, на которой создается СЭЗ. Во-вторых, действие на данной территории особого, более льготного правового и финансово-экономического режима по сравнению с существующими условиями в стране в целом⁹⁰.

Процесс становления свободных экономических зон в России может быть разделен на несколько этапов. Первый этап охватывает вторую половину 1980-х годов, когда активно высказывались идеи о создании свободных экономических зон в Советском Союзе. Именно в этот период правительство поддержало предложение руководителей Приморского края и Ленинградской области о разработке проектов по созданию СЭЗ «Находка» и «Выборг». Однако практика применения данного механизма в Советском союзе не получила широкого распространения из-за дефицита бюджета страны.

Второй этап охватывает 1990–1991 гг. и характеризуется началом формирования нормативно-правовой базы. В сентябре 1991 г. был принят Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в РСФСР», где целая глава была посвящена СЭЗ, регламентировавшая условия осуществления

⁸⁹ Международная конвенция по упрощению и гармонизации таможенных процедур. Киото, 18.05.1973 г. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_106124/eb0187732e20884c73c039e33bca99da4181128b/ (дата обращения: 20.01.16)

⁹⁰ Приходько С.В., Воловик Н.П. Особые экономические зоны. - М.: ИЭПП, 2007. - С. 6-7.

хозяйственной деятельности иностранными инвесторами и предприятиями с иностранными инвестициями в свободных экономических зонах.

Третий этап связан с принятием Федерального закона от 22 июля 2006 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации». Этим законом заложена единая правовая основа создания и функционирования особых экономических зон (далее – ОЭЗ) на территории России: дано понятие ОЭЗ, типы создаваемых ОЭЗ (промышленно-производственные, технико-внедренческие, туристско-рекреационные и портовые особые экономические зоны), определена система управления ОЭЗ.

Следующий этап начался с принятием Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 392-ФЗ «О зонах территориального развития в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Закон ввел термин «зона территориального развития» (далее - ЗТР), под которым понимается «часть региона, на которой для ускорения социально-экономического развития создаются благоприятные условия для инвесторов путем предоставления господдержки». Установление ЗТР является стратегически важным для России инструментом проведения сильной государственной региональной политики, направленной на сглаживание различий в уровне социально-экономического развития регионов Российской Федерации. На сегодняшний день ЗТР созданы на территории 20 регионов страны.⁹¹

Существующий набор механизмов территориального развития и привлечения иностранных инвестиций был дополнен после выступления президента РФ В. В. Путина с ежегодным посланием к Федеральному Собранию РФ от 12 декабря 2013 г. Глава государства предложил «создать на Дальнем Востоке и в Сибири сеть специальных территорий и зон опережающего экономического развития с особыми условиями для создания несырьевых производств, ориентированных в том числе и на экспорт»⁹².

⁹¹ Для сравнения подходов к развитию государственной политики в инвестиционной сфере см.: Беликова К.М., Ахмадова М.А. Инвестиционная политика стран БРИКС (на примере Индии и Китая). // Законодательство и экономика – 2016. - № 1. – С. 75-82.

⁹² Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию РФ от 12 декабря 2013 г. URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/587192/> (дата обращения: 20.01.16)

Отметим в этой связи, что развитие территории российского Дальнего Востока и Сибири создаст для страны перспективу «превращения данного региона из глубокого географического и геоэкономического тыла крупнейшей по размерам державы в ее восточные ворота по отношению к наиболее мощному мезорегиону мира - Азиатско-Тихоокеанскому региону, имеет принципиально важное значение для дальнейшего определения внешнеэкономической стратегии Российской Федерации и ее будущего места в мировом сообществе»⁹³.

В октябре 2014 г. правительство РФ внесло в Государственную думу РФ пакет из трех законопроектов, направленных на формирование территорий опережающего социально-экономического развития: проект закона о территориях опережающего социально-экономического развития, поправки в Налоговый кодекс РФ⁹⁴ (подписаны президентом 29 ноября 2014 г.) и изменения в ряд других нормативных актов, в том числе в Гражданский и Земельный кодексы (соответствующий документ подписан 31 декабря 2014 г.). Федеральный закон «О территориях опережающего социально-экономического развития в РФ» был подписан главой государства 29 декабря 2014 г., документ вступил в силу 30 марта 2015 г. (далее – Закон о ТОР).

Несмотря на схожесть по ряду признаков, ТОР не является новой разновидностью ОЭЗ. В частности, законом устанавливаются следующие ключевые отличия регулирования ТОР от функционировавших в России моделей экономических зон:

- создается под конкретными крупными инвесторами, заключившими с уполномоченным федеральным органом предварительные соглашения, определяющие вид планируемой экономической деятельности, объем

⁹³ Внешнеэкономическая стратегия России в АТЭС: Актуальные очерки / под общ. ред. С.А. Ситаряна. М. 2009. С. 8. О важности и роли АТР сквозь призму правовых исследований см.: Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: монография / В.В. Безбах, К.М. Беликова, Н.В. Бадаева [и др.]. – М.: РУДН, 2015. – 345 с. : ил.

⁹⁴ Федеральный закон Российской Федерации от 29 ноября 2014 г. № 380-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации». URL: <http://www.rg.ru/2014/12/03/nalogi-dok.html> (дата обращения: 20.01.16)

инвестиций (минимальный объем составляет 500 тыс. рублей⁹⁵) и количество создаваемых рабочих мест;

- создается на 70 лет, срок ее существования может быть продлен, что не предусмотрено в отношении ОЭЗ (они создаются на 49 лет) и ЗТР (срок действия - 12 лет);

- заявку на создание ТОР может подать руководство любого субъекта РФ, в отличие от зон территориального развития. Перечень регионов, на которых могут быть образованы ЗТР, составляет правительство РФ.

- разрешено вести разработку месторождений полезных ископаемых и производить подакцизные товары, что практически полностью запрещено в ОЭЗ (за исключением производства легковых автомобилей и мотоциклов) и частично - в зонах территориального развития (запрет на производство подакцизных товаров, за исключением легковых автомобилей и мотоциклов, добычу сырой нефти, природного газа, драгоценных металлов, драгоценных и полудрагоценных камней).

- особые правовые режимы осуществления предпринимательской деятельности на ТОР в целях существования бизнесориентированной безбарьерной среды для резидентов ТОР, включающие значительно больший объем преференций и льгот, в том числе налоговые льготы.

Анализ положений Закона позволяет установить содержание преференциального режима ведения предпринимательской деятельности, предусмотренного для резидентов ТОР. Так, согласно ст. 17 Закона к таким льготам относятся:

- 1) установление льготных ставок арендной платы за пользование объектами недвижимого имущества, принадлежащими управляющей компании на праве собственности или аренды;

- 2) особенности налогообложения резидентов территории опережающего социально-экономического развития, установленные законодательством Российской Федерации о налогах и сборах;

⁹⁵ Постановление Правительства РФ от 25 июня 2015 г. № 628 «О создании территории опережающего социально-экономического развития «Комсомольск». URL: <http://base.garant.ru/71105246/> (дата обращения: 20.01.16)

3) приоритетное подключение к объектам инфраструктуры территории опережающего социально-экономического развития;

4) предоставление государственных услуг на территории опережающего социально-экономического развития;

5) применение таможенной процедуры свободной таможенной зоны, установленной таможенным законодательством Таможенного союза. В целях установления возможности применения в границах ТОР свободной таможенной зоны, территория ТОР приравнивается к особой экономической зоне, определенной в соответствии с Соглашением по вопросам свободных (специальных, особых) экономических зон на таможенной территории Таможенного союза и таможенной процедуры свободной таможенной зоны от 18 июня 2010 года.

6) освобождение в соответствии с действующим законодательством от уплаты налогов на имущество организаций и земельного налога;

7) упрощенный порядок регулирования трудовых правоотношений с участием иностранных лиц. Так, работодатель - резидент ТОР привлекает и использует иностранных граждан для осуществления трудовой деятельности на территории опережающего социально-экономического развития в порядке и на условиях, которые предусмотрены Трудовым кодексом РФ, при этом:

- получение разрешений на привлечение и использование иностранных работников не требуется;
- разрешение на работу иностранному гражданину выдается без учета квот на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в РФ в целях осуществления трудовой деятельности.

8) упрощенный государственный и муниципальный контроль для инвесторов в ТОР.

Кроме того, особого внимания заслуживают установленные государством налоговые преференции для резидентов ТОР, которые способствуют поощрению иностранных инвестиций. В части налога на прибыль, отчисления в

федеральный бюджет резиденты не делают, а размер налоговой ставки, зачисляемый в бюджеты субъектов РФ, не может быть выше 5% в течение первых 5 налоговых периодов и не может быть менее 10% в течение следующих 5 налоговых периодов.

Проект предусматривает еще и применение сниженных тарифов страховых взносов на обязательное социальное страхование. Так, в Пенсионный фонд РФ будет отчисляться 6%, а не 22%, в Фонд социального страхования РФ 1,5%, а не 2,9%, как у обычных страхователей. Платежи на обязательное медицинское страхование составят 0,1% вместо стандартных 5,1% от облагаемой базы.

Как уже было отмечено, ТОРы призваны стать драйвером развития Дальнего Востока и потому законодатель установил, что до 2018 года эти точки роста могут создаваться исключительно в пределах границ данного региона и в моногородах. На сегодняшний день правительственной подкомиссией отобраны и создаются 9 ТОР, например, ТОР «Комсомольск» ТОР «Надеждинский», ТОР «Михайловский» и др.

Таким образом, на основании вышеизложенного установлено, что инвестиционная политика России ориентирована на привлечение иностранных инвестиций в национальную экономику посредством установления преференциального режима в отношении налогов, ослабление государственно-бюрократического контроля, носящий во многом процедурный характер, реформирования громоздкого и ограничительного местами законодательства и пр. А принятие закона о ТОРах свидетельствует о стратегических приоритетах России в азиатско-тихоокеанском регионе, где формируется новый центр мировой экономики и политики.

Добросовестность участников залоговых правоотношений

Бронников А.М.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д.6, Москва, Россия, 117198
Email: 1742905@mail.ru

В статье описывается концепция добросовестности в залоговых правоотношениях, анализируются сферы её применения. Приводится судебная практика по данному вопросу, а также решения спорных моментов в формировании данных отношений.

Ключевые слова: Залог, залоговые правоотношения, добросовестность, добросовестный приобретатель заложенного имущества, добросовестное владение, добросовестное распоряжение.

Понятие залога, известное со времен римского частного права как один из способов вещного обеспечения кредитора, по своей сути осталось неизменным. Понятие залога раскрывается в ст. 334 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее: ГК РФ).

В рамках данного исследования пойдет речь о добросовестности участников залоговых правоотношений, а также концепции добросовестности, вводимой современным регулированием залоговых правоотношений, будут выделены проблемы и приведены пути их решения.

Для начала следует раскрыть содержание принципа добросовестности в современном гражданском праве в целом. Так, в п.3 ст. 1 ГК РФ содержится указание на то, что «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно», также в п.4 указанной статьи указывается, что «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения». Кроме того, требование о добросовестности содержится в п.2 ст.6 ГК РФ - «при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из аналогии права и требований добросовестности, разумности и справедливости», а уточнение пределов осуществления гражданских прав и злоупотребления правом в ст. 10 ГК РФ. Следовательно, такое предписание

основных начал гражданского законодательства позволяет говорить о том, что принцип добросовестности является общим принципом гражданского права.

По мнению М.М. Агаркова, «начало доброй совести, введенное в надлежащие рамки, означает не что иное, как честность в отношениях между людьми. Оно означает, что каждый должен оправдать то доверие, без которого невозможно совершение гражданских сделок. Начало доброй совести означает борьбу с прямым или косвенным обманом, с использованием чужого заблуждения или непонимания».⁹⁶

Однако, несмотря на то, что Гражданский кодекс РФ закрепляет принцип добросовестности, четкое определение этого понятия отсутствует и содержание не раскрывается, что позволяет толковать его на практике как оценочную категорию и привязать это понятие к отдельной ситуации.

По этому поводу И.А. Покровский писал, что таким образом законодатель уклоняется от решения той или иной правовой проблемы, перекладывая ответственность за её разрешение на отдельного судью.⁹⁷

Противоположной точки зрения придерживается В.В. Витрянский, полагая, что в законодательстве нельзя обойтись без оценочных категорий, в том числе определения каких-либо параметров понятия добросовестности, справедливости и разумности.⁹⁸ Дроздова Т.Ю. выделяет наиболее важными функциями принципа добросовестности выступление его в качестве оценочного критерия поведения участников гражданско-правовых сделок, а также в качестве одного из источников права, необходимого для выявления содержания отношений между субъектами гражданских прав.⁹⁹ Нормы ГК РФ, содержащие понятие добросовестности либо недобросовестности, как оценочные категории являются вспомогательными по отношению к нормам, предусматривающим ответственность лица за наступившие последствия.¹⁰⁰

⁹⁶ Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М.М. Агарков // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2 / М.М. Агарков. – М.: ЦентрЮрИнфор, 2002. – 452 с.

⁹⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, М.: Статут, 2001. С. 95.

⁹⁸ Витрянский В.В. Гражданский кодекс и суд // Вестник ВАС РФ. 1997. № 7. С. 132.

⁹⁹ Дроздова Т.Ю. Добросовестность в российском гражданском праве: дис. Канд. Юрид. наук: 12.00.03. Иркутск, 2004. С. 31-32.

¹⁰⁰ Вердиян Г.В. Правовая природа принципа добросовестности в аспекте реализации правозащитной функции в гражданском праве Российской Федерации // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. № 1 - М.: Изд-во РУДН, 2014. С. 79.

Анализируя судебную практику следует выделить другую позицию, согласно которой необходимо также рассматривать ситуацию, когда лицо само обязано доказывать добросовестность своего поведения. Такой вывод основывается на п.38 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ № 10/22¹⁰¹, где указано, в каких именно случаях приобретатель может являться добросовестным.

Наряду с презумпцией добросовестности участников гражданских правоотношений, вводимой п.5 ст. 10 ГК РФ, гражданским законодательством вводится концепция добросовестности в залоговых правоотношениях. Для доказывания этой позиции необходимо выделить:

Во-первых, фигуру добросовестного залогодержателя, т.е. лица, которое получило имущество в залог от должника, который собственником такого имущества не является, о чем залогодержатель не знал и знать не мог. Впервые понятие добросовестного залогодержателя появилось в Концепции развития гражданского законодательства РФ от 2009 года¹⁰², а затем, с течением времени, было отражено в ст. 335 актуальной редакции ГК РФ. В этом случае залогодержатель сохраняет свои права требования, а обязанности возникают у собственника вещи. Исключения составляют случаи, когда вещь выбыла из владения собственника помимо его воли (утрата, хищение). Данные правила обусловлены сложившейся судебной практикой¹⁰³. В целом, такая конструкция по своей сути аналогична институту добросовестного приобретателя в соответствии со ст. 302 ГК РФ.

Во-вторых, необходимым для рассмотрения является добросовестный покупатель заложенного имущества, то есть то лицо, которое на возмездной основе приобрело имущество у собственника, при этом не знало и не могло знать о том, что такое имущество является предметом залога. Следует отметить, что в данном случае понятие «добросовестный приобретатель» не может

¹⁰¹ О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 апреля 2010 года № 10/22 // Российская газета. 2010. 21 мая. № 5188.

¹⁰² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. 2009. N 11.

¹⁰³ Постановление Президиума ВАС РФ от 7 июня 2012 г. N 16513/11 "Об обращении взыскания на имущество, заложенное по договору о залоге транспортных средств" // Вестник ВАС РФ. 2012. N 11.

использоваться, так как имущество приобретает у собственника, тогда как указанный термин, опираясь на сложившуюся судебную практику, применяется к случаям приобретения имущества у несобственника.

Проблематика добросовестности покупателя заложенного имущества складывалась на основании судебной практики. Верховный суд РФ в ряде определений¹⁰⁴ отмечал, что такое основание к прекращению залога, как приобретение заложенного имущества лицом, которое не знало о его обремененности залогом, не указано в статье 352 ГК РФ, регулирующей прекращение залога, следовательно, переход права собственности не прекращает право залога, т.к. правопреемник залогодателя встает на его место.

Конституционный суд Российской Федерации¹⁰⁵, а также суды общей юрисдикции¹⁰⁶ придерживались схожей с Верховным судом РФ позиции и отказывали приобретателю заложенного имущества в связи с тем, что он не проявил должной осмотрительности.

Противоположной же позиции придерживался Высший Арбитражный Суд РФ указывая, что взыскание не может быть обращено на заложенное движимое имущество, возмездно приобретенное у залогодателя лицом, которое не знало и не должно было знать о том, что приобретаемое им имущество является предметом залога.¹⁰⁷ В итоге, именно позиция ВАС РФ стала решающей и нашла поддержку законодателя.

Понятие добросовестного покупателя заложенного имущества остро ставит вопрос об источниках, в которых заинтересованное лицо может найти информацию о наличии или отсутствии обременения на имуществе.

Залог недвижимого имущества подлежит регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним, акции – в реестре владельцев ценных бумаг, доли обществ с ограниченной

¹⁰⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 09 октября 2012 года № 18-КГ12-39; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12 июля 2011 года № 74-В11-4; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 10.04.2007 № 11В07-12.

¹⁰⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 15.04.2008 N 319-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Угачникова Анатолия Леонтьевича на нарушение его конституционных прав статьями 302, 349 и 353 Гражданского кодекса Российской Федерации"

¹⁰⁶ Например, апелляционное определение Кемеровского областного суда от 18.04.2012 по делу № 33-4368; апелляционное определение Верховного суда Республики Хакасия от 12.04.2012 по делу № 33-6962012.

¹⁰⁷ О некоторых вопросах применения законодательства о залоге: постановление Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 10. Вестник ВАС РФ. 2011. №4. Апрель.

ответственностью – в Едином государственном реестре юридических лиц. Данные инструменты благополучно используются и не вызывают вопросов в рамках данного исследования.

Что касается остального имущества (движимого имущества за исключением отдельных категорий, определенных законом), то с 1 июля 2014 года действует Единая информационная система нотариата, в которой регистрируются уведомления о залоге такого имущества.

Так, ст. 339.1 ГК РФ предусматривает возможность учета заложенного имущества в соответствующем реестре. Указанной выше статьей предусмотрено, что такой учет производится путем уведомления залогодержателя, залогодателя или иного лица. Данное положение носит диспозитивный характер, что с одной стороны, представляется целесообразным, т.к. императив привел бы к бюрократизации рассматриваемых отношений, но с другой стороны, избегая трудностей, стороны далеко не всегда стремятся зарегистрировать залог, что может породить массу трудностей. Причинами такого поведения сторон залоговых отношений, по нашему мнению, является нецелесообразность осуществления такого уведомления ввиду низкой ценности предмета залога или в связи с условиями обеспечиваемого обязательства.

Требования к порядку регистрации уведомления о залоге, лицах, направляющих уведомление о залоге, а также содержание такого уведомления установлены ст. 103.2, 103.3, 103.4 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате»¹⁰⁸. Реестр заложенного движимого имущества находится в публичном доступе. О необходимости ввода в действие такого реестра говорилось давно, обоснованность и целесообразность его неоспорима, однако на сегодняшний день система вызывает достаточно много нерешенных вопросов.

Существенным недостатком рассматриваемой системы считаем тот факт, что законодательством не предусмотрено отражение в реестре сведений о размере обеспечиваемого обязательства. Такая информация, безусловно, являлась бы очень полезной для понимания третьего лица, которое желает

¹⁰⁸ "Основы законодательства Российской Федерации о нотариате" (утв. ВС РФ 11.02.1993 N 4462-1) (ред. от 30.03.2015), "Российская газета", N 49, 13.03.1993.

получить заложенное имущество в последующий залог, на какую сумму оно вправе рассчитывать в случае наложение взыскания на имущество первым кредитором. Необходимо отметить, что опубликование в реестре информации о размере обеспечиваемого обязательства в отличие от кредитора может быть интересно только залогодателю, с целью обеспечения иного обязательства тем же имуществом. Следовательно, по нашему мнению, целесообразно предоставить участникам залоговых отношений не только право, но и обязанность предоставлять такую информацию в реестр заложенного движимого имущества

Также, недостатком системы является то, что уведомление о залоге предусматривает раскрытие значительного количества персональных данных. Вопрос обеспечения конфиденциальности этих данных в публичном реестре на сегодняшний день остается открытым. Видится следующее решение сложившейся проблемы: введение на законодательном уровне системы двухуровневой верификации запросов в публичный реестр. Если за информацией обращается сам залогодатель или залогодержатель, то нотариусом может быть выдана развернутая выписка, содержащая все сведения, которые были внесены в реестр. Посторонним же лицам, которые обращаются за указанными сведениями, будет выдаваться сокращенный вариант выписки, которая не содержит значительного количества персональных данных. Введение данной системы поможет обезопасить персональные данные, находящиеся в реестре.

Третьим недостатком является то, что в соответствии со ст. 339.1 ГК РФ право на уведомление об изменении или прекращении залога принадлежит только залогодателю. По нашему мнению, это может привести к злоупотреблению со стороны залогодателя, т.к. он редко бывает заинтересован в снятии обременения с имущества. В случае недобросовестности — это может привести к негативным последствиям для залогодателя. Так как именно должник заинтересован в исключении сведений из реестра, то логичным было бы предоставить ему право по уведомлению о прекращении или изменении залога. Для решения данной ситуации, по нашему мнению, достаточным было бы

установление механизма, описанного в ст. 25 Федерального Закона «Об ипотеке (залоге недвижимого имущества)»¹⁰⁹. В соответствии с этой статьей, уведомление об изменении или прекращении залога должно исходить от залогодателя, но на таком уведомлении должна находиться подпись залогодержателя или от него предоставляется письменное согласие на внесение соответствующего изменения или прекращения.

¹⁰⁹ Федеральный закон от 16.07.1998 N 102-ФЗ (ред. от 06.04.2015) "Об ипотеке (залоге недвижимости)" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2015) "Российская газета", N 137, 22.07.1998.

Институт родительской ответственности по ГК Аргентины 2015 года

Губочкин А.Б.

*Кафедра гражданского и трудового права
Российский университет дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, 6, 117198 Москва, Россия*

В статье рассмотрен вопрос регулирования института родительской ответственности по отношению к несовершеннолетним детям, согласно Проекту Общего Гражданского Кодекса Аргентины, те изменения, которые он в себе содержит по отношению к правовому режиму действующего Гражданского законодательства Республики Аргентина, и которые отражают положения Конституции Республики Аргентина и тенденции развития гражданского права страны.

Включение положений международного права о правах человека в конституционный блок (ст. 75 Конституции Республики Аргентина) оказало сильное влияние на отношения между родителями и их детьми. Равенство прав между мужчинами и женщинами находит свое прямое воплощение в сфере воспитания и образования детей в целях ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, равно как и в целях реализации права каждого ребенка поддерживать связь с обоими родителями после их развода (ст. 9 и 18 Конвенции о правах ребенка).

С другой стороны, появление правила автономии детей и подростков позволило перейти от понятия родительской власти над детьми к ответственности перед ними. Соблюдение этого правила требует учитывать в отношении несовершеннолетних "обязанность наставлять несовершеннолетнего и помогать ему реализовывать свои права, признанные соответствующей Конвенцией (ст. 5 Конвенции о правах ребенка). Чтобы несовершеннолетнее лицо было полностью подготовлено к самостоятельной жизни в обществе и воспитано в дух идеалов, провозглашенных в Уставе Организации Объединенных Наций и, в частности, в духе мира, достоинства, терпимости, свободы, равенства и солидарности (преамбула Конвенции). Также следует учитывать, что термин «подросток» подразумевает в качестве юридической конструкции любое лицо в возрасте от 13 до 18 лет.

По мнению авторов законопроекта, терминология и обозначения носят сильное образовательное и символическое значение. По этой причине, был

подвергнут замене термин "опека" на "родительскую ответственность", определение, которое воплощает в себе те изменения, которые произошли в отношениях между родителями и детьми за это время. Слово "Potestad" (власть) имеет латинское происхождение, от слова "potestas", употребляемого в римском праве, и заключается в идее абсолютной зависимости детей в иерархической структуре семьи. Напротив, слово "ответственность" предполагает осуществление соответствующей функции обоими родителями, как главами семьи, которая проявляется в наборе полномочий и обязанностей, предназначенных в первую очередь для удовлетворения интересов и потребностей ребенка или подростка. Данное терминологическое изменение произошло в ряде стран по всему миру; Некоторые законы были изменены с "родительской власти" на "родительский авторитет"; Другие акты установили понятие "родительская ответственность", как это было предусмотрено, например, в Регламенте Европейского Совета № 2201/03 от 27.03.2003 года, который также называется "Новый Брюссель II" - устанавливает "компетенцию, признание и приведение в исполнение судебных решений по брачно-семейным вопросам и вопросам родительской ответственности".

Закон 26.061 и различные местные акты содержат в себе общее положение "ответственность семьи", которое регулирует права и обязанности родителей, которые затем нашли своё закрепление в Гражданском кодексе путём инкорпорации.

Авторы законопроекта подчёркивают, что если ребенок имеет право общаться с обоими родителями, то правовой режим, который наилучшим образом отвечает данной ситуации, является режим совместного осуществления родительских прав, вне зависимости от того, живут они вместе или нет¹¹⁰. В случае развода родителей, предполагается, что такой правовой режим позволит максимально снизить возможный вред для отношений между кем либо из родителей и их несовершеннолетним ребёнком. Так, если родители находятся в браке и совместно исполняют свои родительские обязанности, то предполагается, что данный правовой режим позволит сохранить подобные

¹¹⁰ Ricardo Luis Lorenzetti "Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación"p. 107

отношения в устойчивой форме и после распада пары. Таким образом, данная поправка отменяет действующее правило о воспитании несовершеннолетнего одним из родителей в случае развода, что приводило к следующей ситуации: один из родителей (обычно мать) становится опекуном несовершеннолетнего, а другой родитель устраняется от возможности участвовать в воспитании ребёнка; по мнению законодателя, обе роли, когда мать воспитывает ребёнка, а отец выплачивает алименты на содержание семьи, являются стереотипом, который абсолютно не соответствует современным реалиям семейной жизни.

Совместная родительская ответственность имеет большое символическое значение; целью такого правового режима является максимальное соблюдение интересов и прав каждой из сторон, в то же время данное изменение предусматривает возможность для родителей предусмотреть и иной правовой режим в отношении несовершеннолетнего или иной режим может быть установлен решением суда, когда он лучшим образом отражает интересы ребёнка. Режим совместной ответственности, когда родители расторгают брак, был установлен в качестве руководящего принципа в гражданско-правовых актах целого ряда стран, например, Бразилия (Гражданский кодекс, статья 1631), Сальвадор (Семейный кодекс, статья 207), Парагвай (Гражданский кодекс, статья 70), Испания (Гражданский кодекс, статья 92); Франция (Гражданский кодекс статья 372.2) и Италия (Гражданский кодекс, статья 155).

Законопроект также изменяет жесткий принцип, согласно которому данная функция не может быть осуществлена родителем, чей соответствующий статус был установлен по решению суда, и подчёркивает, что родительская ответственность должна осуществляться со стороны обоих родителей, по соглашению или по решению суда на при соблюдении наибольшей выгоды для несовершеннолетнего ребёнка и соблюдением его интересов.

В соответствии с вышеизложенным, был отменён приоритет в отношении матери на воспитание несовершеннолетних в возрасте до 5 лет ввиду того, что такой приоритет: (а) нарушает принцип равенства; (b) подтверждает жесткие и традиционные роли, в соответствии с которыми матери являются приоритетными и лучшими воспитателями своих детей; (c) противоречит

правилам осуществления совместной родительской ответственности; (d) несоответствие Закону 26.618.

Авторы законопроекта указывают в обоснование данной конструкции, что социальный опыт и судебная практика показывают значительное количество случаев, в которых, по разным причинам, родители оставляют своих детей на попечение третьей стороне (как члену семьи, так и нет, например соседу)¹¹¹. Такие случаи прямо не регламентируются законом, что только подталкивает родителей к принятию кардинальных решения в случаях, когда разделение детей от родной семьи не носит постоянный характер, как случаи усыновления или попечительства. Проект заполняет этот пробел путем признания юридической силы в отношениях между ребенком и взрослым, ответственным за временный уход за таким ребёнком, по совместному решению обоих родителей или одного из них. Учитывая важность и последствия делегирования таких прав необходимыми условиями являются (a) указание времени попечительства для того, чтобы избежать длительного освобождения от исполнения обязанностей законными родителями; (b) решение суда, в соответствии и по аналогии с системой, предусмотренной законом 26.061 и локального законодательства, поскольку часть вопросов, в том числе процессуальное законодательство, относится к ведению провинций, а не Федерации, в соответствии с которыми разделение ребёнка и его семьи должно происходить в строгом обеспечении режима законности предусмотренного Статьёй 40 вышеуказанного закона¹¹².

Национальная доктрина критикует действующую систему, согласно которой приоритетное значение имеет конструкция опеки со стороны дедушки и бабушки по отношению к внуку, а не установленная на законодательном уровне обязанность на реализацию родительской ответственности, с возможными определенными ограничениями, родителями, не достигшими совершеннолетия. Кроме того, в настоящее время статья 264 Гражданского кодекса Республики Аргентина говорит о том, что даже если один из родителей достигает совершеннолетия, по-прежнему предпочтительной является опека

¹¹¹ Ricardo Luis Lorenzetti op. cit., p. 108

¹¹² Ермакова Е.П. "Международный коммерческий арбитраж в Аргентине", Пробелы в российском законодательстве № 4'2012, 2012г., стр. 50

бабушки и дедушки, если ребенок не проживает с родителем, который уже обладает полной гражданской дееспособностью. Такая жесткая система, по мнению авторов законопроекта, имеет следующие недостатки: (а) исключает возможность для несовершеннолетних родителей непосредственно осуществлять свою родительскую функцию; (б) нарушает право детей оставаться и быть юридически связанными со своими родителями, которые не являются они эмансипированными несовершеннолетними; (с) создает неравенство между официально оформленными и внебрачными детьми, так как, если несовершеннолетние родители оформляют брак, то соответствующего акта о бракосочетании будет недостаточно для исполнения обязанностей такими родителями по воспитанию ребенка. Проект Общего Гражданского Кодекса регулирует режим осуществления ограниченной ответственности несовершеннолетними родителями, независимо от того, состоят они в браке или нет. Данный режим основан на принципе прогрессивной автономии и признает, что несовершеннолетние родители также могут полноценно участвовать в повседневной жизни детей, и на них должна быть возложена родительская ответственность за воспитание ребёнка, с учетом возможных ограничений, предусмотренных отдельными актами, согласно которым, на выполнение отдельных решений требуется согласие родителей самих несовершеннолетних родителей, которые для отдельных случаев могут быть назначены опекунами своего внука.

Проект, как и некоторые законы сравнительного права, перечисляет различные обязанности и права родителей, особо подчёркивая необходимость уважения к прогрессивной автономии ребенка, особенно когда речь идет о личных правах. Она отменяет так называемую "корректирующую власть", поскольку данный термин напрямую связан с понятием "родительская власть". Тем не менее, сохраняется право и обязанность родителей "обеспечивать руководство и направлять несовершеннолетнего ребёнка", подразумевая под данным положением "требование о взаимодействии с ребенком в соответствии с каждым этапом его развития".

Понятие и основания наследования по праву России и Франции

Измухамбетов Б.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
e-mail: bizmukhambetov@gmail.com

В статье рассматривается содержание понятия наследования и существующие основания наследования в законодательстве Франции и России.

Ключевые слова: наследование, понятие наследования, основание наследования, Французский гражданский кодекс, наследственное право

В соответствии со статьей 1110 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) при наследовании имущество умершего (наследство, наследственное имущество) переходит к другим лица в порядке универсального правопреемства, то есть в неизменном виде как единое целое в один и тот же момент¹¹³. Подобное определение наследования характерно для стран, в которых произошла рецепция римского права, то есть практически все страны континентального права. В соответствии с этим пониманием наследования, наследник не может принять часть наследства, а от остального отказаться, поскольку он становится носителем прав и обязанностей наследодателя в целом, как активов, так и пассивов. Во многом это связано с соблюдением прав кредиторов, поскольку экономический оборот требует, чтобы долговые обязательства умершего сохранялись, хотя бы те из них, которые не являются тесно связанными с личностью наследодателя¹¹⁴.

Согласно статье 724 Гражданского кодекса Франции (ФГК)¹¹⁵ к законным наследникам и естественным наследникам переходят, в силу самого закона, имущество, права и иски умершего, с возложением на них всех обязательств, обременяющих наследство. Данный принцип выражается и в ст. 870 ФГК, согласно которой сонаследники участвуют совместно в уплате долгов и обременении, лежащих на наследстве, каждый – пропорционально тому, что он получает из наследства. Таким образом, французское наследственное право

¹¹³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ / Российская газета, № 233, 28.11.2001г.

¹¹⁴ Абраменков М.С. Понятие и сущность наследования // Наследственное право. 2015. № 1. С. 3-6

¹¹⁵ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). – М.: Инфотропик Медиа, 2012.

также придерживается принципа универсального правопреемства при наследовании.

Как в России, так и во Франции существуют установленные законом отступления от принципа универсального правопреемства в наследовании. Например, расщепление наследства (актива и пассива наследственной массы) может происходить при наследовании невыплаченных сумм, предоставленных гражданину в качестве средств к существованию (п. 1 ст. 1183 ГК РФ). Члены семьи, проживавшие совместно с наследодателем, а также его нетрудоспособный иждивенцы приобретают обособленное право на денежные суммы, перечисленные в п. 1 ст. 1183 ГК РФ. Ответственность по долгам наследодателя на суммы, полученные в результате реализации указанного права, не распространяется¹¹⁶. В праве Франции существует понятие «аномального наследования», которое является отступлением от принципа универсального правопреемства. «Аномальное наследование встречается в двух типах ситуаций. С одной стороны, чтобы учесть семейное происхождение имущества, с другой стороны, независимо от происхождения в отношении определенных видов имущества»¹¹⁷. К числу аномальных наследований относится также наследование семейных реликвий, поскольку во Франции порядок наследования семейных реликвий не подчиняется правилам о наследовании, установленным законом, а по сути, установлен судебной практикой и остается на усмотрение суда. Семейные реликвии могут быть доверены тому из членов семьи, кого суды сочтут наиболее квалифицированным¹¹⁸.

В соответствии со ст. 1111 ГК РФ, в России выделяются два основания наследования – по завещанию и по закону. Наследование по закону имеет место, когда и поскольку оно не изменено завещанием, а также в иных случаях предусмотренных ГК РФ¹¹⁹. При этом, считается, что наследование по завещанию выдвинуто на первый план оснований наследования и имеет

¹¹⁶ Основы наследственного права России, Германии, Франции / Ю.Б. Гонгало, К.А. Михалев, Е.Ю. Петров и др.; под общ. Ред. Е.Ю. Петрова. М.: Статут, 2015.

¹¹⁷ Там же, стр 3/65

¹¹⁸ Там же.

¹¹⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ / Российская газета, № 233, 28.11.2001г.

приоритет перед наследованием по закону¹²⁰. Приоритет наследования по завещанию подчеркивается нормой п. 4 ст. 1149 ГК РФ: если осуществление права на обязательную долю в наследстве повлечет за собой невозможность передать наследнику по завещанию имущество, которым наследник, имеющий право на обязательную долю, при жизни наследодателя не пользовался, а наследник по завещанию пользовался для проживания (жилой дом, квартира, иное жилое помещение, дача и т.п.) или использовал в качестве основного источника получения средств к существованию. (орудия труда, творческая мастерская и т.п.), суд может с учетом имущественного положения наследников, имеющих право на обязательную долю, уменьшить размер обязательной доли или отказать в ее присуждении¹²¹.

Статья 721 ФГК гласит, что «когда наследодатель не распоряжается своим имуществом посредством благодеяния, наследство передается по закону. Оно может быть передано наследодателем только при соблюдении правила об обязательной доле в наследстве». Таким образом, во Франции также отдается приоритет наследованию по завещанию, при наличии завещания, наследование осуществляется в соответствии с волей наследодателя. Правила об обязательной доле, содержатся в главе III разд. II, согласно которым наследодатель может распоряжаться половиной своего имущества, если оставляет после своей смерти одного законного ребенка, третью – если оставляет двух детей, четверть – если оставляет трех или более детей¹²².

Таким образом, с точки зрения вопросов о понятии наследования и оснований наследования, Франция и России имеют много общего, поскольку являются странами континентального права. При этом, в целом правовое регулирование ФГК является более подробным и в этом смысле превосходит ГК РФ. Представляется важным для будущего развития законодательства анализировать и принимать во внимание зарубежные институты, неизвестные российскому наследственному праву.

¹²⁰ Зайцева Т.И. Настольная книга нотариуса: в 4 томах/ под ред. И.Г. Медведева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2015. Т. 3: Семейное и наследственное право в нотариальной практике

¹²¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ / Российская газета, № 233, 28.11.2001г.

¹²² Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). – М.: Инфотропик Медиа, 2012.

**К вопросу о гармонизации законодательства стран ЕАЭС, касающегося
совмещения брокерской и банковской деятельности на рынке ценных
бумаг: анализ зарубежного опыта**

Канатов Р. К.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: Renat1799@yandex.kz

В статье проводится анализ зарубежного опыта регулирования совмещения брокерской и банковской деятельности на рынке ценных бумаг для выявления положений правовых актов, которые могут повлиять на качество гармонизации законодательства стран ЕАЭС.

Ключевые слова: Евразийский Экономический Союз, брокерская и банковская деятельность, рынок ценных бумаг, гармонизация, законодательство.

Актуальность избранной темы обусловлена тем, современная правовая действительность позволяет совмещать брокерскую и банковскую деятельность на рынке ценных бумаг, что, как показывает зарубежный опыт, может приводить к финансовым кризисам. Ввиду этого есть необходимость в изучении такого опыта для недопущения подобных последствий на территории стран ЕАЭС, где движущей силой гармонизации законодательства в сфере регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг является стремление к 2025 г. создать общий финансовый рынок, в т.ч. общий рынок финансовых услуг.

В соответствии с пп. пп. 2 и 4 п. 1 ст. 70 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 года государства-члены в рамках Союза осуществляют согласованное регулирование финансовых рынков в соответствии со следующими целями и принципами: обеспечение гарантированной и эффективной защиты прав и законных интересов потребителей финансовых услуг; определение подходов к регулированию рисков на финансовых рынках государств-членов в соответствии с международными стандартами.

В связи с изложенным нами установлено, что согласно пп. 10 п. 25 Приложения № 17 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 года (далее – Приложение № 17) государства-члены гармонизируют

требования по регулированию и надзору рынка ценных бумаг, в том числе в отношении требований, предъявляемых к деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг. По мнению А.В. Семенова одним из блоков системы требований, предъявляемых к осуществлению профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, является правила совмещения.¹²³ При этом в пп. 9 п. 22 Приложения 17 установлено, что в банковском секторе государства-члены гармонизируют требования по регулированию и надзору в отношении обеспечения финансовой надежности кредитной организации, в том числе определения иных, помимо банковских операций, видов деятельности, разрешенных для кредитных организаций.

В связи с этим, в рамках настоящей статьи рассмотрим зарубежный опыт касательно регулирования совмещения деятельности банков с брокерской деятельностью на рынке ценных бумаг.

К началу XX в. в мире сложились две модели рынка ценных бумаг: банковская, - в основном, в странах с романо-германской правовой семьей, и небанковская, - в основном, в странах с англо-американской правовой семьей. При банковской модели единственными посредниками на рынке ценных бумаг выступают банки, при небанковской - коммерческим банкам запрещается совершать деятельность на рынке ценных бумаг.

В странах с небанковской моделью рынка ценных бумаг банки делятся – на коммерческие и инвестиционные (торговые). Коммерческие банки оказывают только классические банковские операции, и не вправе осуществлять свою деятельность на рынке корпоративных ценных бумаг, как самостоятельно, так и через свои дочерние компании. Операции с корпоративными ценными бумагами в странах с небанковской моделью рынка ценных бумаг проводят инвестиционные банки и компании по ценным бумагам (в основном брокерские компании). Инвестиционным банкам, как правило, запрещается предоставлять ссудо-депозитные операции.

«Однако в начале XX в. в США широкое распространение получила практика создания банковского холдинга, в которые входили учреждения,

¹²³ Семенов А.В. Правовой статус участников рынка ценных бумаг: проблемы регулирования: дисс... канд. юрид. наук. - М., 2005. С. 178-179.

выполнявшие функции инвестиционных банков. Во многих случаях трастовые банки начали заниматься операциями с корпоративными ценными бумагами.»¹²⁴

«В годы, предшествовавшими биржевому краху 1929 г., многие американские банки не только непосредственно занимались покупкой-продажей ценных бумаг через созданные ими дочерние компании. Необычайно широкого размаха достигло кредитование банками инвесторов (напрямую или через брокеров) для покупки ценных бумаг. Использование заемных средств или ценных бумаг при совершении сделок на фондовом рынке (в российских нормативных документах за ними закрепился термин «маржинальная торговля») способно серьезно усилить обвал на рынке в случае падения, что и произошло в период Великой депрессии. Крах на фондовом рынке повлек кризис неплатежей в банковской системе, что явилось одной из причин массовых банкротств банков – по разным данным от 8 до 11 тыс. за период Великой депрессии.»¹²⁵

В целях недопущения повторения экономического кризиса подобной Великой депрессии 16 июня 1933 г. в США был принят Банковский закон, или Закон Гласса-Стиголла. «Этот закон однозначно решал вопрос о совмещении банками коммерческих и инвестиционных функций. Отныне коммерческие банки не имели право ни осуществлять инвестиции в ценные бумаги корпораций, не участвовать в их андеррайтинге, ни проводить брокерских операций с такими ценными бумагами.»¹²⁶

На наш взгляд, вышеизложенные положения Закона Гласса-Стиголла являются оправданными, так как позволяют устранить или минимизировать возникновения конфликтов интересов между коммерческими банками и их клиентов. «Считается, что конфликт интересов возникает в связи с тем что банк может воздействовать на своих вкладчиков. Например, банк может предложить вкладчикам покупать ценные бумаги, по которым он выступает в качестве андеррайтера, в то время как на рынке можно найти более выгодные ценные бумаги. Кроме того, банк, доверительный управляющий (траст менеджер),

¹²⁴ Рубцов Б. Современные фондовые рынки: Учебное пособие для вузов / Рубцов Б.Б. — М.: Альпина Бизнес Букс, 2007. С. 162.

¹²⁵ Там же. С. 162-163.

¹²⁶ Рубцов Б.Б. Мировые фондовые рынки: Проблемы и тенденции развития: дисс... докт. экон. наук. - М., 2000. С. 315.

теоритический может использовать доверительные фонды для покупки ценных бумаг, которые он оказался не в состоянии разместить. Конфликт интересов может возникнуть также в связи с тем, что банк может оказывать давление на своих клиентов. Так, банк может указать клиенту, что если тот не прибегнет к его услугам как андеррайтера, то он пересмотрит условия предоставления кредита.».¹²⁷

В период действия этого Закона (до 2000 г.) в мире произошли концептуальные изменения в вопросе регулирования совмещения деятельности банка с брокерской деятельностью. Так, например, в 1980-х гг. в Англии был отменен запрет на участие компаний в капитале биржи, поскольку действовавший до этого запрет «...приводил к тому, что члены биржи все равно обладали ограниченными финансовыми ресурсами. Лондонская биржа постоянно теряла свои позиции мирового фондового центра, особенно по сравнению с Нью-Йорком и Токио».¹²⁸ Позже, в 1993 г., в Европейском Союзе с принятием Директивы Совета 93/22/ЕЕС от 10 мая 1993 г. «Об инвестиционных услугах в сфере обращения ценных бумаг» в Великобритании, Германии, Франции и т.д. как банкам, так и небанковским организациям разрешили осуществлять деятельность на рынке ценных бумаг. В этой связи отмечается: «До 1997 г. в Германии только банки имели право принимать заявки клиентов на куплю-продажу ценных бумаг официального списка. Во исполнение Директивы об инвестиционных услугах Комиссии европейских сообществ, которая оценила этот запрет как нарушение конкуренции, он был отменен в 1997 г.».¹²⁹

«В Японии процесс отмены запретов на совмещение различных видов деятельности также был длительным. Только в 1993 г. банкам было разрешено учреждать компании по ценным бумагам, а последним – трастовые банки.».¹³⁰

В качестве реакции на такие положения 12 ноября 1999 г. в США был принят Закон о финансовой модернизации (Закон Грэмма-Лича-Блайли), который отменил множество существенных ограничений и запретов Закона

¹²⁷ Там же. С. 180-181.

¹²⁸ Рубцов Б. Современные фондовые рынки: Учебное пособие для вузов / Рубцов Б.Б. — М.: Альпина Бизнес Букс, 2007. С. 316.

¹²⁹ Там же. С. 438.

¹³⁰ Там же. С. 390-391.

Гласса-Стиголла. Таким образом он разрешил коммерческим банкам создавать дочерние компании по ценным бумагам, а также разрешил учреждать финансовые холдинговые компании, которые вправе осуществлять все виды финансовой деятельности.

О необходимости принятия этого закона Чак Шумер, сенатор – демократ от штата Нью-Йорк, высказался так: «Есть много причин, чтобы принять этот закон. Первая и главная из них – важность формирования условий, обеспечивающих конкурентоспособность американских фирм. Если это не будет сделано, уже через три года с развитием технологии мы обнаружим, что большинство американских компаний покидают страну и переносят свой бизнес в те страны, законодательство которых позволяет делать все эти вещи.»¹³¹

Относительно упомянутого закона Томасом Ф. Кули, профессор экономики и декан Нью-Йоркской бизнес-школы имени Стерна, было высказано мнение о том, что «Основная проблема, с которой нам предстоит столкнуться сегодня, связана с тем, что эти инновации породили компании, которые гораздо сложнее регулировать – и восстановить в случае краха».¹³²

В 2007 г. в США произошел финансовый кризис, а в 2008 г. мировой экономический кризис.¹³³ По выводам специальной комиссии американского конгресса по расследованию причин кризиса 2008-2009 гг., созданной по решению президента США Б. Обамы, он произошел из-за следующих факторов: «провалы в финансовом регулировании, нарушения в области корпоративного управления, которые привели к чрезмерным рискам; чрезмерно высокая задолженность домохозяйств; широкое распространение «экзотических» ценных бумаг (деривативов), рост нерегулируемой «теневой» банковской системы. Вина, таким образом, была возложена на банкиров, финансовых регуляторов и политиков. Банки брали на себя слишком большие риски, в то время как

¹³¹ См.: Выступление сенатора Шумера Congressional Record, November 4, 1999, vol. 145, №154, p.13880. URL: <https://www.congress.gov/congressional-record/1999/11/04>, свободный (дата обращения: 14.01.2016).

¹³² Маслов О. Мировой кризис 2007-2009: кто виноват? // «Наш Мир». 10.06.2009. URL: <http://nm2000.kz/news/2009-06-10-17352> (дата обращения 19.01.2016).

¹³³ О его воздействии на участников американского рынка см., напр., Беликова К.М. «Консервация» ипотечных агентств в США: уроки кризиса. // Законодательство и экономика. – 2012. - № 11. – С. 62-67.

регулирующие органы не принимали должных мер, чтобы этого избежать».¹³⁴ «Имели место чрезмерно оптимистичные предположения о ценах на жилье в США, а также проблемы на первичном и вторичном рынках ипотечных кредитов. Рискованные ипотечные ссуды на триллионы долларов широко внедрялись через финансовую систему: связанные с ипотекой ценные бумаги собирались в пакеты, а затем из них образовывались другие пакеты ценных бумаг, и эти пакеты продавались инвесторам во всем мире. Когда пузырь лопнул, потери в сотни миллиардов долларов потрясли рынок, а также финансовые учреждения, которые приобрели значительное количество таких ипотечных ссуд и, используя их в качестве обеспечения, образовали много долгов. Это произошло не только в Соединенных Штатах, но и по всему миру. Эти потери были приумножены производными финансовыми инструментами, такими как синтетические ценные бумаги».¹³⁵ Ввиду этого в целях снижения рисков американской финансовой системы 21 июля 2010 г. в США был принят Закон о реформировании Уолл-стрит и защите потребителей, или Закон Додда-Франка. Одним из существенных положений этого Закона является закрепленное им т.н. «Правило Волкера», которое «частично восстанавливает разграничение между инвестиционно-банковскими и коммерческими операциями банков, установленное законом Гласса-Стиголла в 1933 г. и впоследствии отмененное законом Грэмма-Лича-Блайли в 1999 г. Данное правило запрещает коммерческим банкам независимо от их размеров торговать ценными бумагами на финансовых рынках с использованием собственных средств (proprietary trading), а также ограничивает их участие в капитале хедж-фондов и фондов прямых инвестиций тремя процентами капитала первого уровня (Tier 1 capital) для банка, что в то же время не должно превышать трех процентов капитала одного фонда».¹³⁶

По словам М. Берштам, научный сотрудник Гуверовского центра Стэнфордского университета в США: «Пол Волкер предложил очень простое

¹³⁴ Холодков Н. Глобальный финансово-экономический кризис: истоки и геоэкономические последствия кризисных процессов / Н. Холодков. // Свободная мысль - XXI: Теоретический и политический журнал. - 2013. - № 1. - С. 22-23.

¹³⁵ Калашникова Т.В. Финансовый кризис: причины возникновения и возможные пути преодоления / Т.В. Калашникова // Вестник Томского государственного университета. Экономика. - 2014. - № 1 (25). С. 95-96.

¹³⁶ Евдокимова Т.В. Реформа финансового регулирования в США: ошибки над работами / Т.В. Евдокимова // США и Канада: экономика, политика, культура. - 2012. - № 9. - С. 60-61.

правило: банки могут заниматься рискованными финансовыми операциями только и исключительно по заказам своих клиентов. Тогда клиенты сами и рискуют. А если банк будет рисковать деньгами вкладчиков в своих интересах, ради собственной прибыли, то и возникает ситуация, когда выгоды оказываются частными, а если потери, случись кризис, лягут на налогоплательщика, на всю финансовую систему».¹³⁷

Таким образом, подводя итог анализа, проведенного в настоящей статье, отметим следующее. С одной стороны, совмещение брокерской деятельности на РЦБ с банковской позволяет усилить конкурентоспособность национальных экономик, с другой, оно создает предпосылки для крупных финансовых кризисов как на региональном, так и на международном уровне.

Правовые положения, которые позволяют предотвратить финансовый кризис в странах ЕАЭС, можно свести к следующим ограничениям (запретам), адресуемым коммерческим банкам. Последние не должны: предоставлять займы деньги или ценные бумаги для торговли на рынке ценных бумаг; покупать и продавать корпоративные ценные бумаги; осуществлять операции на рынке ценных бумаг за счет собственных средств; принимать участия в уставном капитале или общий размер инвестиций в акций; создавать филиалы или дочерние организации по совершению брокерской деятельности, в том числе осуществлять андеррайтинг.

¹³⁷ Сенинский С. «Правило Волкера»: восемь исключений для трех запретов. 11.12.2013. URL: <http://www.svoboda.org/content/article/25197667.html> (дата обращения: 14.01.2016).

Особенности оспаривания сделок гражданина-должника в рамках процедуры банкротства на примере США

Коршунов И. С.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Макляя, д. 6, Москва, Россия, 117198
Юрист адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и Партнеры»
Ул. Большая Ордынка, д. 40, корп. 5, Москва, Россия, 119017
email: i.s.korshunov@gmail.com

В статье рассматриваются некоторые аспекты (особенности) оспаривания сделок граждан-должников в рамках процедуры банкротства на примере США. Выводы, к которым приходит автор статьи, предлагается использовать в рамках соответствующего законодательства Российской Федерации.

Ключевые слова: США; банкротство; гражданин, не являющийся индивидуальным предпринимателем; оспаривание сделок; супруги.

С 01.10.2015 вступил в силу Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹³⁸ в редакции Федерального закона от 29.06.2015 № 154-ФЗ¹³⁹ (далее – Закон о банкротстве): начали действовать нормы, опосредующие процедуру реструктуризации задолженности граждан, не являющихся предпринимателями.

Некоторые механизмы, на наш взгляд, остались недостаточно проработанными. Среди таких механизмов – оспаривание сделок должника.

Потребность в разработке специальных норм, которые могут быть применены исключительно в рамках банкротства физических лиц, вызвана, в первую очередь, тем, что имеющиеся в Законе о банкротстве нормы о недействительности сделок (глава III.1 Закона о банкротстве) направлены на профессиональных участников коммерческих отношений, разработаны с учетом специфики соответствующих правоотношений.

¹³⁸ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Российская газета, № 209-210, 02.11.2002.

¹³⁹ Федеральный закон от 29.06.2015 № 154-ФЗ «Об урегулировании особенностей несостоятельности (банкротства) на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета, № 144, 03.07.2015.

Считаем необходимым и возможным расширить положения об оспаривании сделок именно граждан, не являющихся предпринимателями, как особых участников гражданского оборота, с учетом опыта США.

Оспаривание сделок в рамках процедуры банкротства происходит в США по двум группам оснований: сделки с предпочтительностью, а также т.н. «обманные» сделки (fraudulent transfers). Последняя из указанных групп оснований включает в себя также и критерий неравноценности, что, в отличие от российского законодательства, предполагает наличие одного состава (обманные сделки), вместо двух (неравноценные сделки (п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве) и сделки с причинением вреда (п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве)).

Мы не будем подробно останавливаться на общих положениях, связанных с оспариванием сделок граждан-банкротов в США¹⁴⁰, поскольку они схожи с отечественными. Наибольшее внимание для нас представляют именно особенности оспаривания таких сделок.

Одной из таких особенностей является понятие инсайдеров¹⁴¹, применяемое в США. Под инсайдерами, в случае, когда должником является физическое лицо, понимают¹⁴² субъекта, имеющего близкие отношения с должником и способного оказывать влияние, либо осуществлять контроль по отношению к должнику.

В деле *In re Schuman*¹⁴³ суд установил, что бывший супруг должника не является инсайдером ввиду того, что их отношения после развода теряют близкий, родственный характер.

В другом деле, *Salkin v. Chira*¹⁴⁴ судья, наоборот, проанализировав взаимоотношения бывших супругов, пришел к выводу, что даже после развода сохранилась определенная степень контроля (влияния) между ними.

Перейдем к другой особенности. Несмотря на то, что случаев, когда администраторы должников предпринимали попытки вернуть в конкурсную

¹⁴⁰ На федеральном уровне эти и иные вопросы банкротства юридических и физических лиц регулируются т.н. Банкротным Кодексом США (далее по тексту – BRA) – The Bankruptcy Reform Act of 1978. Pub. L. No. 95-598, tit. IV § 402(a), 92 Stat. 2549, 2682 (1978).

¹⁴¹ В рамках отечественного права не имеется близкого по содержанию термина, который можно было бы использовать в качестве перевода. Между тем, указанная категория имеет грани пересечения с известной нам категорией заинтересованных лиц (ст. 19 Закона о банкротстве).

¹⁴² §101(31)(A) BRA.

¹⁴³ *In re Schuman*, 81 B.R. 583 (9th Cir. B A P 1987).

¹⁴⁴ *Salkin v. Chira*, 353 B.R. 693, 725 (Bankr. S.D. Fla. 2006).

массу денежных средств, перечисленные должником бывшему супругу, либо детям в качестве средств к существованию, были редки, BRA недвусмысленно исключил подобные сделки из-под правил о преференциальности. Таким образом, чтобы не быть оспоренными по критериям преференциальности, сделки должны отвечать следующим критериям¹⁴⁵: сделка должна быть совершена добросовестно и на добровольных началах (*bona fide*) в отношении супруга, бывшего супруга, ребенка должника на основании соглашения о раздельном проживании супругов, судебного решения о расторжении брака, иного судебного акта, либо соглашения о разделе совместно нажитого имущества.

Ниже рассмотрим специфические обстоятельства и связанные с ними действия супругов и соответствующее отношение судов к данным обстоятельствам в США.

Оспаривание сделок между супругами. Все же, наибольший интерес здесь представляют сделки, совершенные между супругами. Указанная категория сделок является наиболее типичной и специфичной именно в рамках процедуры банкротства граждан. Самыми подозрительными при этом, традиционно, считаются те сделки, которые не связаны с разделом общего имущества супругов посредством судебного вмешательства.

Так, в деле *In re Taylor* суд признал недействительной сделку супруга по покупке жене автомобиля на вырученные средства от продажи другого автомобиля, которым владели оба супруга¹⁴⁶.

Когда же речь идет об оспаривании сделки, совершенной в рамках бракоразводного процесса, суды принимают во внимание, в том числе, враждебность супругов по отношению друг к другу, чтобы убедиться, что у них отсутствовало намерение причинить вред интересам кредиторов.

Раздельное проживание супругов в отсутствие бракоразводного процесса. В подобной ситуации суды вынуждены тщательно анализировать сделку на предмет мошеннических действий¹⁴⁷.

¹⁴⁵ §547(c)(7) BRA.

¹⁴⁶ *In re Taylor*, 133 F.3d 1336 (10th Cir. 1998).

¹⁴⁷ См. *In re Hope*, 231 B.R. 403 (Bankr. D.D.C. 1999); *In re Sorluccho*, 68 B.R. 748 (Bankr. D.N.H. 1986); *In re Lange*, 35 B.R. 579 (Bankr. E.D.Mo. 1983).

В частности, в деле *Friedrich v. Mottaz (In re Friedrich)*¹⁴⁸, суд пришел к выводу о наличии признаков причинения вреда в сделке одного супруга по передаче другому пакета акций стоимостью \$ 400 000. Суд отверг доводы должника о совершении сделки в соответствии с условиями добрачного контракта, поскольку сам должник ранее охарактеризовал сделку в качестве дарения.

В рамках другого дела, *In re Palermi*¹⁴⁹, должник возражал против признания сделок по передаче имущества в пользу жены недействительными на том основании, что у супругов были сложности в семейных отношениях и такая передача была совершена в счет будущих алиментных обязательств. Суд отклонил указанные доводы на том основании, что в случае, если супруга откажется от инициации бракоразводного процесса, данные сделки могут безусловно быть признаны недействительными.

В деле *Reitmeier v. Meinen (In re Meinen)*¹⁵⁰ суд отказал в признании недействительной сделки одного из супругов по перечислению средств на совместный депозит в банке. Данные денежные средства использовались супругами для оплаты обоснованных и необходимых платежей, связанных с домашним хозяйством. Полученное должником встречное предоставление не может рассматриваться в качестве неравноценного.

По вопросу равноценности встречного предоставления также высказался суд в другом деле – *Hinsley v. Boudloche (In re Hinsley)*¹⁵¹. В рамках указанного дела рассматривалась сделка по разделу общего имущества супругов. В качестве встречного предоставления по указанной сделке должник, по существу, получил не связанные с экономическими блага – возможность сохранения брака, на что ссылались обе стороны сделки. Суд отказался принимать данные доводы во внимание применительно к вопросу о равноценности встречного предоставления.

¹⁴⁸ *Friedrich v. Mottaz (In re Friedrich)* 294 F.3d 864 (7th Cir.2002).

¹⁴⁹ 113 B.R. 380 (Bankr. S.D. Ohio 1990).

¹⁵⁰ 232 B.R. 827 (Bankr. W.D. Pa. 1999).

¹⁵¹ 201 F.3d 638 (5th Cir. 2000).

Расторжение брака. Вопрос раздела общего имущества супругов, который обычно сопровождает бракоразводные процессы, может стать объектом пристального изучения в рамках процедуры банкротства одного из супругов.

В связи с этим, решения по бракоразводным делам не являются абсолютной гарантией действительности соответствующих сделок¹⁵². В деле *In re Boba*¹⁵³ был признан фиктивным раздел общего имущества, поскольку должник после развода продолжал проживать в доме и пользоваться автомобилем, которые были ранее переданы по соглашению сторон бывшему супругу.

В решении по делу *Dobin v. Hill*¹⁵⁴ суд также признал недействительным соглашение о разделе общего имущества супругов. Данное соглашение было подписано вскоре после принятия судом решения о расторжении брака. В соответствии с указанным соглашением должник был поставлен в менее благоприятное положение, нежели его супруг. Последний, согласно условиям соглашения, получил больше, чем требовал в рамках бракоразводного процесса ранее. В рамках процедуры банкротства, когда оспаривалась соответствующая сделка, было предоставлено заключение эксперта по семейному праву. Учитывая факты и обстоятельства дела, эксперт пришел к выводу, что оспариваемое соглашение не было бы утверждено судом. Более того, сам факт заключения данного соглашения был сокрыт от кредиторов должника. Указанная совокупность обстоятельств повлекла принятие решения суда о признании соглашения недействительным.

Принципиальным моментом здесь является окончательность решения суда по бракоразводному делу касательно раздела общего имущества супругов.

В рамках судебной практики США отмечается неоднозначность по данному вопросу. Нарушение единообразия было положено в рамках дела *BFP v. Resolution Trust Corp*¹⁵⁵. Суд отказал в признании недействительной сделки по исполнению обязательства - передачи имущества, отметив, что установленная по результатам торгов цена является действительной и не подлежит пересмотру, если торги проведены в полном соответствии с требованиями законодательства.

¹⁵² *In re Sorlucio*, 68 B.R. 748, 753 (Bankr. D.N.H. 1988).

¹⁵³ 280 B.R. 430, 434-35 (Bankr. N.D. III 2002).

¹⁵⁴ 342 B.R. 183 (Bankr. D.N.J. 2006).

¹⁵⁵ 511 U.S. 531 (1994).

Несмотря на то, что прецедент установил правило в отношении определения цены заложенного недвижимого имущества, в рамках другого дела, *Batlan v. Bledsoe (In re Bledsoe)*¹⁵⁶, суд одного из округов распространил данное правило также на раздел общего имущества супругов. Суд отметил необходимость применения идентичного подхода к судебным решениям по бракоразводным процессам.

Данную позицию в корне отверг суд другого округа в деле *Corzin v. Fordu (In re Fordu)*¹⁵⁷, сославшись на то, что позиция, выработанная Верховным судом США, касалась исключительно порядка определения цены заложенного имущества, реализованного посредством торгов.

Идентичной позиции, что и в деле *Batlan v. Bledsoe*, следовал суд по делу *Pryor v. Zerbo (In re Zerbo)*¹⁵⁸.

С некоторыми оговорками можно утверждать, что в РФ неопределенности по данному вопросу не имеется.

С одной стороны, оспаривание финансовым управляющим решения суда, утвердившего соглашение о разделе общего имущества супругов, не допускается, в принципе.

Так, во-первых, финансовому управляющему в деле о банкротстве гражданина предоставлено право подавать в суд, в том числе от имени гражданина, заявления о признании недействительными сделок только по основаниям, предусмотренным статьями 61.2 и 61.3 Закона о банкротстве (абз. 1 п. 7 ст. 213.9 Закона о банкротстве).

Во-вторых, в отличие от процедуры конкурсного производства в отношении юридических лиц, арбитражный управляющий в деле о банкротстве гражданина не заменяет последнего при взаимодействии с третьими лицами. В отношении юридических же лиц действует правило, согласно которому при введении конкурсного производства арбитражный управляющий заменяет единоличный исполнительный орган юридического лица-должника (п. 1 ст. 129 Закона о банкротстве). Таким образом, арбитражный управляющий по делу о банкротстве

¹⁵⁶ 569 F.3d 1106 (9th Cir. 2009).

¹⁵⁷ 201 F. 3d 693 (6th Cir. 1999).

¹⁵⁸ 397 B.R. 642 (Bankr. E.D.N. 2008).

юридического лица вправе подать заявление о пересмотре судебного акта, принятого в порядке гражданского судопроизводства с участием должника-юридического лица¹⁵⁹. В деле о банкротстве гражданина-должника арбитражный управляющий такими полномочиями не обладает.

Учитывая вышеизложенное, финансовый управляющий не имеет возможности оспорить утвержденное судом соглашение о разделе общего имущества супругов параллельно делу о банкротстве одного из таких супругов.

С другой стороны, имеется иная возможность оспорить соглашение о разделе общего имущества супругов, а точнее – действия по исполнению подобного соглашения в порядке главы III.1 Закона о банкротстве. Указанное правомочие напрямую следует из п. 3 ст. 61.1 Закона о банкротстве, допускающего возможность оспаривать по правилам главы III.1 Закона о банкротстве действия, совершенные во исполнение судебных актов. И действительно, п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 уточняет, что по правилам главы III.1 могут, в частности, оспариваться брачные договоры и соглашения о разделе общего имущества супругов. Здесь необходимо принимать во внимание, что в п. 1 указанного Постановления, очевидно, идет речь о договорах и соглашениях, заключенных без посредничества суда.

Выводы. Порядок и основания оспаривания сделок в РФ, в целом, соответствуют положениям, предусмотренным законодательством США. Судебная практика в рамках данного вопроса в отношении обоих государств схожа.

Между тем, по результатам соответствующего анализа выше, были выявлены недостатки отечественного регулирования, которые могут быть устранены посредством нижеследующего.

Во-первых, необходимо предоставить финансовому управляющему право оспаривать судебные акты в части утверждения соглашения о разделе общего имущества супругов и (или) напрямую предусмотреть в статье об оспаривании

¹⁵⁹ Право, например, апелляционного обжалования предоставляется сторонам и другим лицам, участвующим в деле, а также лицам, которые не были привлечены к участию в деле и вопрос о правах и об обязанностях которых был разрешен судом.

сделок гражданина возможность для финансового управляющего (и кредитора) оспаривать действия по исполнению соглашений о разделе общего имущества супругов (ст. 213.32 Закона о банкротстве).

Во-вторых, для целей оспаривания сделок должника с бывшим супругом, надлежит уточнить п. 3 ст. 19 Закона о банкротстве, устанавливающую правила определения заинтересованных лиц применительно к процедуре банкротства. В частности, помимо супруга должника заинтересованным лицом по отношению к должнику может быть и бывший супруг, если будет установлено, что после расторжения брака сохранилась определенная степень влияния бывшего супруга на должника.

В-третьих, следуя социальной сущности государства, необходимо рассмотреть возможность изъятия из правила об оспаривании сделок должника некоторых категорий выплат, например, алиментных обязательств.

Рассмотрение интеллектуальных споров в США

Купчина Е. В.

Аспирантка кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
e-mail: beloysova_87@mail.ru

В статье дана краткая характеристика деятельности Национального арбитражного форума, а так же Американской арбитражной ассоциации в области рассмотрения споров, связанных с доменными именами.

Ключевые слова: доменные имена, интеллектуальная собственность, Арбитражный и Посреднический Центр Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности, Национальный Арбитражный Форум, Американская Арбитражная Ассоциация, патенты, товарные знаки, авторское право.

В последнее время сфера интеллектуальной собственности стала еще более уязвимой вследствие стремительного развития Интернета. С проблемами защиты авторских прав и коммерческой тайны в условиях повсеместного распространения Всемирной паутины уже столкнулись многие страны.

Как правило, права на интеллектуальную собственность (ИС) создаются национальным законодательством и имеют территориальный характер. Следовательно, права созданные в одной стране не могут быть приведены в исполнение в другой стране, а это, в свою очередь, влечет возникновение судебных процессов в нескольких судах с различными судебными системами и различной степенью квалификации судей. Альтернативой такому процессу является рассмотрение споров в международном арбитраже (форуме).

При рассмотрении ИС международным арбитражем существует ряд преимуществ. Стороны могут договориться о рассмотрении спора в одном арбитражном форуме, что позволяет избежать получения противоречивых результатов. При рассмотрении спора в арбитраже стороны могут осуществлять контроль над процедурой рассмотрения дела. Возможно выбрать применимое право, язык разбирательства и т.д. Стороны могут выбрать арбитров, особенно это касается ситуаций, когда арбитр должен обладать специальными знаниями в конкретной области, по поводу которой ведется спор (бизнес, право, наука и т. д.). Так же у арбитров имеются широкие процессуальные полномочия.

Например, при рассмотрении спора о нарушении авторского права при создании программного обеспечения арбитр может обязать ответчика приобрести лицензию.

Арбитраж предусматривает высокую степень конфиденциальности при рассмотрении спора. Стороны могут принять меры по предотвращению публичного распространения коммерческой тайны и деловой информации.

В свете вышеуказанных преимуществ, все больше прослеживается увеличение числа обращений в арбитраж при рассмотрении споров среди предпринимателей, так как это способствует сохранению деловых отношений.

Однако, существуют и минусы. Использование арбитражной процедуры разрешения споров применимо не к каждой ситуации. Если между сторонами не был заключен договор, то бывает очень сложно убедить ту или иную из спорящих сторон к применению альтернативного урегулирования спора уже после его возникновения. Кроме того, если спорящие стороны имеют не равные ресурсы, то та сторона, что имеет больший вес, может найти тактическое преимущество в судебном разбирательстве в нескольких юрисдикциях.

Так же сложности могут возникнуть при выборе арбитра. Такая ситуация возможна при рассмотрении спора в области, требующей специальных познаний от арбитра.

Доменное имя считается одним из средств индивидуализации юридического лица. В некоторых случаях оно совпадает с товарным знаком (с его «буквенным» обозначением). Это порождает достаточно большое количество ситуаций, когда третьи лица регистрируют доменное имя, сходное с чьим-либо товарным знаком, например, в целях последующей перепродажи собственнику товарного знака.

В настоящее время создано несколько организаций по разрешению IP-споров и доменных споров:

- Арбитражный и Посреднический Центр Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center) – с 1 декабря 1999 года;¹⁶⁰

¹⁶⁰Сайт ВОИС:
http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/ru/arbitration/779/wipo_pub_779.pdf

- Национальный Арбитражный Форум, расположенный в американском штате Миннесота (National Arbitration Forum) – с 23 декабря 1999 года;¹⁶¹

- Институт CPR (Conflict Prevention & Resolution) по разрешению споров, находящийся в Нью-Йорке (CPR Institute for Dispute Resolution) – с 22 мая 2000 года;¹⁶²

- Азиатский Центр по разрешению доменных споров (Asian Domain Name Dispute Resolution Center) – с 3 декабря 2001 года;¹⁶³

- Канадская организация «eResolution» – с 1 января 2000 года.¹⁶⁴

-Американская Арбитражная Ассоциация (American Arbitration Association)

Кроме общих правила разрешения споров, все организации имеют дополнительные правила.

Интеллектуальные споры рассматриваются в Американской Арбитражной Ассоциации (ААА) по Регламенту коммерческого арбитража 2009г. (в ред. 2010г.) с использованием Дополнительного регламента по патентным спорам (Resolution of Patent Disputes Supplementary) 2006г.¹⁶⁵ Одна из главных особенностей рассмотрения интеллектуальных споров в ААА – создание собственного списка арбитров – специалистов в сфере интеллектуальной собственности. В ААА созданы отдельные списки арбитров, которые включают в себя специалистов в следующих областях: патенты, товарные знаки, авторское право, специалисты в области фармацевтики и биотехнологий, споры по доменным именам. Чтобы быть включенным в списки арбитров по рассмотрению IP-споров кандидат должен иметь стаж юридической практики в данной области от 10 до 30 лет.¹⁶⁶

Большое значение для развития арбитражного способа рассмотрения интеллектуальных споров в США имел Закон № 97-247 от 27 августа 1982 г. о добровольном арбитраже по рассмотрению патентных споров. Закон определяет правила рассмотрения споров по патентам и товарным знакам. Если стороны,

¹⁶¹ Сайт Национального Арбитражного форума США: <http://www.adrforum.com/>

¹⁶² Сайт Института CPR по разрешению споров <http://www.cpradr.org/>

¹⁶³ См. статья: «Азиатский Центр по разрешению доменных споров подписал второе соглашение с ICANN для ускорения рассмотрения споров по доменным именам»./<http://domainnamewire.com/tag/asian-domain-name-dispute-resolution-centre/>

¹⁶⁴ Сайт Канадской арбитражной организации: <http://eresolution.com/>

¹⁶⁵ Сайт Американской арбитражной ассоциации /<http://www.adr.org/sp.asp?id=27417>

¹⁶⁶ Ермакова Е. П.// Альтернативное урегулирование споров в сфере интеллектуальной собственности

дали добровольное согласие на рассмотрение своего спора частным органом, то его решение является окончательным и обязательным для сторон. Исполнение решений должно осуществляться по правилам, закрепленным в разделе IX Кодекса США (US Code). Сфера неформального урегулирования споров в области интеллектуальной собственности была расширена с принятием в 1984г. еще двух законов: Закона о патентном праве 1984г. (HR 6286; PL 98-6220) и Закона о защите прав на микрочипы 1984г. (HR 6163; PL 98-620, 17 USC).¹⁶⁷

Наибольшее количество доменных споров рассматриваются в Центре ВОИС и Национальном Арбитражном Форуме. Выбор центра, рассматривающего спор, касающийся доменного имени, принадлежит заявителю.¹⁶⁸

Данные организации рассматривают дела на основании оговорок, которые содержатся в договорах Корпорации ICANN по распределению адресного пространства в сети и регистраторами, а также в договоре между пользователями и регистраторами.¹⁶⁹

Речь идет о подведомственности споров по доменным именам в соответствии с процедурой, именуемой UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy).

Во всех договорах о регистрации того или иного доменного имени в соответствующей зоне делается оговорка, позволяющая передавать все споры в центр по разрешению доменных споров.

Как и любые процессуальные положения в суде, правила рассмотрения споров должны соблюдаться при рассмотрении спора соответствующей организацией. Особенность такого рода рассмотрения спора заключается в заочном разбирательстве.¹⁷⁰

Жалобу рассматривает и решение по ней принимает административная комиссия, назначаемая Организацией по рассмотрению споров.

¹⁶⁷ Ермакова Е. П.// Альтернативное урегулирование споров в сфере интеллектуальной собственности

¹⁶⁸ Серго А.Г. Пути разрешения конфликтов, возникающих при использовании доменных имен в сети Интернет: Автореф.

¹⁶⁹ Незнамов А. В. Особенности компетенции по рассмотрению Интернет-споров. ред. Ярков В. В.

¹⁷⁰ <http://www.roche-duffay.ru/index.html>

Очные слушания не проводятся, если на это не будет особого указания комиссии. Решение принимается комиссией на основании представленных документов и сделанных заявлений.

В Политике указываются случаи, когда комиссия принимает решение о передаче домена, а также доказательства, которые при этом используются.

Прежде всего, подлежат рассмотрению споры, если лицо подало жалобу Провайдеру (одной из организаций по разрешению споров), что:

- зарегистрированное доменное имя идентично или сходно до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания, на который заявитель имеет право;

- у лица, на которое зарегистрировано доменное имя, нет прав и законных интересов на него;

- доменное имя было зарегистрировано и используется недобросовестно.

При этом в процессе рассмотрения жалобы заявитель должен доказать наличие всех элементов.¹⁷¹

На практике проблемы возникают именно с необходимостью доказать то, что доменное имя было зарегистрировано и используется недобросовестно. Для этих целей в Политике представлен примерный (открытый) перечень доказательств недобросовестной регистрации и использования.

Следующие обстоятельства будут доказательствами недобросовестной регистрации в случае, если они будут установлены.

Регистрация или приобретение домена имеет своей целью для получения прибыли от продажи или сдачи его в аренду собственнику схожего товарного знака или знака обслуживания или его конкуренту.

Доменное имя было зарегистрировано, чтобы владелец товарного знака или знака обслуживания не смог произвести регистрацию (при этом данное обстоятельство должно быть выгодно ответчику).

Доменное имя зарегистрировано для того, чтобы помешать деятельности конкурента.

¹⁷¹ Дмитрик Н. А. Осуществление субъективных гражданских прав с использованием сети Интернет

С помощью доменного имени ответчик намеренно пытался привлечь с коммерческой целью пользователей Интернет к тому или иному адресу в он-лайн, создавая вероятность восприятия принадлежащего заявителю знака как источника существования, финансирования, организационной принадлежности или поддержки сайта заявителя или он-лайн адреса или предоставляемых с их помощью продукции или услуг. При этом Политика указывает способы демонстрации прав и законных интересов на доменное имя:

- использование доменного имени или демонстрация подготовки к использованию доменного имени или имени, ему идентичного, для добросовестного предложения услуг или товаров, до того, как ответчиком были получены любые уведомления о наличии спора;

- ответчик (как частное лицо, торговое предприятие или иная организация) был широко известен по доменному имени, даже если он не приобрел прав на товарный знак или знак обслуживания;

- ответчик использует имя в законных некоммерческих или добросовестных целях без намерения извлечь коммерческую выгоду путем переманивания потребителей введением их в заблуждение или дискредитацией товарного знака или знака обслуживания, по поводу которых предъявлены претензии.

Подводя итоги всему вышесказанному можно сделать вывод, что правовое регулирование защиты прав интеллектуальной собственности на современном этапе происходит на уровне международного, национального и наднационального права. Данные уровни характеризуются взаимным влиянием друг на друга. Международные стандарты в области защиты прав интеллектуальной собственности оказывают существенное воздействие на процессы формирования и развития национального законодательства в данной сфере. В условиях международной интеграции на территории евразийского экономического пространства все большее значение приобретает наднациональный уровень регулирования посредством норм законодательства международного права.

Общая характеристика системы вещного права Республики Польша

Пулик А. В.

Аспирант кафедры торгового права Университета в Белостоке (Польша)
Аспирант направления национальная безопасность Естественно-Гуманитарного
Университета в г. Седльце (Польша)

email: pulik-av@bk.ru

С. В. Раднаева

Магистр экономики, выпускник юридического факультета Российского Университета
Дружбы Народов

Статья посвящена вопросу общей характеристики системы вещного права в Республике Польша. Анализируется место отдельных институтов в системе гражданского права, как с точки зрения законодательства, так и с позиции доктринального изучения. Дается классификация вещных прав, совместно с общей характеристикой их отдельных видов.

Ключевые слова: вещное право, гражданское право, ограниченные вещные права, Польша, право собственности.

Вещное право, будучи одной из основных подотраслей гражданского права, является важным системообразующим элементом всего правопорядка любого современного государства. Как указывал известный польский юрист Анджей Стелмаховски, если существует принципиальная возможность вообразить правовую систему, в которой отсутствовал бы элемент динамизма, выражающийся в наличии института договора, то условием *sine qua non* бытия гражданского права является присутствие институтов ответственности и собственности¹⁷² (которая является основной категорией вещных прав, будучи единственным «завершённым» среди них¹⁷³). Поэтому совершенствование данной сферы должно быть направлено на максимизацию эффективности входящих в её состав институтов, что подтверждается наличием особого внимания в отношении подотрасли вещного права со стороны «Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации»¹⁷⁴, равно как и Проекта Федерального закона N 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской

¹⁷² Andrzej Stelmachowski, Wstęp do teorii prawa cywilnego. Warszawa 1984, s. 306.

¹⁷³ Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. / В.С. Ем, И.А. Зенин, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. С. 510.

¹⁷⁴ "Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации" (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // "Вестник ВАС РФ", N 11, ноябрь, 2009.

Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁷⁵, для чего предлагается обратиться также к опыту иностранных государств, в том числе правовым решениям польского законодателя.

В польской науке гражданского права, как и в России, вещное право представлено двумя ипостасями: объективным правом и субъективным (в польской юридической терминологии объективный аспект назван – предметным (przedmiotowy), в то время как субъективный (podmiotowy) носит такое же наименование, что и в российской цивилистике). В объективном смысле, вещное право представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих правовые формы использования вещей, выражение которых приобретает форму субъективных вещных права. Таким образом, вещное право, в объективном смысле, является общностью источников права, которые регулируют проблематику приобретения и утраты, а также содержания и защиты (охраны) субъективных вещных прав на объекты имущественного оборота¹⁷⁶.

В субъективном же отношении, под вещным правом С.А. Степанов понимает дозволенную и защищенную законом меру возможного самостоятельного поведения лица по отношению к "своей" вещи (владение, пользование, распоряжение)¹⁷⁷, что следует толковать как абсолютное субъективное имущественное гражданское право лица, предметом которого является степень связи с объектом, представленным вещами. Подобное определение в полной мере соответствует польскому подходу в понимании вопроса субъективного вещного права¹⁷⁸.

Основополагающим источником вещного права является Гражданский Кодекс Польши¹⁷⁹, книга вторая которого озаглавлена «Собственность и иные вещные права» и состоит из четырёх титулов: право собственности (własność), наследственный узуфрукт (użytkowanie wieczyste), ограниченные вещные права

¹⁷⁵ Проект Федерального закона N 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 03.04.2012) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷⁶ Jerzy Ignatowicz, Krzysztof Stefaniuk, Prawo rzeczowe. 3 wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, s. 17.

¹⁷⁷ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 1. / С.С. Алексеев, И.З. Аюшеева, А.С. Васильев и др.; под ред. С.А. Степанова. М.: Проспект; Екатеринбург: Институт частного права, 2010. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷⁸ Edward Gniewek, Prawo rzeczowe. 7. wydanie, zmienione i zaktualizowane. Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2008, s. 2.

¹⁷⁹ Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

(prawa rzeczowe ograniczone), а также владение (posiadanie¹⁸⁰). Однако доктрина относит лишь первые три категории к видам вещных прав¹⁸¹. Следует отметить, что промежуточное положение наследственного узуфрукта между первым и вторым видами вещных прав является не только следствием кодификационной техники, но также нашло своё отражение в правоприменительной практике. Так, согласно решению Верховного Суда Польши от 17 января 1974 г.¹⁸², характерное для польского правового порядка вещное право наследственного узуфрукта (ст. 232 ГК Польши), может быть обременено земельным сервитутом, на тех же основаниях как право собственности, нормы которого должны быть использованы в качестве основания для аналогии закона при отсутствии возможности разрешения спорных вопросов с использованием норма о наследственном узуфрукте (ст. ст. 232-243 ГК Польши). В российской литературе данное понятие часто переводится как «вечное пользование»¹⁸³, однако, термин «użytkowanie» используется также в значении «узуфрукт», что позволяет воспользоваться аналогией и перевести его предлагаемым образом. Следует одновременно заметить, что суть данного вещного права состоит далеко не в «наследственности», равно как и не является фактически «вечным». И.А. Емелькина подчёркивает, что наряду с приведённым подходом, в польской доктрине существует классификация, основывающаяся на степени зависимости от собственности: к независимым относятся право собственности, наследственный узуфрукт и жилищное право, в то время как зависимые - это сервитуты и акцессорные вещные права¹⁸⁴. Порой в польской научной литературе возникает вопрос о классификации института таймшера (timeshare, timesharing), который, на первый взгляд, может несколько нарушать данную систематику. Ранее действующее законодательство создавало некоторые проблемы, однако, де-факто, таймшер представляет собой фактическое пользование или сервитут (ч. 1 ст. 1 Закона о защите приобретателей права

¹⁸⁰ Более точным представляется перевод данного термина словом «обладание».

¹⁸¹ Wojciech J. Katner, w: Wojciech J. Katner (red.), Prawo cywilne i handlowe w zarysie. 2 wyd. Wolters Kluwer Polska, Zakamycze 2006, s. 187.

¹⁸² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 1974 r., III CRN 316/73, OSNCP 1974, nr 11, poz. 197.

¹⁸³ См. Богустов А.А. Узуфрукт в системе ограниченных вещных прав по законодательству Польши. // Международное публичное и частное право. 2010. N 2. С. 13 - 16. Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В. В. Залесский. - М.: Норма, 2009. С. 160.

¹⁸⁴ Емелькина И.А., Система ограниченных вещных прав на земельный участок : монография. - М.: «Волтерс Клувер», 2011. С. 101.

пользования зданием или жилым помещением¹⁸⁵), однако, с принятием специализированного Закона о таймшере¹⁸⁶, подобные отношения прямо отнесены к категории обязательственных.

Самым «широким» среди вещных прав является, безусловно, право собственности. Если российское гражданское право уже на уровне законодательства в ч. 1 ст. 209 ГК РФ определяет его, как совокупность прав владения, пользования и распоряжения принадлежащим собственнику имуществом, то польский законодатель в ст. 140 ГК Польши указывает лишь на два элемента права собственности: использование и распоряжение. В то же время польская научная литература, рассматривает право собственности с позиции классической древнеримской триады. Польская Конституция в ч. 1 ст. 64, в связи со ст. 20¹⁸⁷ гарантирует всем субъектам права возможность обладания собственностью, что непосредственно связано с закреплением частной собственности в основе экономического строя страны. Гражданским законодательством правоспособность, а следовательно и возможность быть носителем субъективных вещных прав, признаётся за физическими лицами (ст. 8 ГК Польши), юридическими лицами, к которым законом отнесены государство, от имени которого выступает государственная казна (Skarb Państwa) и организационными единицами, наделёнными, в соответствии с законом, правосубъектностью (ст. 33 ГК Польши), а также единицы, лишённые статуса юридического лица, за которыми законом закреплена правоспособность - так называемые ограниченные юридические лица (ч. 1 ст. 33¹ ГК Польши). С учётом концепции юридических лиц публичного права, единицы местного самоуправления, государственные учреждения, государственные предприятия, юридические лица с различным правовым статусом являются субъектами права, в чьей частной собственности могут находиться вещи. Таким образом, следует сделать вывод, что на сегодняшний день в Польше, фактически, существуют две экономические формы собственности – государственная (принадлежащая

¹⁸⁵ Dz.U. 2000 nr 74 poz. 855 Ustawa z dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustaw Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

¹⁸⁶ Dz.U. 2011 nr 230 poz. 1370 Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o timeshare.

¹⁸⁷ Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r.

государственной казне) и частная, которой располагают любые иные субъекты гражданского оборота, кроме государства.

Переходное положение, напоминающее право собственности, занимает право наследственного узуфрукта, пределы которого обозначены в ст. 233 ГК Польши. Хозяин имеет право пользоваться и распоряжаться правом на земельный участок, находящийся в собственности государства или единицы местного самоуправления (только такая категория вещей может быть объектом наследственного узуфрукта). В.В. Залесский характеризовал наследственный узуфрукт в качестве суперфиция¹⁸⁸, однако, данная конструкция представляет из себя не только право застройки, но и временной собственности, что подчёркивается в польской цивилистической литературе¹⁸⁹. Несмотря на факт, что данная форма вещного права накрепко укоренена в системе вещных прав Польши, до некоторой степени, к ней следует относиться, как к рудименту, о чём свидетельствует принятие Закона о возможности преобразования права наследственного узуфрукта в право собственности¹⁹⁰.

Каталог ограниченных вечных прав в польском законодательстве является достаточно разнообразным, хотя каждая из данных форм, в различной степени, ограничивает предел собственности иного лица. Их перечень приведён в § 1 ст. 244 ГК Польши и включает в себя следующие виды таковых вещных прав: узуфрукт (*użytkowanie*), сервитут (*służebność*), залог (*zastaw*), ипотеку (*hipoteka*) и право жилищной кооперативной собственности (*spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu*). Узуфрукт, залог и право жилищной кооперативной собственности ограничивают элемент владения. Первое из данных ограниченных вещных прав позволяет хозяину пользоваться вещью и извлекать из неё прибыль (ст. 252 ГК Польши). Право жилищной кооперативной собственности уполномочивает хозяина лишь пользоваться помещением, однако, оно может быть передано или унаследовано (ч. 1 ст. 17¹ и ч. 1 ст. 17²

¹⁸⁸ Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В. В. Залесский. – М.: Норма, 2009. С. 158.

¹⁸⁹ Wojciech J. Katner, w: Wojciech J. Katner (red.), *Prawo cywilne i handlowe w zarysie*. 2 wyd. Wolters Kluwer Polska, Zakamycze 2006, s. 192.

¹⁹⁰ Dz.U. 2005 nr 175 poz. 1459 Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości.

Закона о жилищной кооперации¹⁹¹). Залоговое право, для сравнения, не предоставляет никаких преимуществ пользования вещью, однако, залогодержатель из реализации залога имеет право преимущественного получения вознаграждения, что является гарантией исполнения обязательства. Существенные различия касаются также сервитутов, в первую очередь, земельных (хотя данное утверждение относится и к личным). В соответствии с § 1 ст. 285 ГК Польши, недвижимость может быть обременена в пользу собственника иной недвижимости (властной недвижимости) правом, содержание которого основывается на том, что собственник властной недвижимости может пользоваться в обозначенных пределах обременённой недвижимостью, или на то, что собственник обременённой недвижимости является ограниченным в возможности совершения в отношении неё определённых действий, или же ему запрещено реализовать некоторые правомочия, которыми, относительно властной недвижимости, он бы располагал, как собственник. Ипотека же, также, как и залог, не создаёт никаких действительных прав в отношении обременённой недвижимости. Однако установление ипотеки означает обременение правом, в силу которого кредитор сможет в первой очереди кредиторов погасить задолженность посредством реализации данного имущества, независимо от того, чьей собственностью данная недвижимость стала (ч. 1 ст. 65 Закона о поземельных книгах и ипотеке¹⁹²).

Все вещные права относятся к категории имущественных прав, однако, очевидными являются, в широком смысле слова, различия в функциях отдельных видов вещных прав. Так некоторые из них преследуют экономическую цель (земельные сервитуты, залог, ипотека), тогда как другие устанавливаются для личного пользования, включая алиментные права (например, право usufrukta в пределах ренты, или жилищный сервитут), в то же время назначение третьих зависит от цели и воли субъекта (собственность,

¹⁹¹ Dz.U. 2001 nr 4 poz. 27 Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych.

¹⁹² Dz.U. 1982 nr 19 poz. 147 Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece. Как видно в названии данного акта вновь используется термин «wieczysty», который зачастую переводят понятием «кадастр», однако, книги эти отражают в первую очередь правовое положение частных земельных участков и иных объектов недвижимости, выполняя функции реестра прав на недвижимость и сделок с ним, что, следовательно, требует отражения при переводе. Поэтому используется лишь условное, историческое название «поземельный», для цели указания на принципиальные различия.

право наследственного узуфрукта или право жилищной кооперативной собственности).

Характеризуя вещные права, необходимо выделить среди них самостоятельные вещные права и связанные и акцессорные права. К первым, согласно польской доктрине, относятся право собственности, право наследственного узуфрукта, узуфрукт или право жилищной кооперативной собственности. Правом, связанным с собственностью недвижимости, являются земельные сервитуты (§ 1 ст. 285 ГК Польши), так как они могут существовать лишь постольку, поскольку существует право собственности, как обременяемой, так и собственности хозяина властной недвижимости. Частным случаем является самостоятельное право собственности на здание, связанное с наследуемым узуфруктом (§ 2 ст. 235 ГК Польши) или правом пользования, которым обладают крестьянские производственные кооперативы (§ 3 ст. 272 ГК Польши). Акцессорным характером обладают соответственно залог и ипотека, так как их существование необходимо для обеспечения обязательственных правоотношений, что означает, что они функционально связаны с объектом обязательственного правоотношения, или даже с самим обязательством.

Важной чертой является также характер вещных прав, с точки зрения возможности их передачи иному лицу. Так польский законодатель прямо закрепил недопустимость отчуждения узуфрукта (ст. 254 ГК Польши) и личного сервитута (ст. 300 ГК Польши). Земельные сервитуты, будучи правом, связанным с правом собственности на объект недвижимости, по смыслу § 1 ст. 285 ГК Польши не могут отчуждаться вне данного участка. Также право залога, с учётом его акцессорного характера, не может быть перенесено вне обязательства, для обеспечения которого он установлен, и наоборот изменение сторон в обеспечиваемом обязательстве влечёт за собой переход залога. (§ 1 и § 2 ст. 323 ГК Польши). Идентичное правило закреплено в отношении ипотеки в ст. 79 Закона о поземельных книгах и ипотеке. Иные вещные права, по общему правилу, являются самостоятельным объектом гражданского оборота, что означает возможность их передачи.

Понятие и содержание акционерного соглашения по английскому праву

Сапаров Н. Ч.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
ул. Миклухо-Маклая, 6, г. Москва, Россия, 117198
email: naz-tm@mail.ru

Статья посвящена рассмотрению основных подходов понятия и содержанию акционерного соглашения по праву Англии, проводится сравнительно правовой анализ с аналогичным институтом в законодательстве Российской Федерации – корпоративным договором.

Ключевые слова: корпоративный договор, акционерное соглашение, корпоративное соглашение, предмет договора, корпорации.

В настоящий момент в российском законодательстве корпоративный договор реализуется в форме акционерного соглашения и договора об осуществлении прав участников обществ с ограниченной ответственностью

Прежде всего необходимо отметить, что институт соглашений между участниками корпораций заимствован законодательством Российской Федерации из зарубежного законодательства, прежде всего, из англо-саксонской системы права (также применяется в ряде стран континентальной системы, в частности, в Германии, Франции, Швейцарии).

Так институт корпоративного соглашения в России и институт акционерного соглашения в Англии, имеют наиболее схожий предмет регулирования и правовое назначение.

При этом, закреплённое в ст. 32.1 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» понятие акционерного соглашения, по содержанию и назначению идентично понятию акционерного соглашения, закреплённого в английском законодательстве.

Согласно положениям английского законодательства, а именно Закона о компаниях 2006 г. (Companies Act 2006)¹⁹³ акционерное соглашение (shareholders agreements) – договор, который может быть заключен как между акционерами

¹⁹³ См: Закон о компаниях 2006 г./ Companies Act 2006 www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/46/contents

(всеми или некоторыми из них), так и между компанией и акционерами¹⁹⁴. Акционерное соглашение может быть заключено как на этапе создания компании, так и уже после окончания этапа создания компании, когда у акционеров возникла необходимость урегулировать корпоративные правоотношения.

При этом, согласно корпоративному праву Англии акционерные соглашения выполняют функцию внутренних документов закрытых компаний, которые могут отменять или изменять нормы устава компании, российская правовая доктрина также относит акционерное соглашение к разновидностям внутренних документов корпораций¹⁹⁵.

Согласно английскому законодательству у новых акционеров, когда они становятся участниками корпораций, отсутствует обязанность присоединиться к уже заключенному акционерному соглашению, если же новые акционеры решили присоединиться к заключенному соглашению, то они присоединяются путем подписания соответствующего документа- Deed of Adherence, принимая на себя те же обязательства, что и ранее заключившие акционеры¹⁹⁶.

В отношении формы акционерного соглашения, следует отметить, что английское законодательство не содержит обязательного требования письменной форме к такого рода соглашениям, между тем на практике акционерное соглашение заключается всегда в письменной форме.

Согласно сложившимся подходам в английской правовой доктрине в предмет правового регулирования акционерного соглашения входит большой круг вопросов, а именно:

- 1) вопросы, относящиеся к регламентации основных направлений деятельности компании;
- 2) распределение вкладов учредителей в уставный капитал компании, определение объема прав, предоставляемых акциями, состав акционеров компании;

¹⁹⁴ Thomas K.R., Ryan C. The law and Practice of Shareholders' Agreements. London, 2007

¹⁹⁵ См: Ифраимов В.Ю. Внутренние документы корпораций как источник правового регулирования внутрикорпоративных отношений в России и Азербайджане // Вестник Российского университета дружбы народов, серия юридические науки. 2013. № 4, С.223-242

¹⁹⁶ См: Петрова Е., М.Храпов. Регулирование акционерных соглашений по английскому праву // Корпоративный юрист.2008, № 9

3) вопросы дополнительного финансирования компании (например, условия дополнительного выпуска акций);

4) вопросы корпоративного управления компанией (например, определение структуры совета директоров, правления компании, порядка назначения и досрочного прекращения полномочий директоров компании, регламентация большинства голосов для принятия решений на заседаниях совета директоров компании);

5) финансовые вопросы – регламентация положений внутренних документов компании в отношении выплаты дивидендов, стандартов финансовой отчетности компании, определения круга аудиторов компании, порядка подготовки бюджетов и бизнес-планов компанией;

6) вопросы предоставления отчетности и иной информации акционерам компании;

7) вопросы структурирования групп компаний – сторон договора – регулирование порядка создания дочерних компаний и отношений сторон договора с такими компаниями (условия перевода работников материнского общества в дочернее, порядок оказания услуг, предоставления прав на использование результатов интеллектуальной деятельности, поставки товаров материнской компании дочерней компании и пр.);

8) порядок передачи акций компании – условия предоставления согласия акционеров на передачу акций компании или реализации ими права преимущественной покупки продаваемых акций, а также права требовать продажи акций компании (call option) и права требовать приобретения акций компании (put option);

9) вопросы регулирования отношений сторон в связи с наступлением определенных обстоятельств – к их числу могут быть отнесены условия реализации права требовать продажи акций компании в случае несостоятельности другой стороны договора, существенного нарушения ею своих договорных обязательств, а также в случае наступления обстоятельств

«смены контроля» (change of control) – изменения состава акционеров или косвенных владельцев стороны договора¹⁹⁷.

Особое внимание в доктрине английского права уделяется вопросу соотношения акционерного соглашения и устава компаний. Исследователи данного вопроса отмечают, что устав и акционерное соглашение являются различным явлением по своим правовым свойствам.

Так по общему правилу акционерное соглашение не подлежат государственной регистрации, между тем акционерные соглашения должны быть в установленном законом порядке зарегистрированы в Companies House (Регистрационная палата) если данный договор охватывает те сферы регулирования корпоративных правоотношений, которые подпадают под регулирования устава компаний, иными словами, если данный договор содержит условия о приоритете положений договора над нормами устава компании.

В соответствии с действующим английским законодательством обязательная регистрация требуется если¹⁹⁸:

- положения акционерного соглашения расходятся с положениями учредительных документов компании и, по сути, вносят изменения в устав (в таком случае акционерное соглашение имеет преимущества над учредительным документом);

- акционерные соглашения касаются вопросов, для принятия решения относительно которых законом требуется специальная резолюция (например, о неприменении условия об обязательном предыдущем предложении, о выкупе акций остальными акционерам).

Указанный вывод основан на положениях закона и судебных прецедентах, которые имеют огромное значение в странах англосаксонской правовой системы.

Так, ст. 29 (1) (b) Акта о компаниях 2006 г. содержит требование о государственной регистрации любых решений или соглашений, принятых

¹⁹⁷ Hewitt I. Hewitt on joint ventures. Croyton, 2011. P. 122 - 123; см. также аналогичный перечень вопросов, относимых английскими правоведами к предмету договора, в: Commercial law handbook / D. Berry (ed.). L., 2009. P. 200.

¹⁹⁸ Companies act 2006 // Blackstone's Statutes on Company law 2010 - 2011. 14t edition edited by Derek French. London: Oxford University Press, 2011. P. 289.

(заключенных) всеми участниками компании, которые, если бы не были приняты единогласно, потребовали бы принятия специальной резолюции (для целей изменения устава компании), если такие решения или соглашения своим содержанием затрагивают положения устава компании. Положения ст. 30(1) Акта о компаниях 2006 г. предписывает обязательность подачи таких решений или соглашений для их государственной регистрации в течение 15 дней с момента их принятия (заключения) под угрозой наступления уголовной ответственности нарушителя данной нормы¹⁹⁹.

Важнейшими судебными прецедентами по данному вопросу являются решения по делу *Cane v. Jones* и по делу *Re Home Treat Ltd.*.

В данных решениях суды указали, что соглашение, заключенное между всеми акционерами компании и регламентирующее те вопросы, которые относятся к предмету регулирования устава компании, должно считаться соглашением, вносящим изменения в устав компании, из чего следует, что такое соглашение должно подлежать обязательной государственной регистрации в Регистрационной палате компаний²⁰⁰.

Вышеуказанное позволяет сделать вывод о том, что акционерное соглашение и устав компании, по английскому законодательству, обладают различными правовыми свойствами и назначением. При этом договорные положения не имеют по общему правилу приоритета над положениями устава компании. В случае если такой договор регламентирует вопросы, относящиеся к предмету регулирования устава компании, то такой договор рассматривается английскими судами как неотъемлемая часть учредительных документов (устава) компании и подлежит обязательной государственной регистрации в Регистрационной палате компаний.

Рассматривая вопрос о классификации корпоративных соглашений, следует отметить, что в доктрине английского права выделяют следующие виды акционерных соглашений:

¹⁹⁹ Осипенко К.О. Стороны договора об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве // Законодательство. Гарант, 2014, № 4. С. 79-87

²⁰⁰ Осипенко К.О. Предмет договора об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве // Вестник гражданского права. ООО «Издат. дом В. Ема», 2012, Т. 12 № 6. С. 100-123

1. Соглашения о совместном предприятии (joint venture agreement) – специфика содержания данного вида договора заключается в регламентации этим договором порядка управления и деятельности совместного предприятия;

2. Инвестиционные соглашения – договоры, заключаемые венчурным инвестором и менеджментом компании, о порядке управления, распределения прибыли и перераспределения пакетов акций участников компании (например, в случае размещения акций компаний на фондовой бирже, прекращения участия венчурного инвестора в инвестиционном проекте;

3. Соглашения миноритарных акционеров – заключаются, к примеру, в случае наличия в составе акционеров компании одного мажоритарного акционера и ряда миноритарных акционеров. Предмет данного вида договора охватывает преимущественно вопросы участия миноритарных акционеров в управлении компанией (путем, например, установления квалифицированного большинства голосов при принятии решений общим собранием акционеров или советом директоров компании), право акционеров требовать приобретения принадлежащих им акций при наступлении определенных обстоятельств (put option), а также последствия направления третьим лицом предложения о приобретении акций компании.

4. Соглашения об объединении (pooling agreements) – заключаются между акционерами, обладающими примерно равными пакетами акций для «консолидации» порядка осуществления ими своих прав. Предметом такого договора в основном является урегулирование вопросов совместного голосования акционеров, установления преимущественных прав на приобретение акций стороны договора, а также предоставления каждой из его сторон права требовать продажи ей акций другой стороны при наступлении определенных обстоятельств (call option).

Рассматривая содержание корпоративного договора по праву России и акционерного соглашения по праву Англии, можно сделать вывод, что согласно действующему законодательству Российской Федерации допускается участие третьих лиц в качестве стороны корпоративного договора, что в свою очередь не допускается английским корпоративным правом.

Также для английского права характерна диспозитивность норм, регулирующих корпоративные соглашения, в то время как в России закреплены императивные пределы осуществления корпоративных правоотношений, предусмотренных корпоративным договором. Важной отличительной особенностью правового регулирования правоотношений акционерным соглашением в Англии является возможность использования данных соглашений в качестве внутренних документов закрытых компаний, при этом данными соглашениями допускается изменять и дополнять нормы, содержащиеся в уставах компаний, что не допускается действующим российским законодательством.

Таким образом, анализируя вышеперечисленное, можно сделать вывод, что понятие корпоративного договора введённое в законодательство Российской Федерации и акционерное соглашение по праву Англии имеет как схожие признаки, так и ярко выраженные различия.

Условия и порядок заключения брака в праве иноконфессиональных групп Испании (мудехаров) во времена Реконкисты

Пономарева О. С.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: Rovena40890@yandex.ru

В Испанских христианских королевствах в период Реконкисты оставалось большое количество мусульман – ремесленников и ученых, которые являлись основой экономики страны и были известны как «мудехары», то есть люди, получившие разрешение остаться. Данная статья освещает условия и порядок вступления в брак мудехарами Испании, а также раскрывает особенности «Книги Суны и Шары мавров» (El libro de la çuna e хага) - правового памятника мудехаров, дошедшего до наших дней.

Ключевые слова: семейное право, Испания, законодательство мудехаров, мусульмане, христиане, Книга Суны и Шары мавров, брак, условия и порядок заключения брака, Реконкиста.

Падение Насридов явилось концом мусульманской Испании и началом Испании христианской. Вместе с распространением идеи Реконкисты документально до нашего времени дошла информация, на основании которой возможно сделать вывод о нетерпимости христианской Испании по отношению к мусульманам и об их гонениях, но это не совсем так. Из-за особенности взаимоотношений западного христианства и мусульманского мира на территории Испании, можно говорить как о глубоком отвращении христиан к исламу, так и о сильной тяге к более высокой культуре и праву мусульман.²⁰¹

Оставшиеся на отвоеванных территориях, мудехары сохраняли свои знания права, передавали знания следующим поколениям по тем же книгам и молились в тех же мечетях. Мудехары, образуя отдельные общины, уже были лишены великолепия и блеска Кордовы и поэтому вызывают довольно небольшой интерес у исследователей, но нам известно, что общины, возглавляемые главой общины - мусульманином, назначаемым королем, следовали своей религии, а их отношения регулировались мусульманскими законами и обычаями.

Единственным правовым памятником мудехаров, дошедшим до наших дней, является «Книга Сунны и Шары мавров». По предположениям ученых он был составлен на территории Валенсии. В его основу, как уже понятно из названия, легла мусульманская правовая традиция, хоть он и составлялся уже

²⁰¹ Мусульманская Испания. Пер. с англ. С.И. Дунаевского. Предисл. А.Б. Куделина. М., Главная редакция восточной литературы издательства «Наука», 1976, стр. 180;

при власти христиан. Возникает вопрос: а повлияла ли христианская правовая система на законодательство мудехаров? Влияние христианского права присутствует (в основном, в сфере судопроизводства), но заимствованные нормы христианского права не замещают мусульманские, а, существуя несколько обособленно, применяются наравне с мусульманскими нормами и дополняют их.

В Книге четко говорится, что источниками являются Суна и Шары. «Все, что содержится в Коране, называется Шара, каковая, согласно тому, что утверждают сарацины, была дана голосом...»²⁰², а «Прочее же, что не содержится в Коране, называется Суна»²⁰³; также в Книге упоминается «мнение знающих» как третий обычный источник мусульманского права.

Главным образом в Книге ссылаются на Сунну. В главе 166 «О толках» ее даже признают главным и единственным источником права «в вере, браке и других вещах...». То, что в тексте перевода Книги нет никакой ошибки говорит и норма главы, в которой Суна признается основой для вынесения решения по всем судебным делам. В главе 206 дается наставление судьям, что «...каждый кади должен выносить решения в любых делах, как гражданских, так и уголовных, согласно Суне...». Из этого следует вывод о влиянии на этот правовой памятник маликитской школы, отдававшей предпочтение Преданию.

В Книге также есть многочисленные упоминания христианских законов, встречающиеся в шести главах (133, 271, 272, 275, 297, 311), касающихся не только административного регулирования (регулирования взаимодействий иноконфессиональных общин и христианского государства), но и регулирования отношений между христианами и мусульманами. Последнее касается, в основном, решения споров в судебном порядке и является одним из наиболее важных отражений влияния христианского права на право мусульманское.²⁰⁴

²⁰² Cap. 49. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²⁰³ Cap. 50 Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²⁰⁴ Шилова-Варьяш, Ирина Игоревна. Право и правовое положение иноконфессиональных групп в Испании XIII - XV вв. (мудехары Арагона) : Дис...канд.ист.наук. / МГУ им.М.В.Ломоносова.Ист.фак.Каф.истории сред.веков. - М., 1997. С. 191. стр. 131-132, 135-136;

Что касается брачно-семейных отношений, в «Книге Суны и Шары мавров» содержится четкое и строгое их регулирование. Для вступления в брак требовалось соблюдение установленных в Книге условий:

1. Достижение брачного возраста.

Мужчине для заключения брака необходимо было достигнуть возраста совершеннолетия, а именно, согласно главе 90 Книги, 18 лет. Примечательно, что брачный возраст устанавливался в Книге только для мужчин, что говорит об отсутствии законодательно установленной нижней возрастной границы вступления в брак для девушек.

2. Согласие мужской половины родственников девушки или представителей администрации общины на ее брак.

В частности, об этом говорится в главе 59 Книги: «Никакая сарацинка не может вступить в брак без согласия своего отца, если он жив, и без разрешения его родственников, или кади, или факи...». Причем соблюдение этого условия требовалось даже при заключении брака с аямой, то есть с взрослой женщиной, по какой-либо причине не имеющей мужа.

3. Отсутствие обстоятельств, препятствующих заключению брака. Такими обстоятельствами были:

а) Уже существующий брак женщины. Если мужчина мог «иметь четырех жен в браке с калымом» и такое количество наложниц, какое только мог содержать²⁰⁵, у женщины такого права не было. Полиандрия или многожество, при котором женщина состоит в нескольких брачных союзах с разными мужчинами, была строго запрещена.

б) Близкое родство и свойство. Это оговорено в главе 54 Книги: «Всякий сарацин, согласно Суне, может вступать в брак со своей двоюродной сестрой, или любой другой (женщиной), исключая сестер, племянниц, мать, дочь, тещу, дочь своей жены. И исключается жена своего сына, и бабка, и дочь своего сына и какие-либо потомки...». При этом не возбранялось брать в жены, к примеру, невестку после смерти брата или сестру жены после смерти последней^{206, 207}.

²⁰⁵ Cap. 56. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²⁰⁶ Cap. 54-55. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

с) Принадлежность к другой конфессии. Мудехарское право запрещает заключение брака с представителями христианства и других религий. Даже если смена конфессии происходила в браке, закон требовал немедленного расторжения брака (если жена узнавала о принятии супругом решения о смене конфессии). Брак сразу после принятия другой веры супругом считался недействительным. Если, к примеру, муж после крещения вступал в связь со своей женой, она обвинялась в прелюбодеянии и приговаривалась к наказанию избиванием камнями (наказывалась только женщина, поскольку мужчина суду по мусульманским законам уже не подлежал).

d) Соккрытие женихом информации о себе (что он является пьяницей, развратником, имеет долги или преступное прошлое и тому подобное) являлось основанием для расторжения соглашения о бракосочетании семьей невесты при условии не вступления невесты в фактические брачные отношения (интимная близость).

4. Соблюдение определенного срока при заключении повторного брака (после смерти супруга, развода и так далее). Согласно традициям мусульман, срок этот предусматривался для установления отцовства. Учитывая уровень развития медицины, это был единственный способ понять, является ли женщина беременной. В зависимости от ситуации устанавливалась разная продолжительность срока ожидания:

- в случае отказа мужа от содержания жены – 2 месяца;
- в случае развода с супругом – 3 месяца;
- при расторжении помолвки – 4 месяца;
- в случае смерти мужа (вдовство) – 4 месяца и 10 дней.²⁰⁸

Если женщина оказывалась беременной, она не имела права выходить замуж до рождения ребенка^{209, 210}.

5. Клятва женщины в случае заключения повторного брака.

²⁰⁷ Шилова-Варьяш, Ирина Игоревна. Право и правовое положение иноконфессиональных групп в Испании XIII - XV вв. (мудехары Арагона) : Дис...канд.ист.наук. / МГУ им.М.В.Ломоносова.Ист.фак.Каф.истории сред.веков. - М., 1997. С. 191. стр. 162;

²⁰⁸ Главы 60, 64, 72, 242-243, 304, 313. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²⁰⁹ Cap. 60. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²¹⁰ Шилова-Варьяш, Ирина Игоревна. Право и правовое положение иноконфессиональных групп в Испании XIII - XV вв. (мудехары Арагона) : Дис...канд.ист.наук. / МГУ им.М.В.Ломоносова.Ист.фак.Каф.истории сред.веков. - М., 1997. С. 191. стр. 161-162;

Согласно главам 248 и 306 Книги²¹¹, аяма должна была поклясться в отсутствии брачных отношений, произнося слова «Я женщина взрослая и незамужняя» в мечети перед кади и факи. После этого устанавливался определенный срок, только по прошествии которого будущий супруг аямы получал право внести калым.

б. Уплата калыма, то есть выкупа за невесту.

Калым мог представлять собой денежную сумму, движимое и недвижимое имущество стоимостью не менее $\frac{1}{4}$ безанта.²¹² Присутствия будущей жены при выплате калыма не требовалось.²¹³ О выплате калыма между женихом и мужчиной-представителем невесты (отцом, братом и т.д.) составлялась грамота о калыме²¹⁴.

Выплата калыма, согласно законодательству того времени, была юридическим основанием заключения брака. В грамоте о калыме указывался состав уплаченного калыма и различные условия совершаемой «сделки», в первую очередь, имущественные интересы жены и обязанности мужа (надо отметить, что в Книге указаны исключительно интимные обязанности мужа перед женой, что объясняется риском потери интереса со стороны мужа к одной из жен в полигамном браке²¹⁵).

Невеста и жених после выплаты калыма и заключения грамоты о калыме считались фактически состоящими в брачных отношениях. Отец невесты в любом случае был обязан отдать дочь ее мужу (конечно при условии, что не стали известны вышеупомянутые обстоятельства, касающиеся жениха).

Если после выплаты калыма и заключения грамоты жених не вступал с невестой в интимные отношения и не давал ей грамоту о разводе, его сажали в тюрьму. Оттуда он мог быть освобожден только при выполнении требований закона. Если муж после вступления в интимные отношения с женой нарушал

²¹¹ Шилова-Варьяш, Ирина Игоревна. Право и правовое положение иноконфессиональных групп в Испании XIII - XV вв. (мудехары Арагона) : Дис...канд.ист.наук. / МГУ им.М.В.Ломоносова.Ист.фак.Каф.истории сред.веков. - М., 1997. С. 191. стр. 161;

²¹² Cap. 57-58. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²¹³ Cap. 61. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²¹⁴ Cap. 57, 70, 85 Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²¹⁵ Cap. 185. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

условия грамоты, жена могла по своей воле расторгнуть брак и в этом случае супруг обязан был выплатить ей калым.²¹⁶

Из вышесказанного можно сделать вывод о том, что порядок заключения брака, согласно Книге, сводился к заключению грамоты о калыме, его выплате и вступлении жениха с невестой в интимную связь. В главе 66 прописано, что «Как только будет сделан калым между мужем и женой, муж может иметь, если захочет, плотскую близость со своей женой, будет ли она незамужняя или вдова». Это подтверждает верность вывода автора, поскольку мусульманское право и, в частности, «Книга Суны и Шары мавров», рассматривает интимные связи вне брака как сексуальные преступления (прелюбодеяние, распутство, изнасилование и т.п.).²¹⁷

²¹⁶ Cap. 79-80. Llibre de la Çuna e Xara dels moros. Cordoba. 1989.

²¹⁷ Шилова-Варьяш, Ирина Игоревна. Право и правовое положение иноконфессиональных групп в Испании XIII - XV вв. (мудехары Арагона) : Дис...канд.ист.наук. / МГУ им.М.В.Ломоносова.Ист.фак.Каф.истории сред.веков. - М., 1997. С. 191. стр. 141;

Применение Процедуры Медиации в Судах Магистратов Южно-Африканской Республики

Пономарева О. С.

Российский университет дружбы народов,
аспирант кафедры Гражданского и трудового права РУДН²¹⁸

С течением времени в мире происходит развитие и усложнение коммерческих отношений между субъектами разных государств и, соответственно, увеличение числа споров и конфликтов между ними. А поскольку на сегодняшний день, к сожалению, не существует единого международного органа, занимающегося разрешением международных коммерческих споров, стороны вынуждены нередко обращаться за защитой своих прав в национальные суды государств. Такие споры порождают огромное количество сложностей, что является предпосылкой для поиска сторонами иных способов защиты своих прав. Одним из таких способов является процедура медиации, которая успешно применяется во многих развитых странах.

В ЮАР не существует какого-либо единого акта для регулирования института медиации. В 2014 году в целях определения четкого порядка добровольного разрешения гражданских споров путем медиации в отдельных судах, Министерство юстиции и конституционного развития ЮАР 18 марта 2014 года опубликовало поправки к Закону о правилах деятельности судов №107²¹⁹ от 10 июля 1985 (вступил в силу 20 февраля 1987 года). Эти поправки, а точнее, Правила №183 регулирования рассмотрения дел в судах магистратов ЮАР²²⁰ (далее – Правила), установили основы медиации в ЮАР для судов первой инстанции.

²¹⁸ Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2016-2018 гг. № 16-33-01005"а2" «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС». (Н.рук. – Е.П. Русакова)

²¹⁹ Rules Board for Courts of Law Act, 1985 (Act No. 107 of 1985) // Ministry of Justice & Constitutional Development [Электронный ресурс]. - URL: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1985-107.pdf> (дата обращения: 16.04.2016).

²²⁰ No. R. 183 of 18 March 2014. Amendment of Rules Regulating the Conduct of the Proceedings of the Magistrates' Courts of South Africa (Act No. 107 of 1985) // Ministry of Justice & Constitutional

Ст. 73 Правил содержит определение медиации как процесса, с помощью которого посредник (медиатор) помогает сторонам фактического или потенциального судебного процесса разрешить спор между ними путем содействия диалогу между сторонами, оказывая им помощь в определении вопросов, уточнении приоритетов, изучении возможностей достижения компромисса и разработке вариантов разрешения спора.

Основными задачами медиации, в соответствии со ст. 71 Правил, являются:

- Содействие обеспечению доступа к правосудию.
- Содействие восстановительной функции правосудия.
- Сохранение отношений между сторонами спора, которые могут стать более напряженными или быть разорваны в результате состязательности судебного процесса.
- Содействие быстрому и экономически эффективному разрешению спора между сторонами.
- Оказание помощи сторонам судебного процесса (спорящим сторонам до начала судебного процесса) в как можно более раннем определении необходимости продолжения или прекращения судебного процесса в зависимости от интересов сторон.
- Предоставление сторонам в ранней стадии судебного процесса или до начала судебного процесса возможности разрешения спора, который выходит за рамки полномочий судебных органов.

Медиатор может быть, согласно ст. 75 Правил:

1. Выбран сторонами.
 - До судебного процесса.
 - После начала судебного процесса, но перед вынесением судебного решения, при условии согласия на то судьи.
2. Назначен судом.

Судья в целях содействия медиации, согласно п.1 ст. 79, может в любое время после начала судебного разбирательства, но до вынесения решения,

рассмотреть возможность применения медиации и предоставить сторонам возможность медиативного разрешения спора.

Если же до или в ходе судебного разбирательства стороны сами приходят к выводу о необходимости медиации, они должны лично обратиться в суд.

В случае досудебного применения медиации, сторона, желающая передать спор на медиативное рассмотрение, должна подать заявление в письменной форме секретарю или помощнику судьи того суда, в юрисдикцию которого подпадает рассмотрение данного спора в судебном порядке. Согласно ст. 77 Правил, заявление должно содержать полную информацию о том, какая сторона спора желает обратиться за помощью в разрешении спора к медиатору, ее номер факса или электронной почты. Также обязательными являются данные о другой стороне спора (полное имя / наименование, место прописки / проживания / юридический адрес, почтовые адреса); а также описание характера спора и обстоятельств, на которых основываются требования сторон.

Если же спор уже находится в процессе судебного разрешения, но решения по делу еще не было вынесено, любая сторона судебного процесса, как говорится в пп. А п. 1 ст. 78, может подать ходатайство в письменном виде о передаче спора на медиативное рассмотрение. Ходатайство подается секретарю или помощнику судьи.

В случае удовлетворения ходатайства (заявления), секретарь (помощник) судьи, согласно п.3 ст.77 и пп.В п. 1 ст. 78 Правил, должен сообщить о возможности проведения медиации сторонам судебного процесса (спора), назначить и провести в течение 10 дней встречу для решения вопроса о проведении медиации.

Статьей 76 Правил установлена обязанность помощников и секретарей суда объяснить сторонам спора цель и значение альтернативного разрешения споров, его задачи и выгоды, включая экономию затрат в результате применения медиации; а также ответственность сторон за выплату вознаграждения посреднику. Они должны информировать стороны, что, при желании и за собственный счет, если они не хотят обратиться к медиатору, им может быть оказана помощь практикующих юристов.

Если стороны соглашаются на медиацию, они должны помочь им заключить соглашение о медиации, которое должно быть подписано обеими сторонами. После подписания соглашения, сделать и передать медиатору копию соглашения о медиации, а также копии материалов, подтверждающих обстоятельства спора (составляющих судебное дело). С момента заключения соглашения о медиации, в соответствии со ст. 81 Правил, все процессуальные сроки предусмотренные Правилами для предоставления в суд исков, документов и уведомлений, подачи письменных показаний и т.д. приостанавливается до окончания процедуры медиации.

Форма соглашения о медиации, также как и форма медиативного соглашения и всех остальных документов, касающихся медиации, установлена Правилами в ст. 87.

Процесс медиации, как уже упоминалось в начале, делится на медиативные сессии, то есть встречи сторон с медиатором в целях урегулирования возникшего между сторонами спора (ст. 73 Правил).

Роль и функции медиатора прописаны в ст. 80 Правил.

В начале посредничества посредник должен информировать стороны о:

- Целях и задаче медиации содействовать разрешению спора между сторонами.
- Содействующей роли медиатора в качестве беспристрастного посредника, который не может выносить решения по каким бы то ни было вопросам, а также не может определять авторитетность мнения любого лица, участвующего в процедуре посредничества.
- Инквизиционном характере медиации.
- Правилах, применяемых к посредническим сессиям.
- Том, что вся информация, будь то устная или письменная, полученная в ходе посредничества, является конфиденциальной и ее использование в качестве доказательства в любой судебной инстанции является невозможным, если обсуждение и раскрытие данной информации не оговорено отдельно в соглашении, подписанном сторонами, либо подлежит раскрытию в соответствии с законом.

➤ Том, что медиатор может в ходе проведения медиативной сессии побудить стороны к полному раскрытию информации, если по его мнению это может содействовать разрешению спора между сторонами;

➤ Том, что в процессе медиации ни одна из сторон не может быть принуждена разгласить какие-либо сведения, но может разглашать информацию добровольно, будучи уверенной в защите всех раскрытых сведений.

➤ Том, что медиатор, в случае разрешения спора, в соответствии с п.1 ст. 82, будет содействовать написанию проекта мирового соглашения и передаст это соглашение секретарю или помощнику суда.

➤ Том, что, в случае невозможности разрешения спора, медиатор передаст все полученные материалы спора обратно секретарю или помощнику суда, а также проинформирует суд о невозможности медиативного разрешения спора.

Медиатор может отложить медиативную сессию, если стороны договариваются о приостановлении сроков.

В случае решения спора, окончанием процесса медиации является подписание сторонами мирового соглашения. Медиатор должен в течение 5 дней с момента заключения медиативного соглашения предоставить секретарю или помощнику суда отчет о результатах медиации. В противном случае датой окончания процедуры медиации является дата:

○ истечения срока, определенного судом или сторонами в соглашении о медиации для урегулирования спора (при условии, что стороны не договорились о его продлении);

○ предоставления медиатором отчета о невозможности медиативного разрешения спора секретарю или помощнику суда отчет о результатах медиации.

В случае если медиация была начата до обращения в суд, секретарь или помощник суда должен сразу после получения от медиатора зарегистрировать медиативное соглашение.

Если медиация была начата в процессе судебного рассмотрения спора, соглашение должно быть приобщено к делу. По ходатайству сторон секретарь

или помощник суда уведомляет судью о разрешении спора для последующего судебного утверждения для придания соглашению юридической силы. Если соглашение не было достигнуто, секретарь или помощник суда должен, после получения отчета от медиатора, приобщить отчет к делу для продолжения судебного процесса (ст. 82 Правил).

Возрастающая популярность медиации связана в основном с тем, что большая часть коммерческих споров в своей основе имеют частноправовой характер. Для предпринимателей в современном мире стабильные доверительные деловые отношения с контрагентами зачастую представляют большую ценность, нежели победа в судебном процессе, которая может подпортить или даже разрушить эти отношения. В ЮАР медиация имеет ряд преимуществ по сравнению с судебным разрешением споров для сохранения отношений сторон:

✓ Конфиденциальность. Судебное рассмотрение в большинстве случаев проходит публично, а достижение медиативного соглашения осуществляется в отдельном закрытом помещении при условии полной конфиденциальности.

✓ Экономическая выгода. Помощь медиатора обходится сторонам намного дешевле услуг адвокатов.

✓ Скорость разрешения спора. Вмешательство независимого и профессионального посредника может в короткие сроки разрешить споры, которые укоренились между сторонами и длятся не просто годы, но даже десятилетия.²²¹

²²¹ Michael Crystal, Shelly Mackay-Davidson. "The role of the mediator: Umpire or interrogator?" (De Rebus, December 2015)// The Southern African Legal Information Institute (SAFLII) [Электронный ресурс]. - URL: <http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/journals/DEREBUS/2015/241.html&query=mediation> (дата обращения: 09.04.2016); Family law mediators Cape town// Bertus Preller & Associates Inc. [Электронный ресурс]. - URL: <http://www.familylawmediators.co.za/> (дата обращения: 09.04.2016).

Относимость доказательств в гражданском процессе Гонконга, Сингапура и Малайзии

Черепанов В. А.

Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Юридического Института Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: che.vladislav@mail.ru

В данной статье Автор изучает вопрос об относимости доказательств в гражданском процессе Гонконга, Сингапура и Малайзии. Несмотря на то, что все три правовые системы сформировались под влиянием английского права, Автор пришел к выводу, что в Гонконге, Сингапуре и Малайзии имеется разное понимание относимости.

Ключевые слова: доказательства, относимость, гражданский процесс, Гонконг, Сингапур, Малайзия, факты, неотносимый.

Значение доказательств для гражданского процесса любого государства трудно переоценить.²²² В юридической теории стран общего права проблема связи доказательства и устанавливаемого им факт рассматривается как вопрос относимости. Здесь основным моментом является возможность на основании доказательства сделать вывод о наличии либо отсутствии факта. По общему правилу данный вопрос остается за рамками правового регулирования, предоставляя суду право самостоятельно определить наличие такой связи. Однако если сравнивать данный подход в Гонконге, с одной стороны, и Сингапуре и Малайзии – с другой, то можно увидеть существенные различия.

1. В Гонконге термин «относимость» (relevancy) повсеместно используется в законодательстве и правоприменительной практике. В то же время ни один нормативный акт не раскрывает его содержания, оставляя этот вопрос открытым для изучения. Так, в одной из работ, посвященной доказательственному праву Гонконга, отмечается, что основополагающим принципом системы общего права является вопрос об относимости. Любое доказательство, прежде чем оно будет допущено в судебном процессе, должно быть проверено на предмет связи

²²² Гребенников В.В. Грудцына Л.Ю. Доказывание в гражданском и арбитражном процессе и модернизация судебной системы России // Вестник РУДН. Серия "Юридические науки". 2015. № 2. С. 50-58; Бегичев А.В. Непосредственное применение норм гражданского процессуального законодательства в нотариальном производстве по обеспечению доказательств // Вестник РУДН. Серия "Юридические науки". 2014. № 3. С. 64-72.

с фактом. В качестве подтверждения авторы приводят слова английского судьи Лорда Симона по делу DPP v Kilbourne [1973] AC 729: «достаточно сказать, что относимым (то есть логически опровергающим или подтверждающим) доказательством является доказательство, которое делает факт более или менее вероятным».²²³

Другой известный гонконгский ученый Симон Янг писал, что относимость является вопросом логики и человеческого опыта. Доказательство будет относимым, если «оно предрасположено делать факт более вероятным».²²⁴ Автор отмечает, что доказательство либо обладает указанным свойством, либо нет. Не существует какого-либо требования к минимальной степени относимости. Достаточно того, чтобы доказательство имело хотя бы какую-то связь с устанавливаемым фактом. Все остальное – вопрос веса доказательства (weight of evidence).²²⁵

Из сказанного следует, что доказательство относимо, если содержащиеся в нем сведения позволяют установить искомый факт. Схожая трактовка встречается и в исследованиях по английскому праву. Профессор Эндрю Л-Т Чу указал, что относимость является базовой концепцией доказательственного права. Ссылаясь на решение английского суда, ученый отметил, что «вопрос о том, является ли доказательство относимым, зависит не от абстрактной правовой теории, но от отдельных обстоятельств в каждом конкретном деле».²²⁶ В этом случае «доказательство считается относимым, если оно способно сделать факт, подлежащий доказыванию, более вероятным, нежели бы этого доказательства не было. Следовательно, доказательство относимо, если оно обладает доказательственной ценностью или силой, даже минимальной».²²⁷

В работе П. Мёрфи и Р. Гловера указывается, что доказательство может считаться относимым, если оно «обладает доказательственной ценностью, помогающей суду или присяжным установить главные факты».²²⁸ При этом авторы отмечают, что относимость является в большей степени вопросом

²²³ Mike McConville, Dmitri Hubbard, and Arthur McInnis. *Hong Kong Law of Evidence*, 2nd ed., 2014, Blue Dragon Press, Hong Kong. P. 26.

²²⁴ Simon NM Young, *Hong Kong Evidence Casebook*. Sweet and Maxwell Asia, 2014. P. 32.

²²⁵ Там же.

²²⁶ Andrew L.-T. Choo, *Evidence Oxford*, Oxford University Press, 3rd ed., 2010. P. 3.

²²⁷ Там же.

²²⁸ Murphy P. and Glover R., *Murphy on Evidence*, 13th ed. (Oxford 2013). P. 26

логики. Если доказательство позволяет сделать выводы, которые опровергают или подтверждают наличие главного факта, то оно считается относимым.

По мнению Пучинского В.К. относимость является «правилом, не имеющим каких-либо исключений в том смысле, что иррелевантные факты никогда не могут доказываться».²²⁹ Автор выделил два типа относимых фактов: (1) главные, установление которых ведет к разрешению спора, и (2) побочные, которые сами по себе не влияют на материально-правовые отношения, но помогают выявить главные факты. Проблему связи главных и побочных фактов ученый рассматривал в плоскости проблемы относимости доказательств, то есть «... дискуссионным считается вопрос о том, какие доказательства суд принимает или отвергает. Но в основе решения этого вопроса лежат рассуждения о способности различных типов доказательственных фактов устанавливать юридические действия и события. Здесь исходными являются уже не правовые критерии, а здравый смысл и опыт, иначе говоря, налицо обычное для английского права сочетание формальной логики, пресловутой житейской мудрости и ограничений, рассчитанных на некомпетентность членов жюри».²³⁰

В судебной практике Гонконга также можно встретить отдельные примеры толкования относимости доказательств.

В Окружном суде Гонконга рассматривался иск агента по ценным бумагам к двум клиентам с требованием о взыскании задолженности. Ответчики заявили, что ряд спорных приложений к договору ими не подписывались. Кроме того, они ходатайствовали об истребовании отчета Комиссии по ценным бумагам и фьючерсам о результатах расследования в отношении деятельности истца и всей переписки касательно данного отчета. Истец возражал, что эти документы не затрагивают сути разбирательства. Суд в своем решении отметил, что доказательства являются относимыми, если они логически подтверждают или опровергают факты, которые требуется доказать. Поскольку истребуемые документы затрагивают эпизоды недобросовестной деятельности руководства истца, в частности, совершение торговых операций

²²⁹ Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М.: Зерцало, 2008. С. 215.

²³⁰ Пучинский В.К. Указ. соч. С. 192.

*без надлежащих полномочий, то они являются относимыми доказательствами.*²³¹

В другом деле *Nancy Aann Kissel v. HKSAR* Апелляционный суд Гонконга последней инстанции, применив тот же подход, не согласился с выводами нижестоящей судебной инстанции об относимости доказательства:

*Суд первой инстанции пришел к выводу, что заявление погибшего о попытке супруги отравить его свидетельствует об отсутствии факта самозащиты. Однако апелляционная инстанция указала, что для таких выводов доказательство должно быть относимо, то есть логически подтверждать факт, в той или иной степени убеждая суд в его наличии либо отсутствии. Вопрос о том, действовала ли обвиняемая в состоянии самозащиты, зависит от ее личного восприятия событий. Поэтому никакой связи между заявлением потерпевшего и фактом наличия либо отсутствия самозащиты нет.*²³²

Таким образом, можно сделать вывод, что в гражданском процессе Гонконга доказательство признается относимым, если содержащиеся в нем сведения направлены на установление факта и между ними существует логическая связь, позволяющая сделать вывод о наличии либо отсутствии искомого факта. Разрешая данный вопрос, судья руководствуется собственным опытом и знаниями, поскольку закон оставляет данный вопрос вне рамок своего регулирования.

В целом указанный подход теории и правоприменительной практики Гонконга схож с российским законодательством. Так, ст. 59 Гражданского процессуального кодекса РФ и ст. 67 Арбитражного процессуального кодекса РФ устанавливают, что суд принимает только те доказательства, которые имеют отношение к рассматриваемому делу. При этом многие исследователи отмечают, что доказательство считается относящимся к делу лишь тогда, когда между содержанием судебного доказательства и фактами, подлежащими установлению, имеется объективная связь.²³³ Полагаем, что такая схожесть трактовок в

²³¹ Решение Окружного суда Гонконга по делу *EAA Securities Ltd v. Chan Lin Mui and another* [2008] HKDC 205; DCCJ 4015/2003 (31 July 2008).

²³² Решение Апелляционного суда Гонконга последней инстанции по делу *Nancy Ann Kissel v. HKSAR* [2010] HKCFA 5; [2010] 2 HKLRD 435; (2010) 13 HKCFAR 27; [2010] 2 HKC 367; FACC 2/2009 (11 February 2010).

²³³ Курс доказательственного права: Гражданский процесс. Арбитражный процесс / под ред. М.А. Фокиной. М.: Статут, 2014. СПС Консультант Плюс. Схожие выводы сделаны в Комментарий к Арбитражному

российском и гонконгском законодательстве имеет простое объяснение. Как уже отмечалось, проблема относимости в большинстве случаев является вопросом логики. Поэтому данный вопрос разрешается на основании общих принципов и подходов.

2. Концепция относимости имеет важное значение для доказательственного права Сингапура и Малайзии. Однако следует отметить, что в самом законодательстве понятие относимость применяется к доказательствам как к фактам, а не средствам доказывания. Поэтому в теории и практике чаще всего используется понятие «относимость фактов», а не доказательств.

В основу концепции относимости была заложена идея английского автора Стифена Дж., согласно которым относимость основывается на связи фактов как причины и следствия.²³⁴ В теории принято выделять два типа связи: логическую и юридическую.²³⁵ По мнению малазийского ученого Мариэтт Питерс «факт признается логически относимым, если он в той или иной степени помогает установить главный факт».²³⁶ Другими словами, на основании факта «А» суд должен иметь возможность сделать вывод о наличии главного факта «В».

Юридическая составляющая понятия относимость предполагает, что логически относимый факт должен соответствовать одному из типов связей, перечисленных в законе: статьи 6 – 57 Закона Сингапура о доказательствах 1997 г. (в ред. от 01.01.2015 г.), статьи 6 – 55 Закона Малайзии о доказательствах 1950 г. (в ред. от 01.12.2012 г.) и статьи 6 – 42 Закона Малайзии о доказательствах в Судах Шариата 1997 г. (в ред. от 01.12.2012 г.). Если факт, на который ссылается сторона, не соответствует одному из данных типов, то он признается иррелевантным. Данный вывод также следует из статьи 3 законов Сингапура и Малайзии о доказательствах, где термин «относимый» определяется как «один

процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Н.В. Алексеева, А.А. Арифудин, Г.А. Жилин и др.; отв. ред. Д.А. Фурсов. М.: Проспект, 2011. СПС Консультант Плюс.

²³⁴ Stephen J.F., Introduction to the Indian Evidence Act: Principals of judicial evidence. MacMillan and Co., London. 1872. P. 33, 52.

²³⁵ К примеру, Pinsler Jeffrey, S.C. Evidence and the Litigation Process, LexisNexis, 4th ed., Singapore. 2013. P.70; Chen Siyuan. Dealing with Unreliable Evidence. Singapore Law Watch Commentaries, 2011, № 1. P. 4; Mariette Peters. Law of evidence in Malaysia. LexisNexis. 2013. P. 116. В судебной практике также имеются случаи, когда суды выделяли юридическую и логическую стороны понятия относимость (например, решение Верховного суда Сингапура по делу Lee Chez Kee v Public Prosecutor - [2008] SGCA 20 (12 May 2008) at 69).

²³⁶ Mariette Peters. Op. cit. P. 116.

факт признается относимым к другому, когда один из них связан с другим любым способом, указанным в Законе...».

Из сказанного следует, что прежде чем приступить к выяснению вопроса об относимости доказательств, суд должен определиться, какие факты следует считать относимыми. Данный процесс можно описать следующим образом. В начале стороны заявляют о наличии главных и иных побочных фактов. Последние проверяются судом не только на предмет логической связи с заявленными требованиями и возражениями, но и наличием юридической составляющей (соответствие одной из статей Части I законов о доказательствах). Далее суд изучает конкретные доказательства. Если они хоть в какой-то степени способны подтвердить либо опровергнуть наличие факта, то такие доказательства признаются относимыми.²³⁷ Другими словами, относимость доказательства напрямую зависит от относимости доказываемого факта. Данный вывод также следует из положений, согласно которым суд, прежде чем допустить доказательство, может уточнить, на каком основании сторона считает доказываемый факт относимым (п. 1 ст. 138 Закона Сингапура о доказательствах, п. 1 ст. 136 Закона Малайзии о доказательствах и п. 1 ст. 90 Закона Малайзии о доказательствах в Судах Шариата).

Таким образом, несмотря на то, что доказательственное право Гонконга, Сингапура и Малайзии сформировалось под влиянием одних и тех же английских статутов и судебных прецедентов,²³⁸ подход к вопросу относимости оказался разным. Общим является требование о наличии логической связи между фактом и доказательством. Судья, опираясь на свой жизненный опыт и знания, должен сделать вывод о том, способны ли показания свидетеля или документы подтвердить либо опровергнуть наличие искомого факта. В случае положительного ответа доказательство признается относимым. С другой стороны, в отличие от Гонконга в праве Сингапура и Малайзии не все логически относимые факты могут быть доказаны. Факты, не являющиеся главными,

²³⁷ Аналогичные выводы сделаны в работе по доказательственному праву Индии: Коробейников В.Г. Доказательства в гражданском процессе Индии: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1986. С. 146.

²³⁸ Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах. Монография. М., Юрлитинформ, 2015. С. 45; Ермакова Е.П., Ивановская Н.В. Суды малых исков за рубежом – аналог мировых судей в России: опыт Гонконга, Сингапура и Малайзии. Мировой судья. 2014. № 5. С. 21-25; Ермакова Е.П. Источники правового регулирования гражданского судопроизводства Гонконга. Правовая инициатива. 2014. № 2. С. 3.

доказываются стороной лишь в случаях, прямо указанных в законе. Целью такого ограничения являлась попытка упростить существовавшие сложные и запутанные правила английского права.²³⁹ Дело в том, что на момент составления Закона Индии о доказательствах 1872 г., реципированного впоследствии Сингапуром и Малайзией, английское право было переполнено различными правилами, исключавшими формально относимые факты из судебного исследования. Чтобы точно ответить на вопрос, является ли относимым доказательство, суд и стороны должны были предварительно убедиться, что устанавливаемый факт не исключался из доказывания какой-либо нормой или прецедентом. Вместо этого в Законе Индии о доказательствах 1872 г. было предложено упростить данную процедуру путем подробного перечисления в законе всех относимых фактов, не являющихся главными. Остальные признавались иррелевантными, а доказательства, подтверждающие их – неотносимыми.

²³⁹ James F. Stephen Introduction to the Indian Evidence Act I of 1872. Op. cit. P. 2, 7.

МОЛОДЫЕ ГОЛОСА

Международный финансовый центр Дубая (DIFC)

Абдул Васа Тахмина

Студентка магистратуры юридического института
Российский университет дружбы народов
Ул. Миклуха-Макляя, д. 6, Москва, Россия, 117198
e-mail : tahmina-wase@hotmail.com

В 2004 году в Конституцию ОАЭ была внесена поправка, на основании которой было разрешено создание свободных экономических зон по всей территории ОАЭ. Одна из таких зон была создана в Дубае – Международный финансовый центр Дубая («DIFC»). Благодаря различным инициативам DIFC стал основным центром сосредоточения усилий по созданию атмосферы прогресса и экономического развития в ОАЭ. Лица, зарегистрированные в DIFC, осуществляют деятельность в таких разнообразных сферах, как банковские операции, рынки капиталов, финансовая отчетность, управление капиталом и исламское финансовое дело. На данный момент DIFC считается наиболее быстро развивающимся международным финансовым центром в мире.

На основании распоряжения правительства на DIFC не распространяются гражданские и коммерческие законы и постановления. Это исключение позволило DIFC разработать законы, которые привлекают и увеличивают иностранные инвестиции. Например, в DIFC не выплачивается налог на прибыль или доход, а также разрешено 100% иностранное владение. В DIFC разработана собственная система нормативно-правового регулирования гражданских и коммерческих вопросов, которая основывается на общем английском праве, а не на гражданском кодексе, применяемом в остальной части Дубая. Суды DIFC имеют исключительную юрисдикцию в отношении гражданских и коммерческих споров, возникших или связанных с договорами, составленными или заключенными в DIFC, а также со спорами, связанными с инцидентами, произошедшими в DIFC. Судьи DIFC компетентны в вопросах коммерческого и арбитражного законодательства, в их число входит Верховный судья Энтони

Эванс, бывший судья Коммерческого суда и Апелляционного суда в Англии, а также другие опытные судьи и третейские судьи. В результате была создана «благоприятная для бизнеса атмосфера, которая регулируется в рамках законодательной системы, понятной и знакомой для специалистов по общему праву».

Хотя в DIFC уже давно предоставлялись арбитражные услуги в качестве варианта разрешения споров, новый Закон об арбитраже был принят в сентябре 2008 года («Закон 2008 года»). Закон 2008 года обеспечивает законодательную платформу для всестороннего урегулирования споров. Закон 2008 года основывается на Типовом законе. Кроме того, Закон 2008 года утверждает многие дополнительные положения Предлагаемого закона. В качестве примера Закон 2008 года касается гражданских и коммерческих арбитражных разбирательств, международных или национальных, а также содержит положения, которые связаны со следующими вопросами: предоставление информации третейскими судьями, конфликты интересов, исполнение судебных постановлений, полномочия арбитражных судей по вынесению предварительных, промежуточных, частичных и окончательных решений, основания для отказа в признании или исполнении и конфиденциальность. Тем не менее, несмотря на сходства с Предлагаемым законом, Закон 2008 года имеет несколько отличий, которые необходимо рассмотреть.

Предыдущий закон об арбитраже DIFC, принятый в 2004 году, распространяется только на споры и операции, связанные каким-либо образом с DIFC. Это ограничение юрисдикции было введено наряду с некоторыми определениями, и в связи с этим стало сложно установить, распространяется ли арбитражное законодательство на определенный вид лиц или конкретный спор. При разработке Закона 2008 года основная цель DIFC заключалась во внесении поправок и пояснении этих положений, но вместо этого все ограничения юрисдикции были отменены. В соответствии с Законом 2008 года сторонам разрешается проводить арбитражный процесс в DIFC, вне зависимости от того, связаны ли они каким-либо образом с DIFC. Отмена ограничений юрисдикции в сочетании с признанной на международном уровне моделью Закона 2008 года

очень благоприятны как для иностранного бизнеса, так и для ближневосточного. Иностранные компании выигрывают благодаря использованию знакомых арбитражных процедур, проводимых под руководством опытных судей, а представители ближневосточного бизнеса могут урегулировать споры в пределах своей страны.

Сторонам необходимо знать о том, что в случае выбора в качестве юридического места арбитража какого-либо другого места, а не DIFC, они не смогут полностью воспользоваться преимуществами Закона 2008 года. Только некоторые положения Закона 2008 года распространяются на арбитражные процессы, проводимые за пределами DIFC: Статья 14 – «Конфиденциальность»; Статья 15 – «Арбитражное соглашение и обеспечительные судебные меры»; Часть 4 (Статьи 42 – 44) – «Признание и исполнение решений»; и «Приложения», которое включает разделы, касающиеся правил толкования, расчета периодов времени, и определение понятий. Эти ограничения относительно легко обойти. В соответствии с Законом 2008 года стороны, которые выбирают DIFC в качестве места арбитражного разбирательства, не должны физически проводить арбитражные процессы в DIFC и могут осуществлять арбитражное разбирательство согласно правилам любой арбитражной организации, которая будет руководить арбитражными процессами, проводимыми за пределами непосредственного места расположения.

Как и предлагаемый закон, Закон 2008 года также упрощает процедуру признания арбитражных решений. В соответствии с Законом 2008 года решение должно быть сначала заверено Судом DIFC. После данной сертификации оно становится действительным в пределах DIFC. Сторона, которой необходимо исполнение решения за пределами DIFC, должна предпринять дополнительные действия. Суд Дубая должен провести общее изучение решения, чтобы подтвердить его пригодность для исполнения и перевод на арабский язык. Суд Дубая, который изучает решение, не имеет полномочий давать правовую оценку решения DIFC. После получения приказа об исполнении Суда Дубая решения

DIFC становятся действительными на всей территории ОАЭ, а также в 144 государствах, которых входят в Нью-Йоркскую Конвенцию.

Несмотря на то, что Закон 2008 года является всесторонним и прогрессивным, в нем не учитываются некоторые более инновационные аспекты Предлагаемого закона. Например, в соответствии с Законом 2008 года не предусматривается непосредственных полномочий для Суда DIFC ссылаться на публикации или документы Комиссия Организации Объединённых Наций по праву международной торговли при использовании Закона 2008 года. Также отсутствует дополнение Типового закона, содержащееся в Предлагаемом законе, в соответствии с которым суды «должны всегда стремиться поддерживать соглашение сторон об арбитраже и выполнение арбитражным судом своих обязательств». Также в Закон 2008 года не включено положение Предлагаемого закона о полномочиях третейского судьи прекращать исполнение обеспечительных судебных мер, предусмотренных судом.

В стремлении стать основной площадкой проведения арбитражных процессов DIFC недавно установил партнерские отношения с Лондонским международным третейским судом («LCIA») с целью создания Арбитражного центра DIFC-LCIA («Центр»). Располагаясь в DIFC, Центр должен «способствовать урегулированию и осуществлять эффективное разрешение международных коммерческих споров на основании арбитражного разбирательства и посредничества». Работа Центра основана на благоприятной для бизнеса среде DIFC, а также международной репутации, разработанных практикой и базе данных LCIA.

Центр должен контролировать судебные разбирательства в соответствии с измененными правилами и процедурами LCIA. Заявляется, что правила DIFC-LCIA должны быть «универсальными и совместимыми с системами гражданского и общего права, предлагая международному сообществу, международным юристам и третейским судьям полный свод современных правил и процедур». Также существенным преимуществом является то, что в LCIA предусматриваются административные сборы и гонорары третейских

судей на временной основе вместо процентной доли от цены иска; это особенно выгодно для сторон, иски которых имеют высокую цену.

Но несмотря на такие существенные коммерческие преимущества, у Центра много конкурентов. Многие зарубежные стороны все еще предпочитают ведущие арбитражные форумы, которые располагаются в Нью-Йорке, Лондоне и Париже. Кроме того, такие созданные региональные учреждения, как Каирский Региональный центр международного коммерческого арбитража и Центр коммерческого примирения и арбитража Абу-Даби также выступают конкурентами, осуществляя деятельность в такой же сфере, что и Центр. Самым интригующим является то, что у Центра есть конкурент даже в Дубае - Дубайский международный арбитражный центр (DIAC). Ожидая открытия Центра, DIAC также разработал новые арбитражные правила, «которые включают некоторые лучшие положения правил [Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли, Международной торговой палаты и Американской арбитражной ассоциации] в попытке обеспечить простую и ясную, но в то же время всестороннюю систему арбитража». Тем не менее, в связи с тем, что DIAC не входит в DIFC, маловероятно, что DIAC сможет обеспечить среду, которая станет настолько же благоприятной для бизнеса и арбитражного процесса, как и среда, которую смог создать Центр, кроме того, неопределенный статус Предлагаемого закона также создает неудобства.

С географической точки зрения Дубай выступает в качестве места проведения арбитражных процессов, в которых участвуют компании, расположенные в Восточной Европе, Африке и Азии. Создание DIAC, Закон 2008 года и учреждение Центра позволят сторонам из этих географических районов получить доступ к арбитражным ресурсам, которые отличаются сопоставимо высоким качеством, по сравнению, например, с ресурсами, которые располагаются в Европе или США, но на основании гораздо меньших расходов, без спешки и неудобств, а также без длительных поездок. Эти новые достижения позволяют надеяться на большую прозрачность, надежность и соответствие требованиям арбитражных процессов в регионе.

Актуальные вопросы государственных закупок и система государственных закупок в Республике Казахстан

Алтай Али-би

студент ВШП АО «УНИВЕРСИТЕТ КАЗГЮУ»

Научный руководитель: старший преподаватель
кафедры гражданского, предпринимательского и гражданского процессуального права,
доктор PhD Асылбекова А.А.

Общая характеристика. Работа посвящена исследованию теоретических и практических вопросов правового регулирования государственных закупок в Республике Казахстан и применения практики зарубежных стран в сфере государственных закупок. В результате исследования выявлены проблемы регулирования законодательства о государственных закупках в Республике Казахстан, а также были сделаны выводы и предложения по улучшению законодательства в сфере государственных закупок.

Научная новизна исследования. Были проведены фундаментальные исследования в сфере государственных закупок Республики Казахстан и зарубежных стран. Найдены актуальные проблемы государственных закупок Республики Казахстан и даны оптимальные решения этих проблем.

Государственные закупки впервые упоминаются в начале 15 века и с этого момента начинает свое развитие. С того времени государственные закупки значительно развились и стали значимой сферой экономической деятельности государства как на национальном, так и на международном уровне. В зависимости от внутренних рыночных условий каждая страна по-разному интерпретирует термин государственных закупок. Но все же во многих странах термину государственных закупок дается единая дефиниция. На международной арене термин государственных закупок широко известен как «procurement». В законе Республики Казахстан о государственных закупках тоже дается широко используемая дефиниция. В законе написано, что закон применяется к отношениям, связанным с приобретением товаров, работ, услуг, необходимых для обеспечения функционирования, а также выполнения государственных функций.

Главной проблемой государственных закупок во всем мире является человеческий фактор. Ведь человек берет взятки и дает месту правонарушениям в этой сфере. Для изменения этого, в мировой практике закрепились следующие принципы, как: а) Транспарентность – доступность и открытость информации о государственных закупках; б) Справедливость – равные возможности участников в государственных закупках; в) Подотчетность и соблюдение процедур – строгое соблюдение норм государственных закупок; г) Открытая конкуренция – недопущение дискриминации; д) Оптимальность и эффективность расходования денег, используемые для государственных закупок; е) Поддержка отечественных предпринимателей.

По форме организаций государственные закупки делятся на централизованные, децентрализованные и смешанные. На мировой арене заметна тенденция перехода в смешанную систему государственных закупок, а так же удалению внимания не цене, а удовлетворению требования заказчика. В централизованной системе государственных закупок организация отдается одному органу, система построена иерархично и решение вышестоящих органов являются обязательным для нижестоящих органов. Плюсы централизованной системы в том что, есть управляющие органы, в соответствии с законами и профессиональными стандартами. Но в этой системе бюрократия является основным минусом. В децентрализованной системе государственных закупок большая часть полномочий по проведению закупок отдается местным органам правления, что делает их решение более значимыми. Децентрализованная система удобна бюджетным органам и конечным пользователям. Но и тут такие минусы как риск коррупций, отсутствие стратегического понимания и бессистемность государственных закупок снижают эффективность государственных закупок. В странах ТМД как Россия и Казахстан преобладает децентрализованная система государственных закупок. Но в России как и в Казахстане проводятся меры по внедрению централизованной системы, что трансформирует общую систему государственных закупок в смежную. В мировой практике такая система уже широко применяется западными странами.

Применение обеих систем поможет поднять эффективность и систематизировать государственные закупки.

Источниками государственных закупок в Республике Казахстан являются следующие нормативно-правовые акты: 1) Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг и Руководство по его принятию (1994 год); 2) "Договор о Евразийском экономическом союзе" (Подписан в г. Астане 29.05.2014); 3) Соглашение по правительственным закупкам ВТО; 4) Закон Республики Казахстан О государственных закупках от 4 декабря 2015 года № 434-V ЗРК; 5) Приказ Министра финансов Республики Казахстан от 28 декабря 2015 года № 692. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 30 декабря 2015 года № 12671 Правила использования веб-портала государственных закупок и Правил работы веб-портала государственных закупок в случае возникновения технических сбоев работы веб-портала государственных закупок

Система государственных закупок Республики Казахстан как и многих зарубежных стран основана на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг. Вместе с этим Казахстан ратифицировал Соглашение по правительственным закупкам ВТО став ее членом, также Казахстан стал частью ЕАЭС подписав Договор о Евразийском экономическом союзе. В связи с этими масштабными событиями Казахстану пришлось внести кардинальные изменения в закон о государственных закупках. И 4 декабря 2015 года был подписан новый закон о государственных закупках, который вступил в силу 1 января 2016 года. Были внесены многие стандарты международных принципов о государственных закупках. В связи с вступлением в ЕАЭС граждане и юридические лица стран-участниц имеют права на участие в государственных закупках Республики Казахстан, в связи с чем было внесено понимание как национальный режим, который прописывает в законе что для иностранных и отечественных поставщиков и производителям предлагающие товары, работы и услуги даются равные условия. Новый закон направлен на открытость и транспарентность, улучшение организаций закупок, также были ужесточены меры по отношению недобросовестных участников. Новый закон вносит статью

18 «Контроль за соблюдением законодательства Республики Казахстан о государственных закупках», ст.19 «Мониторинг государственных закупок», по которой мониторинг государственных закупок будет осуществляться уполномоченным органом посредством веб-портала. Были исправлены и недочеты старого закона. Теперь по статье 21 по способу запроса ценовых предложений в технической спецификации можно будет указывать марку товара при доукомплектовании, модернизации и дооснащения основного оборудования, а также установленного программного обеспечения (лицензионного программного обеспечения). Это изменения позволило улучшить ситуацию заказчиков ведь по старому законодательству даже если им нужно было доукомплектовать, модернизировать и дооснастить вещь и требовалась взять определенную операционную систему они не могли указать марку, товарные знаки, знаки обслуживания, наименование производителя операционную систему ведь законодательство напрямую это запрещало. Это усложняло проведение государственных закупок.

Новый закон Республики Казахстан о государственных закупках определенно улучшил ситуацию с закупками но все же не смог решить все проблемы. С теоретической и практической стороны есть некоторые нерешенные вопросы.

Первое, в законе о государственных закупках указано что победителем признается потенциальный поставщик, предложивший наименьшее ценовое предложение. Ключевое слово тут «наименьшее ценовое предложение» что означает что победителем закупок станет тот, кто сделает самое дешевое предложение. Но из практики мы видим, что дешево не всегда качественно. Ведь скупой платит дважды. Также и тут, при проведении государственных закупок заказчик получает что хотел, самое дешевое, но поняв что использовать дешевое невозможно из за не качества, понимает что ему нужна опять купить этот товар и снова проводятся закупки. В практике государственных закупок мы можем увидеть что эту обширную проблему решили просто и изящно. В США после реформы 1984 года принятый Конгрессом Федеральное свод правил осуществления закупок (Federal Acquisition Regulation - FAR) было

указано два главных критерия отбора победителей. Чтобы победить в государственных закупках в США потенциальный поставщик должен предоставить самый дешевый и качественный товар. Дешево и качественно то что нужно государству и гражданам.

Второе, при проведении государственных закупок проверяются только документы подтверждающие качество товара. А ведь даже если товар был взят по принципу дешево и качественно стоит проверить, так ли это. Ведь в основном по документации все правильно и вроде все отвечает стандартам. Но как можно быть на сто процентов уверенным в этом даже не посмотрев товар перед покупкой? В Англии на основе закона о закупочной политике (Procurement Policy Guidelines) существует комиссия, которая занимается проверкой качества по факту. Данный комитет получив документы о качестве, начинает проверку товара по факту, и выявляет недостатки и проверяет годность товара

Третье, для перехода от децентрализованной системы к смешанной системе государственных закупок, нужно внести элементы централизованной системы. Самое главное это построение единого органа в каждом министерстве который будет отвечать за государственные закупки за весь сектор по своей сфере. Такой ново созданный департамент будет заниматься вопросами организаций и проверки хода государственных закупок от городского до сельского уровня. Этот департамент покроет все нужды министерства. Например, в Великобритании единый департамент в сфере здравоохранения отвечает за проведение государственных закупок от городского до сельского уровня и удовлетворений нужд в товарах, работах и услуг всего министерства. С одной стороны пропадет нужда в организаций органов по закупкам в каждом городе и селе, что экономит бюджет государства, а также группирует нужды что позволяет покупать все разом по оптовой цене. Деньги потраченные на содержание данного департамента это экономия по сравнению с тратами на такой же орган в каждом селе и городе.

Четвертое, это отсутствие единого стабильного реестра цен товаров, работ и услуг который будет отмечать рамки цен по которым должны покупаться

товары, работы и услуги. Данный реестр будет показывать минимальный и максимальный ценовой рубеж по которой можно будет предоставлять товары для участия в государственных закупках. Например, каждое министерство покупает служебную машину как мерседес. Но несмотря на то что это одна марка, одна модель у них единый год выпуска, каждое министерство покупает эту машину по разным ценам. Например, министерство финансов за 120.000\$, министерство обороны за 170.000\$, а министерство образование за 150.000\$. Почему же такие разные цены на одну и ту же машину? Куда уходят деньги? Но если будет единый ценовой реестр, то можно будет поставить ценовые рамки что данная машина покупается от 100.000\$ до 120.000\$, что станет противовесом беспричинным завышениям цен.

Признаками государственных закупок являются: 1) Возмездность; 2) Определенность объектов закупа; 3) Наличие цели; 4) Государственные закупки осуществляются на основе норм законодательство.

Кроме того, что государственные закупки являются правовым институтом, они так же представляют из себя определенный, урегулированный нормами права. Стадиями процесса государственных закупок являются: 1) разработка и утверждение годового плана государственных закупок; 2) выбор поставщика и заключение с ним договора о государственных закупках; 3) исполнение договора о государственных закупках.

Первая стадия государственных закупок является единой для всех заказчиков, в то же время как последующие прямо зависят от того какой способ осуществления закупок был выбран заказчиком. В статье 13 закона о государственных закупках изложены способы осуществления государственных закупок. Государственные закупки осуществляются одним из следующих способов: 1) конкурса (открытого конкурса, конкурса с предварительным квалификационным отбором, конкурса с использованием двухэтапных процедур); 2) на аукционах; 3) запроса ценовых предложений; 4) из одного источника; 5) через товарные биржи.

Выбор конкретного способа зависит от различных причин. Это могут быть сроки проведения закупок, сложность закупочных товаров, работ, услуг. В

зависимости от способа закупок существуют значительные особенности в проведении соответствующих процедур, а так же заключение договора. Контроль за исполнением законодательства о государственных закупках возложен на органы финансового контроля, в частности комитет финансового контроля министерства финансов Республики Казахстан. Уполномоченный орган осуществляет контроль посредством плановых и внеплановых проверок применяет соответствующие меры: 1) направление обязательных для исполнения представлений и постановлений; 2) подача исковых заявлений в суд.

Заключение. Развитость государственных закупок является индикатором стабильных рыночных отношений. Стабильная система государственных закупок дает развитие бизнеса и экономики. Поэтому для каждой страны очень важно урегулировать все аспекты законодательства о государственных закупках. Также хотелось бы упомянуть определенные проблемы в законодательстве и проблемы правоприменительной практики. Существуют определенные проблемы как: 1) проблемы с теоретической стороны, со стороны применения принципа дешевизны; 2) проблемы, возникающие в процессе рассмотрение заявок и проверка их на качество; 3) внесение системы централизованных государственных закупок; 4) отсутствие единого реестра цен товаров, работ и услуг.

Для устранения данных проблем необходимо внести соответствующие изменения в действующее законодательство о государственных закупках, с целью улучшения качественного регулирования указанных отношений. Предложенные в настоящей исследовательской работе действия - взгляд автора, который позволит привести фактическую ситуацию в области государственных закупок в соответствие с провозглашенными принципами добросовестной конкуренции, гласности, прозрачности и эффективности процесса государственных закупок.

Некоторые вопросы, возникающие в многостороннем арбитраже

Балич Д.М.

Магистрант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
ул. Миклухо-Маклая, д.6 Москва, Россия, 117198
email: derya.balic@mail.ru

В статье рассматриваются некоторые проблемы, возникающие в многостороннем арбитраже, подходы в национальном законодательстве некоторых стран к вопросу соглашения сторон на передачу спора в арбитраж, а также, возможные способы разрешения проблем, вызванных различиями в подходах.

Ключевые слова: Международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, намерение сторон, приведение в исполнение арбитражного решения.

Ни для кого не секрет, что в современных условиях ведения бизнеса и особенно в международной предпринимательской практике, гораздо эффективнее решать споры и разногласия без обращения к судебным процедурам. Обращение в суд должно являться «крайней мерой», которая, фактически, ставит точку на дальнейших деловых отношениях сторон.

Альтернативным, а главное, наиболее «эффективным» способом разрешения споров является международный коммерческий арбитраж, «регламент которого содержит много правовых и иных инструментов, применение которых направлено на повышение эффективности арбитражного производства и снижение рисков, связанных с отменой и отказом в признании и приведении в исполнение арбитражных решений»²⁴⁰.

В силу своей договорной природы арбитраж является очень привлекательным способом разрешения споров с той точки зрения, что стороны обладают существенной (но, тем не менее, ограниченной) свободой самостоятельно «структурировать» процедуру.

Первым проявлением этой возможности самостоятельного регулирования процедуры разрешения спора является составление и заключение арбитражного соглашения. Под арбитражным соглашением следует понимать заключенный между сторонами внешнеэкономической сделки гражданско-правовой договор

²⁴⁰ Ситкарева Е.В. «Эффективность разбирательства в международном коммерческом арбитраже - сторонам есть, о чем договориться» - «Проблемы в российском законодательстве. № 3 - М.: Медиа-ВАК, 2012. - 310 с.

об установлении процессуально-правовых прав и обязанностей, направленных на передачу возможных споров в избранное по взаимному согласию, негосударственное арбитражное учреждение или арбитраж ad hoc.²⁴¹

В действительности, немалая часть арбитражных процессов являются многосторонними²⁴² - к примеру, по статистике, около 30% всех рассматриваемых споров по Регламенту ICC являются многосторонними²⁴³. Так большинство международных сделок предполагают заключение нескольких договоров (между разными сторонами), каждый из которых может иметь свой механизм разрешения споров, предусмотренный арбитражной оговоркой (многоконтрактный арбитраж). Без объединения процессов, результатом данной ситуации может стать несколько параллельных процессов по аналогичному предмету, вытекающих из одного и того же проекта, что, впоследствии может привести к конфликту вынесенных решений и невозможности приведения их в исполнение.

В данной статье будут рассмотрены некоторые проблемы многостороннего арбитража и вопросы арбитражного соглашения в рамках данного института.

Как уже говорилось выше, природа арбитражного разбирательства стоит на соглашении сторон, следовательно, и действительность и исполнимость решения зависит от наличия согласия сторон на передачу спора в арбитраж.²⁴⁴ В этом заключается принцип автономии сторон. Однако, ситуация может быть не столь однозначной в многостороннем арбитраже, где необходимо согласие **каждого** из участников спора.

Так, например, согласно Закону об Арбитраже Англии 1996 года²⁴⁵ (ст. 35), для объединения процессов необходимо согласие сторон, в то время, как ст.

²⁴¹ Николюкин С.В. «Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража» // Дисс., Москва, 2007.

²⁴² На примере ICC: Ежегодно они составляют более трети всех арбитражных процессов. Более подробно: S. Bond, ICC Multi-party Arbitration, p. 40

²⁴³ Marily Paralika, Alexander G. Fessas, Joinder, Multiple Parties, Multiple Contracts and Consolidation under the ICC Rules, Presentation made on the ICC Conference "New Trends in ICC Arbitration and Mediation" held in Nicosia, Cyprus on April 29th, 2014. Source: <http://www.ccci.org.cy/wp-content/uploads/2014/05/Multi-Joinder-Consolidation.pdf>

²⁴⁴ Ермакова Е.П. Развитие института третейских разбирательств в странах Азии и Арабского Востока // Журнал «Третейский суд». – М., 2011 . №6 (78) – с.92-97;

²⁴⁵ Закон Об Арбитраже Англии, 1996 год. Интернет-ресурс, см.здесь:<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

1046 Закона об Арбитраже Нидерландов вовсе не содержит требования по наличию согласия сторон.

Еще одним краеугольным камнем многостороннего арбитража является процедура назначения арбитров. Каждое конкретное арбитражное соглашение может предусматривать собственный механизм назначения. При этом, в случае возникновения необходимости объединения процессов, множество трудностей может возникнуть на этапе выбора одного из механизмов назначения арбитров, предусмотренных арбитражными соглашениями²⁴⁶.

Обращаясь к национальному законодательству, можно увидеть, что по законодательству некоторых стран, в случае, если стороны не в состоянии прийти к соглашению о процессе назначения арбитров, суд, назначивший объединение производств, проведет назначение арбитров самостоятельно (п.3 ст. 1046 Закона Нидерландов об арбитраже)²⁴⁷.

Более того, перед судом и сторонами-участниками многостороннего арбитража может встать проблема распределения расходов между сторонами и вопрос присоединения новых сторон.

Стоит отметить, что в отсутствие соглашения между сторонами (прямого или косвенного) или ссылки в договоре на регламент арбитражного учреждения, нормами которого предусмотрена процедура объединения, принудительное объединение процессов невозможно.²⁴⁸

В большинстве случаев, перед арбитрами стоит вопрос о возможности объединения процессов, вытекающих из связанных между собой контрактов. С какими проблемами сталкиваются чаще всего в данном случае?

- разный текст оговорок о рассмотрении спора: неидентичные (например, одна сторона указала, что все споры должны быть переданы в арбитражный суд, в то время как вторая – в национальный), несовместимые (в случаях, если во всех договорах присутствует арбитражная оговорка, однако, имеются расхождения в вопросах выбора конкретного арбитражного учреждения), либо

²⁴⁶ Redfern, A., Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 206

²⁴⁷ Закон Нидерландов об Арбитраже. Интернет-ресурс, см.здесь: <http://www.jus.uio.no/im/netherlands.arbitration.act.1986/toc.html>

²⁴⁸ Giorgio Bernini // ICC Multi-Party Arbitration, 163

один или несколько договоров, из которых вытекает спор не содержат оговорки о рассмотрении спора;

- стороны договоров, из которых вытекает спор, не идентичны.

В заключение стоит еще раз отметить, что при консолидации процессов проблемы могут возникнуть на этапе приведения в исполнение арбитражного решения. По Нью-Йоркской Конвенции основу последующего приведения в исполнение арбитражного решения составляют такие элементы, как согласие сторон на передачу возникшего у них спора на рассмотрение в арбитраж, объем и пределы полномочий арбитров и соблюдение принципа справедливости. В доктрине, однако, нередко считается, что при консолидации процессов может быть нарушено арбитражное соглашение сторон, изначально заключивших соглашение на передачу спора, возникшего между ними, на рассмотрение в арбитраж²⁴⁹. Это означает, что возможным основанием отказа в приведении в исполнение арбитражного решения может быть нарушение арбитражного соглашения между сторонами.

Так, в работе «Сравнительный Международный Коммерческий арбитраж»²⁵⁰ в качестве решения этой проблемы, арбитражу дается возможность предложить сторонам, либо заключить соглашение об объединении процессов, либо изъявить свое согласие на объединение посредством других документов, таких как приказы суда по процессуальным вопросам или иные процессуальные решения.

²⁴⁹ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 408

²⁵⁰ Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 409

Рассмотрение корпоративных споров в гражданском процессе

Ахметова М.Е.

студентка ВШП АО «УНИВЕРСИТЕТ КАЗГЮУ»
Научный руководитель - старший преподаватель
кафедры гражданского и гражданско-процессуального права,
доктор PhD Асылбекова А.А.

Понятие «корпоративные споры» в нашем законодательстве отсутствовало до принятия Закона РК от 5 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам разрешения корпоративных споров», в котором часть первая статьи 27 ГПК, который был принят 2015 г. Кроме этого можно отметить что, законом внесены и другие новации. Споры такого рода рассматриваются только в экономических судах по месту нахождения соответствующего юридического лица. Данное нововведение способствует единообразию судебной практики по однородным спорам. Также введена норма об обязательном оперативном извещении затронутого юридического лица о возбуждении судом гражданского дела по корпоративному спору; упорядочена процедура принятия обеспечительных мер; пересмотрена ст. 38 Закона «Об акционерных обществах», «Особенности созыва и проведения внеочередного общего собрания акционеров по инициативе крупного акционера»²⁵¹.

Среди дел, отнесённых законодателем к категории корпоративных споров, наибольшую долю в судебной практике составляют гражданские дела о признании акций бесхозяйными. В соответствии с п.2 ст.243 ГК РК брошенные вещи поступают в собственность лица, вступившего во владение ими, если по его заявлению они признаны судом бесхозяйными.²⁵² Кроме того, решения подобных дел суды обосновывают ссылками на п.1 ст.242 ГК, в силу которой бесхозяйной является вещь, которая не имеет собственника или собственник которой не известен, либо вещи, от права собственности на которую собственник отказался, а также п.1 ст. 360 ГПК, в соответствии с которой суд, признав, что движимая вещь не имеет

²⁵¹ Гражданский кодекс РК принят Верховным Советом РК от 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию от 24.11.2015 г.)

²⁵² Гражданский процессуальный кодекс РК от 31 октября 2015 года №377-V

собственника либо оставлена собственником без намерения сохранить право собственности на нее, выносит решение о признании ее бесхозной и передаче в собственность лица, вступившего во владение ею²⁵³. Анализ принятых судами решений показывает, что нередко в делах данной категории отсутствует свидетельство тому, что акционеры отказались от принадлежащих им акций, поскольку в нарушение ч.1 ст. 357 ГПК заявителем не приводятся доказательства оставления акций собственниками без намерения сохранить право собственности на них, и вступления заявителя во владение ими. Если при этом и судами не приняты меры к установлению местонахождения собственников акций, они не привлечены к участию в деле и не извещены по последнему известному месту жительства, то вывод суда об уклонении акционеров от участия в собраниях становится голословным.²⁵⁴ Также большую долю в рассмотренных корпоративных спорах составляют дела о признании сделок недействительными и об оспаривании решений и протоколов общих собраний акционеров. Довольно часто инициаторами судебной тяжбы по делам данной категории становятся супруги акционеров.

Среди иных категорий дел, рассматриваемых судами по корпоративным спорам, можно выделить дела об исключении из состава акционеров, об оспаривании сделок по отчуждению акций, об оспаривании регистрации права собственности на акции, о понуждении к заключению договора, об оспаривании ликвидации и реорганизации АО, о ликвидации АО, о принудительной регистрации АО, о признании права собственности на заложенные акции, о признании несостоявшейся эмиссии ценных бумаг и другие.

Согласно ст. 14 Закона акционеры вправе оспорить в суде решения, принятые в результате нарушения законодательства и устава об извещении акционеров о проведении собрания, о порядке его проведения и принятия решений.²⁵⁵ Вместе с тем, возникает вопрос, всегда ли в таких случаях подлежит признанию недействительным решение собрания? Не исключено, что

²⁵³ Гражданский кодекс РК принят Верховным Советом РК от 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию от 24.11.2015 г.)

²⁵⁴ Гражданский процессуальный кодекс РК от 13 июля 1999 года №411-І, он утратил силу от 31 октября 2015 года

²⁵⁵ Закон Республики Казахстана от 13 мая 2003 года №415-ІІ «Об акционерных обществах»

оспоренное акционером решение собрания могло быть принято даже в случае его участия в нем и соблюдения порядка его проведения и принятия решений. В связи с этим следует ли выяснять, могло ли повлиять участие акционера в собрании и соблюдение порядка его проведения и принятия решений на принятие иного решения?

Если выяснится, что даже в этом случае он оказался бы в меньшинстве и это не могло повлечь вынесение иного, чем оспоренное, решения, то не означает ли это, что отсутствует основание для восстановления нарушенного права акционера, поскольку невозможно вынесение иного решения ввиду нахождения его в меньшинстве акционеров, голосующих за иное решение?

Также следует указать, что важным является вопрос о действительности письменного отказа акционера от реализации права преимущественной покупки акций (или от права) до истечения 30-дневного срока и правомерности направления акционером повторной заявки после сделанного письменного отказа в пределах этого срока. Подобные ситуации нередко случаются на практике и потенциально могут привести к возникновению судебного спора в случаях срыва соглашений общества о выпуске производных ценных бумаг или нарушения условий опционов на акции общества (например, в пользу должностных лиц АО либо сторонних инвесторов).

В соответствии с гражданским законодательством отказ от осуществления прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами (п. 2 ст. 8 ГК). Вместе с тем, согласно «Правилам реализации права» после поступления заявок всех акционеров и центрального депозитария (в определенных случаях) общество исполняет эти заявки, а также *«размещает (реализует) ценные бумаги, в отношении которых акционеры отказались от реализации права преимущественной покупки»* (п.11 «Правил реализации права»).

Представляется, что следует различать неиспользование права в течение отведенного для его действия срока (т.е. бездействие), отказ от реализации права и отказ непосредственно от права (представляющие собой прямое действие, направленное на возникновение правовых последствий). Если признать, что

прямое письменное волеизъявление - отказ акционера от реализации права преимущественной покупки (или отказ от права) не влечет прекращения данного права, и акционер может им в дальнейшем воспользоваться до истечения 30-дневного срока, то необходимо также признать, что размещение акций может быть произведено только после того, как данный срок истечет, даже если все акционеры заявили о таком отказе. Вместе с тем, такая правовая ситуация не дает достаточной гибкости акционерным обществам во взаимоотношениях с акционерами и инвесторами, желающими приобрести акции на первичном рынке ценных бумаг в максимально короткие сроки. При решении данной проблемы, может быть обсужден спорный практический вопрос, является ли отказ от реализации права сделкой для цели соблюдения необходимых корпоративных процедур (в случае, когда акционером является юридическое лицо в форме АО).

Практическая важность этих и других вопросов соблюдения права преимущественной покупки очевидна, поскольку нарушение такого права может повлечь ряд правовых последствий, в частности, недействительность договоров купли-продажи акций с другими акционерами и инвесторами, недействительность отчета о размещении акций и прочие. Наряду с указанным, в прошлые периоды налоговое законодательство предоставляло ряд налоговых льгот при направлении чистого дохода на увеличение уставного капитала юридического лица. При этом общие собрания акционеров большинством голосов принимали решения с подобными формулировками без учета положений Закона об АО.

По республике имеется судебная практика оспаривания акционерами таких решений и признания их незаконными. Представляется, что судами были приняты правильные решения по защите прав акционеров, поскольку согласно Закону об АО требуется письменное согласие акционера для выплаты ему дивидендов объявленными акциями общества (п. 1 ст. 22 Закона об АО). Кроме того, действующий правовой режим АО не предоставляет возможности направления чистого дохода в оплату уставного капитала минуя выплату

дивидендов акционерам. Уставный капитал общества формируется посредством оплаты акций (п.1 ст. 11 Закона об АО).²⁵⁶

Дополнительно хотелось бы отметить, что споры относительно формирования уставного капитала АО за счет чистого дохода рассматривались судами республики и с позиции налогообложения. При рассмотрении таких дел следует иметь в виду, что в случаях, когда акционер является нерезидентом, могут подлежать применению соответствующие международные конвенции об избежании двойного налогообложения, в толковании которых имеется ряд практических вопросов, в том числе в ситуациях, когда конвенция не должна ухудшать положение налогоплательщиков по сравнению с национальным законодательством.

Вместе с тем, акционеры в соответствии с законом РК «Об акционерных обществах» имеют различные права и несут различные обязанности не только в зависимости от вида ценных бумаг, которыми они обладают, но также и от собственного статуса. В частности, п.23 ст. 1 названного закона выделяет особый вид акционера - крупного акционера. Это акционер или несколько акционеров, действующих на основании заключенного между ними соглашения, которому (или которым в совокупности) принадлежат десять и более процентов голосующих акций акционерного общества. В соответствии с п.2 ст. 14 Закона об АО крупные акционеры в дополнение к правам рядовых акционеров вправе: 1) требовать созыва внеочередного общего собрания акционеров или обращаться в суд с иском о его созыве в случае отказа совета директоров в созыве общего собрания акционеров; 2) предлагать совету директоров включение дополнительных вопросов в повестку дня общего собрания акционеров в соответствии с настоящим Законом; 3) требовать созыва заседания совета директоров; 4) требовать проведения аудиторской организацией аудита общества за свой счет. При этом крупный акционер вправе самостоятельно определять аудиторскую организацию (п.1 ст.78 Закона об АО). Согласно п.2 ст.78 Закона об АО в случае проведения аудита по требованию крупного

²⁵⁶ Закон Республики Казахстана от 13 мая 2003 года №415-III «Об акционерных обществах»

акционера общество обязано предоставлять всю необходимую документацию (материалы), запрашиваемую аудиторской организацией.

Законом РК от 20.11.1998 г. № 304 «Об аудиторской деятельности» предусмотрены следующие виды аудита: обязательный и инициативный. Последний проводится по инициативе аудируемого субъекта либо его участника с учетом конкретных задач, сроков и объемов аудита, предусмотренных договором на проведение аудита между инициатором и аудиторской организацией (п.3 ст.5 Закона РК «Об аудиторской деятельности»). В то же время согласно п.1 ст.17 того же закона отношения между аудиторскими организациями и аудируемыми субъектами строятся на основе договора в соответствии с законодательством РК.²⁵⁷ Таким образом, законодателем в законе различаются инициатор аудита и аудируемый субъект, как различные и приобретаемые ими права и обязанности в связи с проводимым аудитом.

В завершение следует указать, что задача поэтапного совершенствования корпоративного законодательства преследует цели: а) внедрение в казахстанское законодательство и правоприменительную практику принципов корпоративного управления, соответствующих международному уровню; б) создания эффективной системы предупреждения и разрешения корпоративных споров; в) создания условий стабильного роста компаний; г) приведения казахстанской модели корпоративного управления в соответствие с международными принципами и наилучшей международной практикой.

В качестве предложений по дальнейшему совершенствованию корпоративного законодательства можно предложить унификацию и общее сокращение сроков исковой давности по искам о признании недействительными корпоративных актов (решений общих собраний акционеров, участников, членов кооперативов, решений советов директоров (наблюдательных советов), коллегиальных исполнительных органов и проч.), а также оснований и условий признания их недействительными: сокращение сроков исковой давности по искам о признании недействительными актов государственной регистрации юридических лиц или изменений в их учредительные документы.

²⁵⁷ Закон Республики Казахстан от 20 ноября 1998 года №304-І «Об аудиторской деятельности»

Арбитраж в Южно-Африканской Республике.

Баранова И. С.

Студентка Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email:irina280494@yandex.ru²⁵⁸

Признавая тесное взаимодействие Российской Федерации и Южно-Африканской республики в рамках БРИКС, нельзя не отметить интенсивное сотрудничество, которое неизбежно приводит к возникновению внешнеэкономических споров. Возникновение таких столкновений в свою очередь актуализирует изучение законодательства стран-участниц БРИКС в области рассмотрения частноправовых споров²⁵⁹.

В современном постоянно изменяющемся мире международной экономики основным инструментом разрешения внешнеэкономических и внутриэкономических споров по праву считается арбитраж, который представляет собой альтернативный порядок разрешения споров, основанный на самостоятельном выборе сторон места и условий рассмотрения возникшего конфликта интересов.

Альтернативные способы разрешения споров становятся все более популярны в ЮАР. Арбитражное судопроизводство регулируется Законом об Арбитраже №42 от 1965 года²⁶⁰. Нельзя не отметить тот факт, что помимо арбитража в ЮАР существуют также медиация, посредничество, третейские суды. Все варианты альтернативного разрешения споров в ЮАР зависят от договоренности сторон о передаче рассмотрения возникшего конфликта интересов в тот или иной институт, среди которых в ЮАР расположены: Арбитражный фонд ЮАР (AFSA), Комиссия по примирению, посредничеству и

²⁵⁸ Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2016-2018 гг. №16-33-01005"а2" «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС» (Н.рук. – Е.П. Русакова).

²⁵⁹ Русакова Е.П. Комиссия по примирению, посредничеству и арбитражу (ССМА) в ЮАР. Материалы Всероссийской конференции «Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах», 25.01.2013г, РУДН М:РУДН, 2013. С. 144.

²⁶⁰ Arbitration Act 42 of 1965. URL: https://www.environment.gov.za/sites/default/files/legislations/arbitration_act42of1965.pdf (дата обращения 17.04.2016).

арбитражу (ССМА), Ассоциация арбитров (АОА) и институт по разрешению споров - Африка ADR (Africa ADR)²⁶¹.

Процедура рассмотрения споров в арбитраже ЮАР начинается с составления и подписания арбитражного соглашения, под которым понимается в силу раздела 1 Закона об Арбитраже 1965 года письменное соглашение, предусматривающее обращение в арбитраж по существующему спору или спору, который возникнет в будущем, касающегося условий договора, и неважно указан ли там конкретный арбитраж или нет. И все же это не исключает возможности заключения устного соглашения о передаче спора в арбитраж, но такое соглашение будет регулироваться южноафриканским общим правом, а не Законом об арбитраже 1965 года, что соответственно, приведет к существенным трудностям в его применении.

На практике и для облегчения арбитражного разбирательства соглашение чаще всего содержит в себе ссылку на правила любой арбитражной организации, в которую будет подаваться конкретное арбитражное соглашение.

Согласно Закону об арбитраже 1965 года некоторые споры не могут быть рассмотрены с помощью арбитра, среди них: споры о расторжении брака, и любые вопросы, которые относятся к семейному законодательству ЮАР, и споры, которые касаются статуса лица, то есть положения личности в государстве. По общему праву, которое служит основой правовой системы ЮАР, арбитраж не может рассматривать споры по уголовным делам и споры, возникающие в связи с возможным нарушением антимонопольного законодательства.

Несмотря на наличие четкого определения подсудности, ее все же можно оспорить. Если есть возражения о том, что конкретный спор не подлежит арбитражному рассмотрению, сторона может обратиться в суд с заявлением о невозможности передачи дела в арбитраж или о наличии обстоятельств свидетельствующих о прекращении действия арбитражного соглашения.

В соответствии с Законом об арбитраже 1965 года арбитраж не решает вопрос о собственной юрисдикции. Однако, стороны могут оговорить в

²⁶¹ Braian Kahn, Nicqui Galaktiou. Litigation & Dispute Resolution 2016, South Africa. Chapter 12. International Comparative Legal Guides. Published: 17/02/2016. URL: <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/litigation-and-dispute-resolution/litigation-and-dispute-resolution-2016/south-africa> (дата обращения 17.04.2016).

соглашении, что будут применять принцип компетенции-компетенции²⁶² при обязательном на это согласии и арбитража, где будет рассматриваться спор.

Так как Законом об арбитраже принцип компетенции-компетенции не прописан, поэтому полномочия по вынесению решения по спору должны быть прямо возложены на арбитраж, на основании которых суд правомочен вынести постановление о своей компетенции. Любые юрисдикционные возражения должны быть представлены в суд до назначения арбитра, поскольку принятие назначения представляет собой согласие на юрисдикцию.

Что касается сроков давности для возбуждения арбитражного разбирательства, то они отсутствуют, но, на практике, сами стороны при заключении арбитражного соглашения прописывают ограничение во времени.

При рассмотрении спора арбитраж в ЮАР применяет право, согласованное сторонами в арбитражном соглашении. В случае отсутствия применимого права, арбитраж определяет какие нормы материального права применяются в соответствии с принципами международного частного права.

Ограничений в выборе арбитра, как таковых нет. Выбор арбитра остается за усмотрением сторон. Раздел 12 Закона об арбитраже предусматривает право арбитража на назначение или снятие арбитра на «благое дело (on good cause)». Так суд может в любое время по веской причине и по ходатайству одной из сторон отложить назначение арбитра или снять арбитра с должности.

Кроме того, не существует никаких законодательных требований или ограничений в отношении критерием независимости, нейтралитета, национальности, квалификации и опыта арбитра.

Арбитр может быть удален от рассмотрения дела в случае нарушения принципа независимости, или наличия конфликта интересов, или в случае явного уклонения от рассмотрения дела. Если арбитр назначается не сторонами, а арбитражной организацией, то соответственно, назначение и снятие с должности арбитра регламентируется внутренними правилами арбитража.

²⁶² Принцип компетенции-компетенции означает право арбитража после возбуждения и в ходе арбитражного разбирательства решать вопрос о наличии у него компетенции без обращения к государственному суду, который осуществляет «последующий» контроль в отношении такого решения в установленных законом пределах и порядке на стадиях производства дела об отмене/исполнении решения арбитража»

Закон об арбитраже содержит права и обязанности арбитров в ходе ведения арбитражного разбирательства, среди них:

- право потребовать от любой стороны предоставления документов;
- право на осмотр товаров и имущества, вовлеченных в спор;
- право определять время и сроки в ходе арбитражного разбирательства;
- обязанность действовать на основе принципа справедливости;
- обязанность вынесения решения, которое должно соответствовать принципам законности, определенности и окончательности;
- обязанность получения всех доказательств.

В Южной Африке к участию в судебном разбирательстве допускаются только те адвокаты, которые были допущены Верховным судом ЮАР к практике. Однако, такие ограничения на адвокатов арбитражного разбирательства не распространяются.

Разделы 14 и 22 Закона об арбитраже 1965 регулируют полномочия арбитража в отношении процедуры и получения доказательств, но не определяет особые правила, которыми связан арбитраж при установлении фактических обстоятельств дела. Если арбитражным соглашением не говорены условия и правила доказывания, то арбитраж использует доказательственное право Южно-Африканской республики. Это важно для участников процесса для понимания какие доказательства необходимо предоставить, необходимо ли заключение эксперта, и если да, то какую провести экспертизу.

Особых правил регулирующих свидетельские показания нет, но по сложившей практике, свидетели приносят присягу, и участвуют в перекрестном допросе.

В ЮАР предусмотрено, что защитники и адвокаты обладают правовой профессиональной привилегией (legal professional privilege), то есть гарантии независимости в своей деятельности. Гарантиями, или привилегиями, предусматривается, что все общение между юридическим консультантом и клиентом являются защищенными, и являются конфиденциальными, в то время как защитник действует в профессиональном качестве в течении всего разбирательства.

В силу ст. 28 Закона об арбитраже 1965 года арбитражное решение является окончательным и обжалованию не подлежит, если в арбитражном соглашении, послужившем основанием для арбитражного разбирательства, не предусмотрено иное.

Арбитражное решение подлежит отмене в соответствии со ст. 33 Закона об арбитраже, на основании заявления одной из сторон, в случаях, когда: любой член арбитража дискредитировал себя в качестве арбитра или суперарбитра; выявлено грубое нарушение правил арбитражного разбирательства; арбитраж превысил свои полномочия; или арбитражное решение было получено ненадлежащим образом.

Для приведения и исполнения арбитражного решения в ЮАР необходимо знать, что Южная Африка ратифицировала Нью-Йоркскую конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений без оговорок. Закон о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1977 года, вводит в действие Нью-Йоркскую конвенцию. Законом предусмотрено, что любое подразделение Высокого суда ЮАР правомочно принимать к исполнению решения арбитража с помощью судебного приказа. Любое иностранное арбитражное решение, которое было принято к исполнению на основании судебного приказа суда ЮАР, подлежат исполнению в том же порядке, как и решение суда ЮАР.

Для того, чтобы суд исполнил арбитражное решение необходимо доказать, что данный спор был передан в арбитраж на основании арбитражного соглашения, и арбитр был назначен в соответствии с правилами регламента, арбитражного учреждения, где был рассмотрен спор. В дополнение к этому требованию, исполнение иностранного арбитражного решения требует наличие оригинала арбитражного решения, а также оригинал арбитражного соглашения, либо заверенную должным образом копию, и весь пакет документов должен быть подан в суд вместе с заявлением о признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Закон об арбитраже 1965 года предусматривает, что исполнение арбитражного решения возможно только в случае, если оно не противоречит

публичному порядку. Является ли арбитражное решение противоречащим внутреннему порядку решается судом в каждом конкретном случае отдельно.

Что касается вознаграждения адвокатов и лиц, участвующих в процессе, то резервный Закон о пошлинах 1997 предусматривает две формы оплаты по результату договоренности, которые называются «no-win, no-fees», позволяющие адвокату требовать платы после успешного завершения дела, а также положение, благодаря которому адвокат может требовать плату, не превышающую двойную нормальную плату, и она не может превышать 25% от общей суммы компенсации, включающую в себя любые расходы.

Таким образом, арбитраж в Южно-Африканской Республике давно сложившийся механизм по разрешению споров. Рассмотрение споров с помощью арбитража становится все более популярным в последнее десятилетие из-за скорости рассмотрения спора и уверенности в получении эффективного арбитражного решения. В ЮАР хорошо развита система арбитражных организаций, соответственно, есть много опытных арбитров в различных отраслях права²⁶³.

Хотя арбитраж и стал самым популярным методом разрешения споров, юристами признается тот факт, Южная Африка отстала в развитии международного арбитража. Южно-Африканская комиссия по правовым вопросам сделала обширные и далеко идущие рекомендации, касающиеся как международного арбитража, так и внутреннего, эти рекомендации пока не были выполнены. Задержка в реализации столь необходимых реформ законодательства, касающихся арбитража, в значительной степени обусловлена тем, что популярность арбитража стала политической проблемой.

Хотелось бы надеяться, что данные рекомендации будут стимулировать реформы в Южной Африке касающиеся арбитража, и, более конкретно, применение Типового Закона ЮНСИТРАЛ в области международного арбитража. Реализация этих столь необходимых реформ будет способствовать росту и развитию Южной Африки арбитража.

²⁶³ Gerhard Rudolph, Darryl Bernstein. International Arbitration 2015, South Africa. International Comparative Legal Guides. Published: 24/07/2015. URL: <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/international-arbitration-/international-arbitration-2015/south-africa> (дата обращения 17.04.2016).

Правовое регулирование опциона в гражданском законодательстве РФ

Битюцкий Д. В.

Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
Email: dbityutsky@gmail.com

В настоящей статье рассматривается понятие опциона, особенности применения его в гражданских правоотношениях, проблемы понимания концепт,

Ключевые слова: опцион, опцион на заключение договора, опционный договор, опцион в гражданском праве.

До 1 июня 2015 г в Гражданском кодексе не имелось норм описывающих опцион и опционный договор. При этом конструкция опциона использовалась на практике и имела некоторое нормативное закрепление. Так, в соответствии со статьей 2 Федерального закона от 22.04.1996 N 39 "О рынке ценных бумаг" опционом эмитента является эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и (или) при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, определяемой в самом опционе. В Указании Банка России от 16.02.2015 N 3565-под опционным договором понимается «договор, предусматривающий обязанность стороны договора в случае предъявления требования другой стороной периодически и (или) одновременно уплачивать денежные суммы в зависимости от изменения цен (значений) базисного актива и (или) наступления обстоятельства, являющегося базисным активом»²⁶⁴. Федеральный закон от 20.02.1992 № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле» в статье 8 оперирует понятием «опционная сделка», определяемым как уступка права на будущую передачу прав и обязанностей в отношении биржевого товара или контракта на поставку биржевого товара. В таком понимании опционный договор является производным финансовым инструментом применимым исключительно к функционированию фондового рынка и биржевой торговле.

²⁶⁴ Указание Банка России от 16.02.2015 N 3565-У "О видах производных финансовых инструментов" // СПС КонсультантПлюс

Однако конструкция опциона имела место и в рамках гражданских правоотношений. До принятых изменений она применялись по правилам о свободе договора . Также сложилась и определенная судебная практика, связанная с применением опционов.

В проекте федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации N 47538-6 предлагалось включить одну статью 429.2 «Опционный договор», в соответствии с которой опционный договор и опцион отождествлялись. Причем положения, определяющие понятие опциона, формулировались немного иначе, а именно: по опционному договору (опциону) одна сторона посредством безотзывной оферты предоставляет другой стороне безусловное право заключить договор на условиях, предусмотренных опционом; опцион предоставляется за плату или иное встречное предоставление либо безвозмездно, если выдача опциона обусловлена иным охраняемым законом интересом, вытекающим из отношений сторон; в течение всего срока действия опциона другая сторона вправе заключить договор путем акцепта такой оферты в порядке и на условиях, предусмотренных опционом.

Федеральным законом от 8 марта 2015 г. N 42-ФЗ введена новая договорная конструкция - соглашение о предоставлении **опциона на заключение договора**, по которому одна сторона посредством безотзывной оферты предоставляет другой стороне право заключить один или несколько договоров на условиях, предусмотренных опционом; опцион на заключение договора предоставляется за плату или другое встречное предоставление, если иное не предусмотрено соглашением, в том числе заключенным между коммерческими организациями; другая сторона вправе заключить договор путем акцепта такой оферты в порядке, в сроки и на условиях, которые предусмотрены опционом. Следует отметить, что плата за опцион это плата за необходимость оферента ждать акцепта и его готовность исполнить сделку в установленные сроки. Во многих случаях такое ожидание может быть достаточно продолжительным, что закономерно увеличивает стоимость платы за опцион. Гражданский кодекс определяет судьбу платежа по опциону на заключение договора: этот платеж не засчитывается в счет платежей по договору, заключаемому на основании безотзывной оферты, и не подлежит возврату в случае, когда не будет акцепта. При этом указано, что опционом на заключение договора могут быть предусмотрены отступления от данных общих

правил, то есть рассматриваемая норма является диспозитивной. Организационный характер опциона означает, что он регулирует преддоговорные отношения сторон. Опцион может предусматривать, в том числе, порядок обмена информацией между контрагентами, условия конфиденциальности. Следует также обратить внимание, что опцион на заключение договора должен содержать все существенные условия основного договора и иметь ту же форму, что и основной договор.

Организационный договор о безотзывной оферте, коим является опцион в целом, очень похож на предварительный договор — и там, и там стороны приходят к договоренности в дальнейшем заключить договор. До включения в Гражданский кодекс Российской Федерации положения об опционе на заключение договора суды смешивали понятия предварительного договора и опциона²⁶⁵, применяя к последнему правила о понуждении заключить договор, что противоречило смыслу опциона и его целям. Конструкцию опциона некоторые юристы сопоставляют с предварительным договором. Н. Красников утверждает, что «концепция предварительного договора заключается в том, что «продажа» опциона является заключением предварительного договора. Как итог заключения такого договора держатель опциона получает право требовать от лица, предоставившего опцион, заключить основной договор»²⁶⁶. Однако, опцион и предварительный договор имеют мало общего. Опцион понимается как безотзывная оферта, в которой содержатся условия основного договора, в то время как в предварительном договоре основной договор — это другая сделка, для совершения которой необходимо направить соответствующую оферту. Кроме того, предварительный договор является организационным безвозмездным договором, а опцион предусматривает плату, т.е. является договором возмездным, как уже отмечалось, оплачивается период ожидания, а если основной договор не будет акцептован, то такая плата будет компенсацией.

По опционному договору одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в том

²⁶⁵ Постановления АС Московского округа от 12.03.2015 № Ф05-15488/2013 по делу № А41-6339/13, ФАС Восточно-Сибирского округа от 01.04.2013 по делу № А19-22854/10

²⁶⁶ Красников Н. О концепции опционного соглашения как предварительного договора по российскому праву // Юрист. № 12. 2009

числе уплатить денежные средства, передать или принять имущество), и при этом, если управомоченная сторона не заявит требование в указанный срок, опционный договор прекращается; опционным договором может быть предусмотрено, что требование по опционному договору считается заявленным при наступлении определенных таким договором обстоятельств. Опционный договор является возмездным: за право заявить требование по опционному договору сторона уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму. При прекращении опционного договора платеж за право заявить требование по опционному договору возврату не подлежит. При этом опционным договором могут быть предусмотрены отступления от данного общего правила, то есть рассматриваемая норма является диспозитивной.

Различие между опционом на заключение договора и опционным договором состоит в том, что опцион на заключение договора может предусматривать в качестве эквивалента не только плату, но и другое встречное предоставление, тогда как по опционному договору эквивалент предоставляется только в виде денежной суммы, за исключением, когда безвозмездность обусловлена опционным договором, либо иным обязательством, или охраняемым законом интересом, которые вытекают из отношений сторон. Иванов С.С. в своей статье верно подмечает, что «по опциону приобретается право на заключение договора, а по опционному договору – право востребования по заключенному договору. и в том, и другом случае тем благом, которое приобретает сторона, является право ожидания – состояние определенности договорных условий в течение определенного срока и, соответственно, связанность этой определенностью ее контрагента, находящегося в состоянии подвешенности оферента либо в состоянии ожидающей востребования стороны, при этом обусловленность исполнения каждого из соответствующих обязательств охватывается общей нормой ст.327.1 ГК»²⁶⁷.

²⁶⁷ О различии опциона и опционного договора
[/\(http://zakon.ru/blog/2015/3/23/o_razlichii_opciona_i_opcionnogo_dogovora\)](http://zakon.ru/blog/2015/3/23/o_razlichii_opciona_i_opcionnogo_dogovora)

Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих при продаже товаров в форме электронных торгов в Республике Молдова

Боделан И.

С развитием технологического процесса в корне изменилась и облегчилась жизнедеятельность общества, в целом, и отдельно взятого индивида, в частности. Электронный прогресс не стоит на месте. Теперь одним кликом можно совершить покупку чая из Шри-Ланки или супермодного гаджета из Китая, что ещё несколько десятков лет назад казалось фантастическим и невозможным.

В современном мире огромное значение приобретают электронные коммуникации. Сегодня, в условиях ежегодного значительного увеличения информационных потоков, сложно вообразить качественное взаимодействие предпринимательских фирм, государственных предприятий, банковских структур, других организаций и их сотрудников без современных средств телекоммуникаций и связи. Их отсутствие невозможно восполнить большим штатом работников и курьеров для обеспечения оперативности доставки необходимой информации в нужный момент в нужное место. Порой даже минутное промедление в получении важной информации может стать весомой причиной финансовых потерь и подпорченной деловой репутации.

Значительных успехов в процессе внедрения технологий информационного общества добилась и Республика Молдова. Доля сектора информационно-коммуникационных технологий (сокращенно ИКТ) в валовом внутреннем продукте в последние годы практически достигла приблизительного уровня 8-10%; каждый второй гражданин является пользователем сети Интернет, более чем половина домохозяйств оборудованы, по меньшей мере, одним компьютером, имеют доступ к широкополосному Интернету, а по скорости подключения к сети Интернет страна расположилась в первой двадцатке стран мира, внедрены биометрический паспорт, система «e-Декларация», цифровая карта, страна находится в процессе внедрения правительственного проекта «e-Преобразование» и т.д. Тем не менее, в

международных рейтингах республика не находится среди развитых в этой области государств, а уровень и темпы развития информационного общества не соответствуют современным международным требованиям, в соответствии с которыми мир становится все более «гиперподключенным» (Требования представлены в приложении № 2 к Национальной стратегии развития информационного общества «Цифровая Молдова 2020») и более цифровым²⁶⁸.

Однако, преимущества цифровых технологий, которыми население могло бы воспользоваться, ограничены во многих странах мира, в том числе в Республике Молдова, по причине проблем, связанных с безопасностью и конфиденциальностью, недостаточным уровнем доступа к Интернету, пониженным уровнем функциональности, отсутствием необходимых навыков или недоступностью услуг²⁶⁹.

Для того чтобы информация свободно и безопасно передавалась между различными субъектами, она должна базироваться на единых стандартах. Переход к унифицированным технологиям и стандартным форматам, предлагаемым потребителям, позволяет снизить эксплуатационные затраты и упрощает оценку потребительского спроса. Средства массовой информации, связь, услуги консультирования, экономика и многие другие отрасли современного мира сосредоточившись на области интернета, стали непрерывно заполнять его пространство. Интернет – единая площадка создания новейшей идеологии, новых социальных течений и групп, и, соответственно, нового образа жизни общества. Принимая во внимание эти актуальные потребности человечества, международное сообщество и правительства ведущих стран мира объявили о необходимости формирования и развития информационного общества. Частью этого процесса стала и Молдавия, взяв курс на создание в Республике информационного общества. Об этом свидетельствует ряд нормативных документов:

²⁶⁸ Глобальный отчет о развитии информационных технологий 2012
http://www3.weforum.org/docs/Global_IT_Report_2012.pdf

²⁶⁹ Национальная стратегия развития информационного общества «Цифровая Молдова 2020». Приложение № 1 к Постановлению Правительства № 857 от 31 октября 2013 г.

- Указ Президента Республики Молдова от 19 марта 2004 г. №1743-III «О создании информационного общества в Республике Молдова» // Monitorul oficial al Republicii Moldova. 2004. № 50 - 52.
- Постановление Правительства РМ от 8 июня 2004 г. № 632 «Об утверждении Политики создания информационного общества в Республике Молдова» // Monitorul oficial al Republicii Moldova. 2004. № 96 - 99.
- Постановление правительства РМ № 857 от 31.10.2013 о Национальной стратегии развития информационного общества «Цифровая Молдова 2020».

Одним из важнейших компонентов создания информационного общества является электронная торговля, осуществляемая посредством использования информационно-коммуникационных технологий в целях обеспечения оптимального взаимодействия между бизнес-партнерами, бизнес – наилучший проводник информационных компьютерных технологий в жизнь, что объясняется несколькими факторами. С одной стороны, эти технологии позволяют значительно повысить эффективность бизнес-процессов внутри компании, а с другой – получить более высокую динамику и комфортность отношений с потребителями и партнерами. Внедрение информационно-коммуникационных технологий в бизнесе способствует росту конкурентоспособности за счет улучшения качества управления и координирования производственных процессов, эффективного мониторинга процессов распределения, более качественного и оперативного удовлетворения потребностей потребителей, роста производительности и снижения цен²⁷⁰. В предпринимательской сфере процесс внедрения информационно-коммуникационных технологий находят свое воплощение в быстром росте «новой экономики», основу которой составляет электронный способ ведения бизнеса, или электронная торговля (англ. electronic commerce). Электронная

²⁷⁰ А.П. Боршевский Электронная торговля в Молдове // <http://www.center-bereg.ru/k1665.html>

торговля, осуществляемая посредством сети Интернет, является важной составной частью процесса глобализации²⁷¹.

16 июня 2014 года Республикой Молдова было подписано соглашение об ассоциации с Европейским союзом в обмен на обязательство проведения политических, экономических, торговых, правовых или судебных реформ. В связи с этим, представители компетентных учреждений Молдовы до конца мая 2016 года обязались представить предложения по внесению изменений и дополнений в существующую законодательную базу в части «Электронная торговля», что обеспечит реализацию обязательств по внедрению в ряде областей законодательства и практик ЕС.

В настоящее время стратегия любой компании должна быть направлена на надежную, масштабную, доступную и управляемую модель информационной среды в сети Интернет, благодаря которой можно круглосуточно взаимодействовать со своими заказчиками, поставщиками и партнерами для организации непрерывно функционирующего бизнеса и выполнения коммерческих операций. Для осуществления успешной коммерческой деятельности компании необходимо поддерживать такие важные направления использования современных информационных Интернет-технологий в организации управления, как *электронные коммуникации*, электронное представительство, электронная торговля.

Целесообразность, актуальность и практическое значение темы диссертационного исследования обусловлены несомненной важностью института электронной торговли как специфического вида коммерческой деятельности; потребность выявления и изучения проблем гражданско-правового регулирования отношений, возникающих при продвижении товаров и услуг в форме электронных торгов, обоснования и создания современной модели гражданско-правового регулирования электронной торговли, а также необходимость разработки теоретических концепций и практических

²⁷¹ Ефремкина О. В. Электронная торговля в ЕС (основные правовые аспекты) // Глобалистика: Энциклопедия. М., 2003. С. 1236 - 1237.

рекомендаций по проблемам электронной торговой деятельности в Республике Молдова стали причиной выбора темы исследования.

Так что же собой представляет «электронная торговля»?

Согласно ст.4 закона Республики Молдова об электронной торговле (№ 284-XV от 22.07.2004//Monitorul oficial al Republicii Moldova №138-146/741 от 13.08.2004) **электронная торговля** – вид предпринимательской деятельности, осуществляемый физическими и юридическими лицами, заключающийся в продаже вещей, выполнении работ или предоставлении услуг с использованием электронных сообщений и/или электронных договоров. Иными словами, под электронной торговлей понимается совершение коммерческих сделок с использованием электронных средств связи. Как отмечается в литературе, основным принципиальным отличием электронной торговли от традиционной является продвижение товара и услуг через сеть Интернет²⁷².

Быстрый рост электронной коммерции требовал ее законодательного регламентирования, что послужило необходимостью принятия в 1996 г. ООН Типового закона об электронной торговле (ЮНСИТРАЛ) Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли²⁷³. Этот факт подтверждает важную роль электронной торговли.

Данный международный документ стал правовой базой для сферы электронной торговой деятельности, дал определения основным понятиям, таким, как электронное сообщение данных, электронный обмен данными, информационная система, признал юридическую и доказательственную силу за документами, совершенными в электронной форме, определил условия, предъявляемые к подписи как средству подтверждения подлинности и целостности электронного документа. Закон гласит (ст. 5), что информация не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том лишь основании, что она составлена в форме сообщения данных (т.е. в форме информации, подготовленной, отправленной, полученной или хранимой с

²⁷² Балабанов И.Т. Электронная коммерция, Учебное пособие для вузов, СПб, 2001, С. 191

²⁷³ Типовой закон об электронной торговле Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (принят на 29-й сессии Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Рекомендован Резолюцией 51/162 Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1996 года). URL:www.un.org/russian/documen/convents/commerce.htm

помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту). Когда законодательство требует, чтобы информация была представлена в письменной форме, это требование считается выполненным путем представления сообщения данных, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования.

К сфере применения Закона Организации Объединенных Наций относятся любые торговые сделки о поставке товаров или услуг, обмене товарами или услугами, дистрибьюторские соглашения, купля-продажа лицензий, банковские услуги, страхование, совместная деятельность и другие формы промышленного и предпринимательского сотрудничества, перевозка товаров и пассажиров воздушным, железнодорожным и автомобильным транспортом. В 1997 г. ООН рекомендует национальным правительствам максимально учитывать положения Типового закона при разработке своего законодательства.

Электронная торговля может сыграть решающую роль в маркетинге и продаже товаров отечественных компаний за рубежом. Основным препятствием для малых предприятий в этой сфере деятельности являются несовершенное таможенное законодательство и высокая стоимость транспортировки товаров. В США малые предприятия, использующие Интернет, растут на 46% быстрее, чем те, которые Интернет в своей деятельности не используют. Это, в свою очередь, подтолкнуло развитие малых предприятий. Электронная торговля также полезна для производителей и потребителей в силу того, что она помогает преодолеть традиционные барьеры, заключающиеся в территориальной удаленности и недостатке информации относительно возможностей рынка. Компаниям уже не требуется поддерживать излишний персонал или осуществлять большие капиталовложения в развитие специалистов. Виртуальные магазины и контактные адреса в Интернете позволяют приблизить места хранения товаров к месту их непосредственного производства, тем самым ускоряя распространение товаров и уменьшая связанные с этим затраты. Интернет и электронная торговля увеличивают рекламные возможности по всему миру, в результате все легче становится рекламировать товары, а сама реклама становится все более

глобальной. Данное обстоятельство может быть особенно важным для предприятий, которые традиционно испытывают трудности в поиске покупателей за рубежом. Электронная торговля помогает малым и средним предприятиям конкурировать с более крупными предприятиями, давая им возможность получить более широкий рынок потребителей и помогая найти способы наименьших затрат.

В рамках опроса, организованного проектом Программы развития Организации Объединенных Наций в Молдове «Технология информационного общества для развития», 87% экономических агентов Молдовы используют компьютеры и программные продукты в области производства, предоставления услуг и управления, 12% предприятий планируют в будущем осуществлять закупки, 86% предприятий имеют доступ к Интернету. Многие молдавские компании заявили о необходимости использования электронной торговли и электронного документооборота для получения заказов на продукцию, предоставления отчетов, сдачи налоговых накладных, проведения банковских операций. Согласно данным опроса, проведенного среди 375 менеджеров высшего звена предприятий, в числе основных препятствий для развития электронного документооборота было названо недостаточное его понимание, отсутствие законодательной базы, нежелание государства менять ситуацию. И лишь 9% участников опроса отметили отсутствие интереса у бизнеса в изменении ситуации.

Развитие и повышение эффективности электронного бизнеса и электронной торговли «e-commerce» в Молдове провозглашено государственными задачами. Цель этого развития – привлечение инвестиций; содействие росту сотрудничества национальных экономических агентов с иностранными партнерами; развитие экспортного потенциала частных малых и средних предприятий за счет продвижения отечественных товаров и услуг.

Закон об электронной торговле распространяется на все виды коммерческой деятельности, за исключением следующих:

а) деятельность нотариусов, в той мере, в какой она предполагает непосредственное их участие в выполнении своих функций;

b) деятельность по юридическому представлению в судебных инстанциях и органах уголовного преследования;

c) азартные игры с денежными выигрышами, лотереи и пари;

d) деятельность, осуществляемая посредством оказания услуг голосовой телефонии, телефакса, телекса;

e) услуги по радиовещанию и телевидению, в том числе услуги по телетексту;

f) услуги по голосовой телефонии, телефакс или телекс;

g) обмен информацией при помощи электронной почты или других эквивалентных средств индивидуального общения между лицами, действующими в целях, не связанных с их торговой деятельностью.

Деятельность физических и юридических лиц, участвующих в электронной торговле, не ограничивается определенной территорией или категорией вещей, работ либо услуг, если иное не предусмотрено договором или законом. Согласно ст. 7 Закона субъектами электронной торговли могут быть физические, юридические лица, в том числе иностранные, независимо от вида собственности и организационно-правовой формы, а также государство как субъект права, которые участвуют в электронной торговле в качестве:

a) агентов электронной торговли;

b) покупателей и заказчиков соответствующих вещей, работ или услуг, в том числе потребителей;

c) посредников в электронной торговле (физическое или юридическое лицо, предоставляющее другим субъектам электронной торговли услуги, связанные с организацией и управлением информационными системами и сетями в рамках электронной торговли, в том числе с отправкой, получением и хранением информации в электронной форме).

В соответствии с Законом объектами электронной торговли являются:

a) вещи, которые в соответствии с законодательством могут отчуждаться;

b) работы;

c) услуги.

Электронная торговля может осуществляться хозяйствующими субъектами, наделенными в установленном законом порядке правом заниматься предпринимательской деятельностью. Право осуществлять электронную торговлю возникает с момента государственной регистрации юридического лица либо индивидуального предпринимателя, за исключением случаев, предусмотренных законодательством о лицензировании отдельных видов деятельности. Если для продажи вещей, выполнения работ или предоставления услуг необходимо получить лицензию или разрешение, электронная торговля может осуществляться с момента получения лицензии или разрешения на занятие соответствующим видом деятельности. Согласно законодательству РМ электронная торговля осуществляется с использованием электронных сообщений и электронных договоров.

Электронный договор направлен на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, что дает основание отнести его к разновидности гражданско-правового договора (ст. 4 Закона РМ об электронной торговле № 284-XV).

Под электронным сообщением понимается информация в электронной форме, не являющаяся электронным документом, отправленная, полученная и хранящаяся с помощью электронных средств. Электронное сообщение по юридической силе приравнивается к информации, представленной в письменной форме, имеет такую же доказательственную силу. Оно не может быть лишено юридической или доказательственной силы на том лишь основании, что оно составлено в электронной форме. В случаях, когда согласно законодательству информация должна быть представлена в письменной форме, это требование считается выполненным при представлении электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация доступна для ее неоднократного использования.

Электронное сообщение считается сообщением составителя, если оно было отправлено:

- а) непосредственно составителем;

б) лицом, наделенным полномочиями действовать от имени составителя, в том числе посредником в электронной торговле;

с) информационной системой составителя или от его имени – системой, работающей в автоматическом режиме.

Однако более существенное значение для электронной торговли имеет электронный договор, под которым понимается совокупность электронных документов, представляющих собой гражданско-правовой договор, направленный на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, предметом которого могут быть вещь, работа или услуга. Электронный договор заключается до совершения сделки или их совокупности с последующей его регистрацией и хранением в соответствии с соглашением сторон. При оформлении договорных отношений в электронном виде стороны получают следующие преимущества. Во-первых, экземпляр договора может пересылаться по электронной почте, таким образом, для передачи данных из одного конца государства в другой потребуется всего несколько минут. Во-вторых, наличие электронной подписи стороны-отправителя подтверждает факт подписания конкретного документа, то есть является прямым тому доказательством. В-третьих, невозможно прислать подложный документ не от своего имени. В-четвертых, электронный документ довольно сложно подделать.

Как и в традиционном гражданско-правовом договоре элементами электронного являются оферта и акцепт. Для заключения электронного договора сторонам необходимо совершить обмен вышеуказанными составными частями договора. В отношении оферты и акцепта применяются общие нормы гражданского законодательства о заключении договоров. Оферта представляет собой электронный документ, посредством которого одно лицо предлагает другим лицам заключить договор и направляет им его текст, содержащий договорные условия, в том числе обязательные. Оферта действительна в течение указанного в ней срока. Она утрачивает законную силу, если ее акцепт не заявлен в установленный срок, а также в случае ее отклонения. Оферта может быть отозвана до момента ее получения отправителем акцепта в установленном законодательством порядке. Отзыв оферты производится посредством

направления ее получателю уведомления об отзыве в форме электронного документа, с обязательным указанием причины отзыва. Полученная адресатом оферта не может быть отозвана в течение срока, установленного для ее акцепта, либо, если этот срок не установлен, – в течение времени, необходимого для того, чтобы адресат мог выразить свое согласие и чтобы ответ мог дойти до оферента. Оговорка, которой одна сторона обязуется вступить в договор с другой стороной по ее требованию, является безотзывной офертой (ст. 684 ГК РМ).²⁷⁴

Предложение представлять оферты, исходящее от субъекта электронной торговли, должно содержать все условия, подлежащие включению в оферты, либо ссылки на электронные документы или электронные сообщения, содержащие такие условия. Акцепт представляет собой электронный документ, посредством которого лицо выражает согласие на заключение договора на условиях, предложенных в оферте. Акцепт должен содержать текст электронного договора, предложенный оферентом, без каких-либо изменений условий договора, так как договор, совершенный под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение, может быть признан судебной инстанцией недействительным. Существенное значение имеет заблуждение, если при совершении сделки существовало неверное представление относительно:

- a) характера сделки;
- b) существенных качеств предмета сделки;

с) сторон сделки (партнера или выгодоприобретателя) в случае, если их личности являются определяющим мотивом совершения сделки. В случаях направления оференту акцепта с измененными условиями договора такой акцепт считается новой офертой. Оферта или акцепт считаются полученными с момента отправления получателем уведомления в форме электронного сообщения об их получении, если иное не предусмотрено договоренностью сторон. Если такое уведомление не получено отправителем в течение срока действительности оферты, отправитель может уведомить об этом получателя и указать срок, в течение которого подтверждение должно быть отправлено. Если подтверждение

²⁷⁴ Гражданский кодекс РМ (№ 1107-XV от 6 июня 2002 г.) // Monitorul oficial al Republicii Moldova. 2002. № 82 - 86.

не получено в указанный срок, электронный договор не считается заключенным. Оферта и акцепт должны храниться сторонами электронного договора до момента прекращения его действия. Оферта и акцепт должны храниться отправителем в той форме, в какой они были переданы, а получателем – в той форме, в какой они были получены, если иное не предусмотрено договоренностью сторон. Электронный договор признается заключенным с момента получения стороной, направившей оферту, акцепта, направленного другой стороной, если договором не предусмотрено иное. Местом заключения электронного договора признается место нахождения агента электронной торговли, если договором не предусмотрено иное. Электронный договор по юридической силе приравнивается к договору, составленному в письменной форме и подписанному сторонами, в том числе удостоверенному печатями сторон. В электронном договоре может быть предусмотрено, что отдельные его условия включаются в договор посредством ссылки на электронный документ или электронное сообщение, размещенные в общедоступной системе электронного документооборота. В таких случаях сторона, разместившая электронный документ или электронное сообщение, обязана обеспечить свободный доступ к ним в течение срока действия электронного договора. Согласно закона об электронной торговле Республики Молдова электронный договор должен содержать следующие обязательные условия:

- a) порядок и этапы заключения и исполнения договора;
- b) порядок применения цифровой подписи;
- c) язык, на котором составляется договор;
- d) порядок представления и отзыва оферты и акцепта;
- e) основные права и обязанности сторон;
- f) природа, характеристики и цена вещи, тариф на работу или услугу;
- g) порядок осуществления расчетов между сторонами;
- h) условия отказа от сделки;
- i) порядок и сроки исполнения обязательств;
- j) порядок внесения изменений в условия договора;

к) условия, включаемые в договор посредством ссылки на электронный документ и электронное сообщение, и порядок доступа к соответствующей ссылке;

л) условия прекращения действия договора;

м) юридические, электронные адреса и банковские реквизиты сторон, а также другие условия, согласованные сторонами (ст. 20 ч. (3) Закона РМ об электронной торговле № 284-XV).

Информация об условиях электронного договора должна предоставляться сторонами до его заключения. Условия электронного договора должны соответствовать требованиям законодательства и соглашения сторон. В отношении электронных договоров применяются общие положения Гражданского кодекса Республики Молдова о договорах.

В форме электронного договора не могут быть заключены:

а) договоры, в результате заключения которых передается право собственности на недвижимость, за исключением договоров об имущественном найме или аренде;

б) договоры, заключение которых в соответствии с законодательством требует участия судебных инстанций, органов местного публичного управления или государственных служащих;

в) договоры о поручительстве и залоге ценных бумаг, исполняемые лицами, действующими в целях, не связанных с их торговой деятельностью;

г) договоры, регламентируемые семейным или наследственным правом (ст. 19 ч. (6) Закона РМ об электронной торговле № 284-XV).

Однако необходимо отметить, что при рассмотрении споров в судебном порядке, вытекающих из электронного договора, могут возникнуть некоторые трудности. Электронный договор по доказательственной силе приравнивается к письменному договору. В этом случае стороны могут представить суду распечатанные копии документов, а для того чтобы проверить подлинность электронного договора и подписи необходимо наличие электронного вычислительного устройства. Основным юридическим препятствием развития электронной торговли является анонимность Сети, где невозможно быть

полностью уверенным в том, что полученный по открытым каналам документ идентичен отправленному оригиналу, а отправитель и есть вторая сторона по договору. Эту проблему во многом снимает электронная цифровая подпись, которая позволяет четко идентифицировать автора документа и гарантировать неизменность информации по пути ее следования. Электронная подпись выполняет функции собственноручной подписи. Она может использоваться для того, чтобы подтвердить получателю сообщения, что это сообщение пришло именно от того, кто назван отправителем данного сообщения («аутентичность»). Другое важное применение электронной подписи заключается в установлении того, что сообщение не подверглось фальсификации («целостность»). По этим причинам закон Республики Молдова об электронной торговле определил, что в число обязательных условий электронного договора входит положения о порядке применения цифровой подписи, которая придает электронному договору юридическую силу. Электронная подпись – это совокупность данных в электронной форме, которые безошибочно ассоциируются с каким-либо электронным документом, т.е. это содержание на магнитном, а не на бумажном носителе, позволяющее идентифицировать его автора. Электронно-цифровая подпись представляет собой набор символов, который генерируется по специальному алгоритму в результате «смешивания» текста документа и личного кода подписывающего документ лица. Таким образом, электронно-цифровая подпись неразрывно связывает конкретный электронный документ с конкретным лицом, с кодом известным только ему. Если изменить документ, подписанный электронно-цифровой подписью, т.е. заменить в нем хотя бы один символ, то подпись не будет совпадать. При этом стойкость к подделке у электронной подписи гораздо выше, чем у собственноручной. Закон РМ об электронном документе и цифровой подписи установил, что цифровая подпись – неотъемлемая часть электронного документа, полученная в результате его криптографической трансформации с помощью закрытого ключа (закрытый ключ – уникальная цифровая последовательность, сформированная средствами

цифровой подписи), используемого для подтверждения достоверности электронного документа²⁷⁵.

Составителем электронного документа является владелец сертификата открытого ключа, создавший электронный документ и подписавший его цифровой подписью. В Молдове создан корневой государственный Центр сертификации, который оказывает услуги по сертификации открытых ключей. Для создания электронной подписи используются два различных, но связанных друг с другом ключа, один из которых служит для блокирования документа, а другой – для его разблокирования. Каждый из этих ключей – большое число с особыми математическими свойствами. Закрытый ключ (который известен только его владельцу) используется в качестве замка, с помощью которого данные преобразуются. Преобразованные данные представляют собой электронную подпись, подлинность которой может быть установлена путем ее разблокирования с помощью открытого ключа лица, поставившего эту подпись. Любое лицо, имеющее доступ к открытому ключу, может установить подлинность этой подписи, таким образом удостоверившись в том, что она была поставлена кем-то, имевшим доступ к закрытому ключу, а также в том, что содержание документа не было изменено. Криптография (тайнопись) с открытым ключом также может быть использована для сохранения тайны переписки: в этом случае ключи используются обратным образом. Лицу, посылающему сообщение, следует использовать открытый ключ предполагаемого получателя для блокирования сообщения. Теперь только соответствующий закрытый ключ может быть применен для разблокирования этого сообщения. Только его должен применить предполагаемый получатель для прочтения сообщения. Третья сторона не сможет прочесть сообщения, не имея доступа к закрытому ключу предполагаемого получателя.

Цифровая подпись юридически равнозначна собственноручной подписи в документе на бумажном носителе при условии:

²⁷⁵ Закон РМ от 15 июля 2004 г. N 264-XV "Об электронном документе и цифровой подписи" // Monitorul oficial al Republicii Moldova. 2004. N 132 - 137.

а) подлинности цифровой подписи, подтвержденной сертифицированными средствами цифровой подписи;

б) действительности на момент подписания электронного документа сертификата открытого ключа, составленного и выданного в установленном законодательством порядке. Цифровая подпись признается равной по юридической силе собственноручной подписи в документе на бумажном носителе, заверенной печатью при наличии полномочий на использование печати. Электронная подпись применяется не только в электронных договорах, но и в других электронных документах.

Законодательство Молдовы гласит, что электронный документ, соответствующий требованиям закона, признается равным по юридической силе с аналогичным документом на бумажном носителе, заверенным собственноручной подписью. Если в законодательстве требуется, чтобы документ был оформлен письменно либо представлен в письменной форме, то электронный документ считается соответствующим этому требованию. Если согласно законодательству требуется, чтобы документ на бумажном носителе был заверен печатью, то электронный документ не требует такого заверения. Электронный документ признается доказательством, равным по своей значимости письменным доказательствам. Использование электронного документа в качестве доказательства не может быть запрещено по причине его электронной формы. Отметим, что во многих странах, в том числе и в Республике Молдова, существует система отправки налоговых деклараций, отчетов и иных бухгалтерских документов с помощью электронных документов, что предопределяет неизбежность увеличения их использования в бизнес-практике.

В заключение отметим, что электронная торговля и электронные договоры в Молдове еще не получили широкого применения.

Проведенный Правительством Республики Молдова **SWOT-анализ**²⁷⁶ выявил следующие преимущества, недостатки, возможности и угрозы в процессе развития информационного общества в Республике Молдова:

²⁷⁶ Национальная стратегия развития информационного общества «Цифровая Молдова 2020». Приложение № 1 к Постановлению Правительства № 857 от 31 октября 2013 г.

ИНФРАСТРУКТУРА И ДОСТУП

Преимущества (сильные стороны)	Недостатки (слабые стороны)
1) Высокая скорость доступа к сети Интернет	1) Разрыв в плане доступа между городской и сельской местностью
2) Высокий технологический уровень и высокая степень доступности услуг мобильной связи	2) Широкополосный доступ не реализован на необходимой скорости на всей территории
3) Относительно высокий уровень развития инфраструктуры электронной связи	3) Высокая стоимость в расчете ВВП на душу населения
4) Правовые рамки в области электронной связи приведены, в значительной степени, в соответствие с европейскими	4) Низкий уровень использования возможностей существующих инфраструктур электронной связи (избыточная инфраструктура в некоторых населенных пунктах)
5) Наличие ведомственных регулирующих норм и растущих способностей в области регулирования	5) Низкий уровень конкуренции на уровне локальных узлов и в сфере услуг доступа к широкополосным узлам/подузлам с медными линиями связи
6) Наличие конкуренции в области мобильной связи и Интернета	6) Отсутствие виртуальных мобильных операторов
7) Благоприятное географическое положение Республики Молдова	7) Неиспользованные возможности транзита через территорию страны (MVNO-Mobile Virtuel Network)
8) Сегмент мобильной связи и доступа к сети Интернет развивается достаточно динамично, а большинство фиксированных Интернет-соединений осуществляется посредством широкополосных технологий	8) Ограниченный доступ (в частности, по причине стоимости) к сопутствующей инфраструктуре (в частности, к кабельной канализации) исторического оператора
	9) Недостаточное разделение сопутствующей инфраструктуры

	<p>(столбы, кабельная канализация и т.д.)</p> <p>10) Устаревшие нормы в области строительства для прокладки сетей электронной связи</p> <p>11) Ограниченный доступ к сопутствующей инфраструктуре и локальным сетям, тарифы на подключение не ориентированы на стоимость, несбалансированные тарифы исторического оператора</p> <p>12) Низкий уровень проникновения широкополосного Интернета по сравнению с общеевропейским показателем</p>
Возможности	Угрозы (риски)
<p>1) Усовершенствование правовых и регулирующих норм и гармонизация с положениями ЕС</p> <p>2) Стремительный рост использования Интернета в обществе (используется более чем половиной всего населения)</p> <p>3) Республика Молдова является площадкой для тестирования новых технологий в области мобильной связи</p> <p>4) Использование цифрового дивиденда</p>	<p>1) Низкий уровень ВВП</p> <p>2) Продолжающийся кризис и снижение инвестиционных возможностей</p> <p>3) Неокупаемость инвестиций в сельской местности</p> <p>4) Политические эволюции</p> <p>5) Коррупция и бюрократия</p> <p>6) Продолжающееся вмешательство политического фактора в процессы управления государственными предприятиями и учреждениями</p> <p>7) Несоблюдение Приднестровской стороной политик в области использования частотного спектра</p>

	Национальной таблицы распределения полос частот (НТРПЧ) и Национального плана нумерации (НПН)
--	---

КОНТЕНТ И УСЛУГИ

Преимущества (сильные стороны)	Недостатки (слабые стороны)
<p>1) Правительство Республики Молдова одобрило курс европейской интеграции, в том числе, приведение сектора ИКТ в соответствие с европейскими требованиями</p> <p>2) Внедрение общей платформы «М-Cloud» для системы «е-Управление», а также внедрение интероперабельной основы</p> <p>3) Инициатива Открытые правительственные данные</p> <p>4) Внедрение мобильной электронной подписи</p> <p>5) Выдача электронного удостоверения личности</p>	<p>1) Ограниченная доступность местного информационного контента и необходимых государственных приложений</p> <p>2) Недостаточное количество электронных услуг и дефицит местного цифрового контента</p> <p>3) Правовые и регулирующие рамки не в полной мере приведены в соответствие с новыми реалиями цифрового пространства</p> <p>4) Отсутствие менеджмента в области цифрового контента на протяжении жизненного цикла</p> <p>5) Интероперабельная основа ещё не функциональна</p> <p>6) Наличие единственного вида электронной подписи – цифровой</p> <p>7) Низкий уровень использования цифровой подписи</p> <p>8) Малое количество услуг с применением он-лайн платежей</p> <p>9) Недоверие населения к платежам он-лайн;</p> <p>10) Экономика Республики Молдова</p>

	<p>основана, в большей степени, на наличных платежах</p> <p>11) Отсутствие механизмов, позволяющих измерять объем местного цифрового контента</p> <p>12) Низкий уровень компетентности в области ИКТ среди служащих государственного сектора;</p> <p>13) Низкий уровень использования ИКТ населением и деловой средой</p> <p>14) Относительно малый объем рынка цифрового контента</p>
Возможности	Угрозы (риски)
<p>1) Рост уровня проникновения широкополосных соединений среди населения стимулирует рост контента;</p> <p>2) Улучшение имиджа Республики Молдова в сфере высоких технологий</p> <p>3) Использование «облачных технологий» в правительственном секторе</p> <p>4) Растущее число передовых практик на мировом уровне</p> <p>5) Возможность осуществления</p>	<p>1) Низкий уровень ВВП</p> <p>2) Продолжающийся экономический кризис и снижение объема денежных переводов, что может повлиять на возможность оплаты услуг</p> <p>3) Естественное неприятие государственными служащими изменений рабочих процессов, в том числе технологической модернизации</p> <p>4) Сотрудники органов государственного управления не осознают возможностей,</p>

сотрудничества и информирования из первоисточников (Великобритания, США, Сингапур, Южная Корея)	предоставляемых информатизацией рабочих процессов
6) Развивающаяся электронная торговля	5) Внутренний рынок электронной торговли мал и фрагментарен
7) Продвижение инструментов электронных платежей, в том числе, платежей за услуги, предоставляемые поставщиками государственных услуг	6) Рост числа преступлений в информационной среде снижает доверие пользователей
	7) Массовое использование наличных средств оплаты благоприятствует развитию теневой экономики и уклонению от уплаты налогов

НАВЫКИ И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ

Преимущества (сильные стороны)	Недостатки (слабые стороны)
1) Относительно высокое соотношение рабочей силы, занятой в наукоемкой отрасли	1) Низкий уровень цифровой компетентности населения
2) Наличие большого числа выпускников ИКТ университетов	2) Выпускники учебных заведений не обладают необходимыми практическими навыками для деятельности в информационном обществе
3) Многоязычные человеческие ресурсы с высоким уровнем подготовки	3) Недостаток квалифицированных кадров в области ИКТ в школах
	4) Недостаток образовательного программного обеспечения в учебных заведениях
	5) Низкий уровень использования программного обеспечения с открытым кодом
	6) Устаревшие учебные программы в области ИКТ и отсутствие

	<p>институционального процесса периодической актуализации</p> <p>7) Классификатор областей профессиональной подготовки кадров в высших учебных заведениях и Перечень квалификаций не в состоянии обеспечить спрос, существующий на рынке</p> <p>8) Отсутствие нормативно-правовой базы для дистанционного обучения</p> <p>9) Низкий уровень компетенции в области ИКТ сотрудников государственных учреждений;</p> <p>10) Отсутствие четкой формулировки в нормативных актах относительно требований к знаниям в области ИКТ, предъявляемым при трудоустройстве в государственное учреждение;</p> <p>11) Низкий уровень использования ИКТ населением и деловой средой</p> <p>12) Отсутствие механизмов мотивации преподавательского состава в общеобразовательных учебных заведениях, профессионально-технических учебных заведениях и в университетах относительно широкого применения средств ИКТ в процессе преподавания-обучения-</p>
--	--

	оценки
Возможности	Угрозы (риски)
1) Предрасположенность оказания помощи (в том числе финансовой) со стороны международных финансовых организаций 2) Международные стипендии доступны для одаренных молодых людей 3) Возможности сотрудничества и обучения в самых развитых с точки зрения использования ИКТ и электронного управления странах (Великобритания, США, Сингапур, Южная Корея)	1) Низкий уровень ВВП 2) Эмиграция рабочей силы и высококвалифицированных кадров 3) Проявления коррупции в системе образования 4) Трудности в экономическом развитии страны

Неразвитый локальный цифровой контент и низкий уровень доступности электронных услуг

Согласно результатам ежегодного национального опроса 2012 года «Восприятие, ассимиляция и поддержка со стороны населения «е-Преобразования управления», проведенного в ноябре 2012 года институтом публичных политик и Magenta по заказу Центра электронного управления, 16% пользователей практикуют электронную торговлю, 8% пользуются банковскими Интернет-услугами. Около 63% пользователей скачивают цифровой контент, 33% используют Интернет для образовательных целей, 16% приобретают или заказывают услуги, предоставляемые частными структурами, и посещают веб-страницы центральных органов власти, в то время как только 1% из 20% используют Интернет для доступа к государственным электронным услугам

(данные представлены из Национальной стратегии развития информационного общества «Цифровая Молдова 2020».)²⁷⁷.

Несмотря на то, что 37,7% пользователей Интернета в стране осуществляют покупки он-лайн²⁷⁸, такого рода покупки осуществляются в основном из-за границы, а электронная торговля в Республике Молдова еще слабо развита по причине небольшого числа услуг, которые принимают он-лайн платежи, даже при наличии технологической инфраструктуры. В то же время, часть популярных иностранных порталов электронной торговли не признают включение Республики Молдова в список стран, от которых принимаются он-лайн платежи, отправление товаров и даже программного обеспечения он-лайн²⁷⁹. Республика Молдова продолжает оставаться экономикой, основанной на наличных платежах (*преимущественно, карты, выданные банками Республики Молдова используются для снятия наличности – 87% от общего числа владельцев карт, 95,7% от общего числа операций, осуществляемых в Республике Молдова*)²⁸⁰. Согласно оценке Всемирного банка, самым большим препятствием для электронных платежей является отсутствие доверия и понимания со стороны большей части населения.²⁸¹

Несмотря на это, отмечается рост числа электронных магазинов, внедряются инструменты электронных он-лайн платежей, был принят Закон № 114 от 18 мая 2012 г. «О платежных услугах и электронных деньгах». Целый ряд банков внедрил механизмы оплаты услуг через Интернет, продажи авиабилетов, скидочных ваучеров, книг и т.д.²⁸² В августе 2012 года было официально объявлено о включении Республики Молдова в состав группы Еуропа II, что позволило убрать ранее существующие ограничения и начать осуществление не только денежных переводов, но и приема платежей. Таким образом, граждане Республики Молдова смогут делать покупки в он-лайн магазинах²⁸³.

²⁷⁷ Национальная стратегия развития информационного общества «Цифровая Молдова 2020». Приложение № 1 к Постановлению Правительства № 857 от 31 октября 2013 г.

²⁷⁸ Исследование Gemius, август 2012 г.

²⁷⁹ Например: www.acrobat.com не принимает онлайн-платежи для Республики Молдова

²⁸⁰ www.bnm.org/md/payment_system, BNM, 2011 г.

²⁸¹ Проект помощи FIRST. Модернизация системы платежей: Доклад об оценке и План действий касающихся розничных электронных платежей, май 2012 г.

²⁸² <http://www.maib.md/ro/news/42940/> от 1 ноября 2012 г.

²⁸³ <http://totul.md/ro/expertitem/1122.html>, данные от 1 ноября 2012

Мировая практика показывает быстрый рост использования электронной торговли и электронных договоров (в западных странах электронный документооборот применяют до 70% компаний), что оставляет надежду на увеличение электронной торговли и электронного документооборота и в Молдове.

Со временем электронный документооборот полностью вытеснит бумажный, поскольку электронная коммерция предоставляет предпринимателям целый ряд преимуществ – ведет к снижению коммуникационных расходов, к сокращению времени продажи, к расширению связей с иностранными партнерами и к росту количества и сумм сделок, позволяет значительно повысить эффективность деловых процессов.

Право на имя в юрисдикциях континентальной системы права

Бондарева А. А.

Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: bondareva_aa@pfur.ru

В статье рассматривается право автора на имя в различных юрисдикциях стран континентальной правовой семьи, отмечаются определенные его особенности.

Ключевые слова: авторские права, личные неимущественные права автора, право на имя.

Право на имя – одно из личных неимущественных прав авторов произведений. В разных странах континентальной правовой семьи это право имеет свои особенности.

В России право автора на имя подразумевает право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, то есть анонимно.²⁸⁴

В Германии помимо закрепления права автора на признание своего авторства отдельно оговаривается, что автор вправе решить, будет ли произведение использоваться под его именем, а также определяется способ указания атрибуции. Итальянский Гражданский кодекс (арт. 7 и 9) — в числе правомочий, которые включает в себя право на имя, также прямо называет возможность пользоваться псевдонимом или обнародовать свои произведения анонимно.

Во Франции право автора на имя понимается как «право на уважение своего имени и своего авторства».²⁸⁵ Во французской юридической науке никогда не возникало сомнения в том, что право на уважение имени включает в себя право требовать как указания издателем своего имени, вымышленного или подлинного, так и анонимного обнародования произведения. Косвенно, впрочем, это вытекает из ст. 111-1 Кодекса интеллектуальной собственности Франции, закрепляющей всю совокупность авторских прав за авторами, которые предпочли скрыть своё подлинное имя.

²⁸⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 5, Пленума ВАС РФ N 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²⁸⁵ Кодекс интеллектуальной собственности Франции, ст. 123 — 3

Представляется интересным вопрос о границах осуществления права автора на имя в странах континентальной правовой семьи, ответ на который содержится в судебной практике. Простирается ли право требовать того или другого варианта указания авторства (или настаивать на анонимности) на тот этап правоотношения между автором и правоприобретателем, который наступает после обнаружения произведения, если способ осуществления права автором не был определён в договоре?

Французская судебная практика считает, что осуществление права на имя вступает в этом случае в конфликт с осуществлением права собственности приобретателя материального носителя. В хрестоматийном решении 1961 г. суд удовлетворил требования собственника картины известного художника Фламинка о взыскании с последнего убытков, причинённых отказом автора подтвердить свою подпись на работе, которую художник ранее продал истцу, однако впоследствии счёл недостойным своей кисти.²⁸⁶

Художник, прямо не выразивший своего волеизъявления в отношении варианта атрибуции (или отсутствия таковой) проданной работы, должен, очевидно, подразумеваться давшим своё указание на атрибуцию произведения известным приобретателю именем автора. По этой самой причине суды, удовлетворяя иски авторов в противоположной ситуации, т. е. при неуказании пользователями их имени, считают необоснованными доводы ответчиков, полагающих, что отсутствие в договоре условий о способе атрибуции будто бы освобождало их от обязанности по соблюдению права автора на имя. Представляется, что такой же подход определяет позицию французской практики и в случае споров о праве на имя в отношении опубликованных произведений.

Практика уточняет содержание права на имя и в отношении надлежащего способа выполнения пользователями корреспондирующей праву обязанности. Так, были поддержаны требования об указании имени автора, выполнившего фотографии работ известного художника для издания книги о творчестве последнего, в отношении каждого в отдельности опубликованного в книге фотопроизведения, тогда как ответчик ограничился простой констатацией факта его авторства в аннотации к изданию. Нарушение права на имя было также усмотрено и в помещении ответчиком своей визитной карточки на выставке

²⁸⁶ Cour de Paris. (19 April 1961) (Intermediate Appellate Court) J.C.P. 1961, II 12183.

дизайна книжных обложек рядом с книжными обложками, выполненных истцом. Суд признал, что в таких условиях публика могла быть введена в заблуждение относительно того, кому именно атрибутировалось авторство произведения.²⁸⁷

В то же время, в одном из германских споров суд установил, что право на атрибуцию не даёт автору возможности по своему усмотрению определять размер и стиль шрифта, которым должно быть набрано его имя на созданном им рекламном плакате, а также требовать указания каких-либо сведений о себе сверх тех, что позволяют безошибочно его идентифицировать.²⁸⁸ Итальянский кодекс интеллектуальной собственности (ст. 54) имя автора и название произведения должны передаваться в эфир одновременно.

Что же касается отказа от осуществления права на имя, то французская доктрина это допускает. Отказ проявляется в виде взятого автором обязательства воздерживаться от требований об указании своего имени или об указании своего имени избранным им способом. Однако автор может отозвать отказ от осуществления своего права на имя в некий неопределённый, но разумный срок.

В 1966 г. французский суд не признал юридическую силу за соглашением, по которому автор отказывался от права на указание своего подлинного имени в отношении всех своих будущих произведений, часть которых перекупщик мог использовать под определённым в соглашении псевдонимом автора, а часть — вовсе без указания имени. Суд отметил, что право на имя не может быть объектом подобных сделок. Решение об отзыве отказа от осуществления права на имя, впрочем, во всех случаях влечёт присуждение в пользу контрагента убытков, причинённых ему отступлением автора от своих договорных обязательств.

²⁸⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, (9 July 1971) (Court of First Instance) D. 1972 Somm. 84. Cour.

²⁸⁸ Oberlandesgericht Munich (3 July 1967) GRUR 1969, 146; UFITA Bd. 57 S. 327 (1970) (Court of Appeal).

Правовые основания передачи спора на рассмотрение в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины

Вавренюк Д. В.

Студентка группы МЮ-503, юридического института,
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: 380501996819@yandex.ua

В статье рассматриваются основные аспекты правовых оснований передачи спора на рассмотрение в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины.

Международный коммерческий арбитраж – это способ разрешения коммерческих споров, осложнённых иностранным элементом, который возможно использовать только в случае наличия арбитражного соглашения. Положения о необходимости арбитражного соглашения содержатся непосредственно в нормативных актах органов, которые уполномочены на проведение арбитражного разбирательства. Так, в Регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 17 апреля 2007 года²⁸⁹ в статье 2 говорится, что «МКАС принимает к рассмотрению споры при наличии письменного соглашения сторон о передаче ему всех или некоторых споров, которые возникли или могут возникнуть между ними...».

Но не все споры, которые возникают при осуществлении международной коммерческой деятельности, могут быть разрешены с помощью международного коммерческого арбитража. Государства, в которых используется этот способ разрешения коммерческих споров, самостоятельно устанавливают, какие из них относятся к компетенции арбитражных учреждений и могут быть в них рассмотрены, то есть, являются «арбитрабельными». Например, такой перечень находится в Законе Украины «О

²⁸⁹ Регламент МКАС при ТПП Украины от 17.04.2007 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/rules.html>

международном коммерческом арбитраже»²⁹⁰ от 24 февраля 1994 года, статья 2 которого называет арбитрабельными споры, возникающие из договорных и иных гражданско-правовых отношений, которые возникают при осуществлении международной коммерческой деятельности, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон зарегистрировано в другом государстве. Также таковыми являются коммерческие споры с участием предприятий с иностранными инвестициями, международных объединений и организаций, созданных на территории Украины между собой, или споры между их участниками, а также споры с другими субъектами. Обязательное наличие иностранного элемента в споре можно назвать субъективной стороной арбитрабельности. Объективная сторона раскрывается в Положении о МКАС при ТПП Украины²⁹¹, где говорится, что передавать на разрешение в МКАС возможно споры, возникающие в отношениях купли-продажи (поставки) товаров, исполнения работ, оказания услуг, перевозки грузов и пассажиров, научно-технического обмена, лицензионных операций, инвестиций, страхования, общего предпринимательства и в других формах промышленной и предпринимательской кооперации. В свою очередь, перечень споров, которые могут быть переданы на рассмотрение Морской арбитражной комиссии при ТПП Украины, приведён в Положении о МАК при ТПП Украины²⁹².

Следует заметить, что перечни не являются исчерпывающими и допускают расширенного применения. В силу этого необходимо учитывать, что существует определённый круг споров, которые не могут быть решены с помощью международного коммерческого арбитража в Украине. Такие «неарбитрабельные» споры не закреплены закрытым списком, а разбросаны по разным нормативным актам. Среди них стоит отметить статью 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины от 06.11.1991 года²⁹³, где говорится, что «спор, подведомственный хозяйственным судам, может

²⁹⁰ Відомості Верховної Ради України від 21.06.1994 1994 р.- № 25. - стаття 198 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

²⁹¹ Дополнение №2 к ЗУ «О Международном коммерческом арбитраже». - Відомості Верховної Ради України від 21.06.1994 1994 р. - № 25. - стаття 198

²⁹² Дополнение №1 к ЗУ «О Международном коммерческом арбитраже». - Відомості Верховної Ради України від 21.06.1994 1994 р.- № 25. - стаття 198

²⁹³ Відомості Верховної Ради України від 11.02.1992р. - № 6.- стаття 56 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>

передаваться третейскому суду, кроме споров о признании недействительными актов, а также споров, который возникают при заключении, изменении и исполнении договоров по обеспечению государственных нужд...и споров, возникающих из корпоративных отношений между юридическим лицом и его участниками, а также между его участниками по поводу создания, деятельности, управления и прекращения деятельности юридического лица. В Положениях о МКАС при ТПП Украины и МАК при ТПП Украины говорится, что они являются «самостоятельными постоянно действующими арбитражными учреждениями (третейским судами)». Так как в статье не указано, какие именно третейские суды Украины имеются в виду, только внутренние или международный коммерческий арбитраж в том числе, этот перечень можно считать применимым в обоих случаях.

С другой стороны приведённая выше статья²⁹⁴ противоречит указанной в Законе Украины «О международном коммерческом арбитраже»²⁹⁵ возможности передавать в МКАС «коммерческие споры с участием предприятий с иностранными инвестициями, международных объединений и организаций, созданных на территории Украины между собой, или споры между их участниками, а также споры с другими субъектами». Поэтому трудно сказать, могут ли влиять положения статьи 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины на возможность рассмотрения в МКАС споров, которые по этой статье являются с субъективной стороны неарбитрабельными. Так как в Украине специальная норма имеет приоритет над общей нормой, вопрос о несоблюдении условий допустимости подобных споров к рассмотрению международным коммерческим арбитражем не возникнет.

Трудности может вызвать исполнению решения вынесенного по такому спору, так как по статье 58 Регламента МКАС при ТПП Украины²⁹⁶ за ним следует обращаться в государственные суды общей юрисдикции. Судебная же практика и Постановление пленума Верховного Суда Украины «О практике

²⁹⁴ Хозяйственный процессуальный кодекс Украины от 06.11.1991 года, статья 6

²⁹⁵ Відомості Верховної Ради України від 21.06.1994 1994 р.- № 25. - стаття 198 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

²⁹⁶ Регламент МКАС при ТПП Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/rules.html>

рассмотрения корпоративных споров» от 24.10.2008 года²⁹⁷ говорит о том, что «участники хозяйственных обществ не вправе передавать корпоративные споры, связанные с деятельностью хозяйственных обществ, зарегистрированных в Украине, международным коммерческим арбитражным судам». Следовательно, имеются определённые трудности в соотношении и сотрудничестве судов общей юрисдикции и МКАС, а также их законодательного обеспечения.

Такой признак, как арбитрабельность, является необходимым, но не единственным для спора, направляемого на рассмотрение в международный коммерческий арбитраж. Главную роль для осуществления компетенции арбитражного суда играет арбитражное соглашение, которое является свободным волеизъявлением субъектов коммерческих отношений о передаче своего спора на рассмотрение негосударственному учреждению. При этом его действительность зависит от многих факторов, в числе которых находится и арбитрабельность спора. Как уже было сказано «МКАС принимает к рассмотрению споры при наличии письменного соглашения сторон»²⁹⁸.

В пункте 5 Разъяснения Президиума Высшего хозяйственного суда Украины «О некоторых вопросах практики рассмотрения дел с участием иностранных предприятий и организаций» от 31.05.2002 года²⁹⁹ указаны виды такого соглашения: «стороны внешнеэкономического договора могут предусмотреть в нём или в отдельном соглашении (арбитражной оговорке, арбитражном условии) передачу споров на решение третейскому суду...». Обязательным условием для арбитражного соглашения является письменная форма, вариации которой приведены в Регламентах о МАК и МКАС при ТПП Украины. Статья 2³⁰⁰ Регламента МКАС при ТПП Украины признаёт заключёнными в письменной форме арбитражные соглашения, которые содержатся в документе, подписанном сторонами, или соглашения, заключённые путем переписки, или путём обмена иском заявлением и ответом на него. Отсылка в письменном соглашении на документ, в котором содержится арбитражная оговорка, так же считается арбитражным соглашением.

²⁹⁷ Вісник Верховного суду України. - 2008 р. - № 11 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>

²⁹⁸ Закон Украины «О международном коммерческом арбитраже», статья 2

²⁹⁹ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02

³⁰⁰ Регламент МКАС при ТПП Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://arb.ucci.org.ua/icac/ua/rules.html>

Наличие оснований на передачу спора в МКАС проверяет глава МКАС при принятии дела в производство³⁰¹. Если же очевидно, что иск не относится к компетенции МКАС – исковые материалы возвращаются без рассмотрения. Само арбитражное соглашение, по сути, отменяет компетенцию государственных судов на спор. Статья 8 ЗУ «О международном коммерческом арбитраже»³⁰² указывает, что если иск подан в суд общей юрисдикции по вопросу, который является предметом арбитражного соглашения, и сторона просит направить дело в арбитраж, суд обязан прекратить производство по этому делу и направить стороны в арбитраж. Исключением будет признание судом арбитражного соглашения недействительным, утратившим силу или невозможным к выполнению.

За признанием арбитражного соглашения недействительным обычно обращаются сами субъекты коммерческого спора и компетенцию признать соглашение таковым имеют как арбитражный, так и государственные суды в Украине. Анализируя украинское законодательство, можно прийти к выводу, что причины признания недействительности арбитражного соглашения не собраны в один закрытый перечень. При этом основаниями недействительности могут служить как отсутствие или нарушение правовых оснований на обращение в арбитраж, так и общие причины недействительности сделки.

Таким образом, можно прийти к выводу за время существования МКАС и МАК при ТПП Украины была проведена определённая работа по регламентации правовых оснований на обращение в международный коммерческий арбитраж и составных элементов такого обращения, в частности закрепления формы и видов арбитражного соглашения, оснований его действительности и т.д. Но при этом существуют коллизии в законодательных актах, и часто встречается неопределённость в вопросах достаточно важных для арбитражного разбирательства. Необходимо и дальше совершенствовать нормы, касающиеся подведомственности споров и разграничения компетенции между государственными судами и арбитражными учреждениями.

³⁰¹ Регламент МКАС при ТПП Украины, статья 2

³⁰² Відомості Верховної Ради України від 21.06.1994 1994 р.- № 25. - стаття 198 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>

Способы разрешения предпринимательских споров в Великобритании

Виноградова А. В.

Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
e-mail: nastya4735@yandex.ru

На данный момент любые разногласия между субъектами предпринимательской деятельности очень легко могут преобразоваться в споры. В основном, участники спора не могут самостоятельно разрешить конфликт и обращаются в специальные органы, наделенные соответствующей компетенцией.

Ключевые слова: государственные суды, альтернативные способы разрешения споров, арбитраж, онлайн-разрешение, арбитражное соглашение, посредник, Лондонский Международный арбитражный суд, медиатор, платформа ОДР.

Основными способами разрешения споров в области предпринимательской деятельности являются:

- 1) разрешение дела в государственных судах Англии (litigation);
- 2) рассмотрение спора в рамках арбитражного производства (arbitration);
- 3) альтернативное разрешение споров (alternative dispute resolution);
- 4) разрешение споров онлайн (online alternative dispute resolution).

В рамках разрешения споров в *государственных судах* Великобритании действуют источники, которые были приведены в систему английскими авторами. Это, прежде всего, законодательство (акты представительных органов и подзаконные), прецеденты (общего права и права справедливости), обычаи (общие, торговые, местные), доктринальные источники.

Статуты - это акты, утвержденные парламентом высшей юридической силы, которые безоговорочно применяются судами. Но среди них нет гражданского процессуального кодекса. Они делятся на три группы.

Первая содержит акты, регулирующие преимущественно организацию и частично деятельность отдельных звеньев системы органов юстиции. Это законы о Верховном суде (Supreme Court Act) 1981 г.³⁰³, о судах (Court Act) 1971 г.³⁰⁴, и другие.

³⁰³ Supreme Court Act 1981// [Legislation.gov.uk is the official place of publication for newly enacted legislation// http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/54-55/53/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/54-55/53/contents)

³⁰⁴ Court Act 1971// [Legislation.gov.uk is the official place of publication for newly enacted legislation// http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/23/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/23/contents)

Вторая группа составляет статуты, посвященные доказательствам и доказыванию. Это закон о доказательствах в гражданском судопроизводстве (Civil Evidence Act) 1995 г.³⁰⁵

Третья группа объединяет статуты, где есть какие-либо отдельные правила гражданского судопроизводства, например закон об отправлении правосудия (Administration of Justice Act) 1985 г.³⁰⁶

Помимо этого, на сегодняшний день существуют практические директивы (practice directions), многочисленные предписания (regulations), приказы (orders), которые включают, предусмотренные для юристов и других участников процесса, инструкции об унифицированном применении процедурных правил. К примеру, распоряжения лорда-канцлера регулируют ряд вопросов, касающихся отбора присяжных заседателей, оказания льготной юридической помощи беднякам, подачи и рассмотрения апелляционных жалоб.

Основным источником, который устанавливает порядок рассмотрения и разрешения дел в Высоком суде и судах графств являются Правила гражданского судопроизводства 1998 г. (Civil Procedure Rules)³⁰⁷. Документ является основным итогом процессуальной деятельности, конкретным механизмом реализации их базовых положений в сфере гражданского правосудия³⁰⁸.

До рассмотрения дела в суде, в Англии и Уэльсе предусмотрена процедура заключения досудебного соглашения³⁰⁹. Она включает в себя обмен документами и информацией о практикующих юристов и других лиц по вопросам, касающимся предстоящего судебного процесса³¹⁰. Необходимо, чтобы все спорные вопросы были установлены до передачи дела на судебное разбирательство. Данная процедура играет большую роль и влияет на исход

³⁰⁵ Civil Evidence Act 1995 // [Legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/38/contents) is the official place of publication for newly enacted legislation// <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/38/contents>

³⁰⁶ Administration of Justice Act 1985 // [Legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/61/contents) is the official place of publication for newly enacted legislation// <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/61/contents>

³⁰⁷ Civil Procedure Rules 1998 // [Legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made) is the official place of publication for newly enacted legislation // <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made>

³⁰⁸ Gladwell D. Modern Litigation Culture: The First Six Months of the Civil Justice Reform in England and Wales // *Civil Justice Quarterly* Vol.19. L., 2000. January. P.9.

³⁰⁹ "Правосудие в современном мире: Монография под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой "Норма", "Инфра-М", 2012 // СПС «КонсультантПлюс»

³¹⁰ Кудрявцева Е.В. Гражданское судопроизводство Англии. М., 2008. С. 60.

дела, поскольку некоторая часть исковых заявлений разрешается на досудебной стадии. А также она сокращает судебные расходы, которые несут стороны.

Что касается начала производства по делу, то этим моментом является дата регистрации, то есть выпуск судебной канцелярией искового заявления. На стадии подготовки дела к разбирательству, осуществляется помощь конфликтующим субъектам выяснить преимущества и недостатки правовых позиций - своей и противника, максимально исключить опасность возникновения существенных неожиданностей на предстоящем заседании, найти, закрепить или сохранить доказательственные материалы для их использования в ходе дальнейшего рассмотрения дела³¹¹.

Своеобразие английского гражданского процесса заключается в том, что для урегулирования споров на ранних этапах гражданское дело подвергается тщательному изучению на подготовительной стадии процесса. Это дает возможность считать стадию подготовки дела к судебному разбирательству основной стадией процесса, поскольку до стадии судебного разбирательства в Англии, как отмечалось ранее, доходит лишь небольшое количество инициированных дел. Согласно регулярно публикуемым данным, подавляющее большинство гражданских дел (94%) завершается без формального судебного разбирательства с вынесением полноценного решения.

Арбитраж. Следующей формой разрешения предпринимательских споров является *арбитраж*. Это частный и конфиденциальный процесс, в рамках которого независимый арбитр выносит окончательное и обязательное решение в отношении спора. Источниками регулирования процедуры арбитража является Закон об арбитраже 1996 года (Arbitration Act 1996)³¹², соглашения между сторонами спора, а также арбитражные правила Международного арбитражного суда Лондона. В рамках данного процесса заключается арбитражное соглашение, которое означает соглашение между сторонами спора о передаче возникших или, которые возникнут в будущем определенных или всех споров, в

³¹¹ Айриян К.С. Подготовка дел к разбирательству в английском суде: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1989.

³¹² Arbitration Act 1996 // Legislation.gov.uk is the official place of publication for newly enacted legislation// <http://www.legislation.gov.uk/1996/23/contents>

связи с конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный порядок или нет.

Лондонский Международный арбитражный суд (the London Court of International Arbitration (LCIA)) является одним из ведущих в мире международных институтов для разрешения коммерческих споров. Он обеспечивает эффективное и беспристрастное осуществление арбитража, а также процедур АDR, независимо от местонахождения сторон.

Альтернативные способы разрешения споров. В качестве замены традиционному судопроизводству выступают альтернативные способы разрешения споров (ADR). Они обычно включают нейтральную третью сторону, которая пытается урегулировать, возникший между сторонами, спор. Существует три основных способов альтернативного разрешения: квази-суд (adjudication), арбитраж (arbitration), медиация (mediation). Их главными преимуществами являются то, что они выступают альтернативой обычному производству, которое, в настоящее время является не дешевым, медленным и порой не эффективным процессом.

Квази-суд обычно рассматривает споры, связанные со строительством. Рассмотрение спора в квази-суде допускает участие нейтральной третьей стороны, которая выносит решение по спорному вопросу, обычно связанному с толкованием положения договора. Приоритетом для сторон является быстрота вынесения решения. Но, конечно, наиболее важно, чтобы оно было справедливым. В Англии и Уэльсе стороны вправе подать на пересмотр решения, вынесенного квази-судом. Это означает, что такое решение будет обязательным до тех пор, пока спор не будет разрешен в суде, в арбитраже, путем соглашения или другими способами, в зависимости от конкретного случая. В подобных ситуациях, появляется ненужный дополнительный уровень разрешения спора. Поэтому, преимуществом квази-судебного рассмотрения является то, что, в случае, если срок исполнения обязательства является существенным условием договора, существует возможность сохранения денежных средств и поддержания на должном уровне строительный объект.

Медиация. В отличие от судебного разбирательства и арбитража, медиация это процесс, посредством которого стороны в споре стремятся принять взаимоприемлемое решение в споре, а не то решение, которое навязывают им. Медиатор, нейтральная третья сторона, обладающая определенной квалификацией и подготовкой в этой области, выполняет роль, которая включает в себя содействие конструктивному диалогу между сторонами, помогая им реально оценить свои позиции, и оказывает им помощь в достижении решения по делу. В отличие от квази-судебного производства, процесс медиации в Англии и Уэльсе не устанавливается законом, что является важным фактором для медиатора и участников спора, которые могут согласовывать сферу применения и формат разбирательства³¹³. Медиатор и стороны должны подписать «Соглашение о медиации», в котором прописываются определенные условия.

Еще одним видом разрешения споров является **онлайн разрешение споров** (Online Dispute Resolution (ODR)) - это метод разрешения споров, с применением интернет-технологий. Данный способ рассматривается как онлайн - эквивалент альтернативному разрешению споров. Онлайн разрешение споров или ODR – это способ, при котором споры обрабатываются, посредством переговоров, медиации, примирения и арбитража, с помощью сети Интернет. Он предоставляет возможность сторонам быстро и эффективно разрешить спор. Существуют несколько процедур, применимые при ODR. Это онлайн арбитраж и онлайн альтернативное разрешение спора.

Наиболее распространенные процедуры урегулирования споров посредством использования информационных и коммуникационных технологий это электронные переговоры (electronic negotiation), **онлайн переговоры** (online negotiation), киберпереговоры ("cyber-negotiation") - непосредственное урегулирование сторонами разногласий, которое не предусматривает участие нейтрального лица в достижении взаимовыгодного соглашения. Другой разновидностью процедур электронного разрешения споров - **электронное**

³¹³ Ивановская Н.В. МЕДИАЦИЯ В АНГЛИИ И УЭЛЬСЕ // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. - № 1. - 2013. С. 130-135.

посредничество (electronic mediation), онлайн медиация (online mediation), киберпосредничество (cyber mediation) - урегулирование споров посредством достижения взаимовыгодного соглашения, предусматривающее содействие нейтрального лица. По сути онлайн медиация равна традиционной, особенность состоит лишь в коммуникационном элементе.

Правовые инструменты обеспечения исполнения судебного решения

Дорджи-Горяева А.С.

Студент-бакалавр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: almasha1994@gmail.com

В статье рассматриваются основные меры обеспечения исполнения принятого судебного решения. К ним относятся временное ограничение на выезд за пределы РФ, а также исполнительский сбор, судебные штрафы и новый французский институт *astreinte*.

Ключевые слова: исполнительное производство, судебные штрафы, исполнительский сбор, обеспечение исполнения судебного решения, *астрент*, *astreinte*, проценты за пользование чужими денежными средствами.

Гражданско-правовой спор не заканчивается процессом рассмотрения и разрешением этого спора, т.е. судебный процессом, за ним следует стадия исполнительного производства. В ней осуществляется исполнения вступивших, а также в отдельных случаях немедленного исполнения, не вступивших в законную силу решений. Данная стадия реализуется с помощью службы судебных приставов, в случаях, когда решения не исполняются лицом добровольно. Профессор Треушников М.К. определяет исполнительное производство, как установленный законом порядок принудительной реализации актов юрисдикционных органов, имеющий своей целью обеспечение реальной защиты нарушенных или оспоренных субъективных материальных прав или охраняемых законом интересов³¹⁴. Для урегулирования процесса исполнения решений был принят Федеральный закон «Об исполнительном производстве»³¹⁵.

В силу определенных факторов исполнение решений затягивается и делает данный процесс продолжительным, например, когда должник уклоняется от уплаты долга. Так, законодатель обеспечил правовой защитой взыскателя, приняв определенные меры воздействия на должника для более быстрого исполнения им обязательств. Данными мерами пользуется, как правило, судебный пристав, как лицо, наделенное соответствующими полномочиями.

³¹⁴ Треушников М.К. Гражданский процесс: Учебник. 2-е издание., перераб. и доп. – М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2007 – с. 581.

³¹⁵ Федеральный закон от 02.10.2007 N 229-ФЗ "Об исполнительном производстве" // "Собрание законодательства РФ", 08.10.2007, N 41, ст. 4849

Судебному приставу необходимо выбрать наиболее подходящую меру принуждения для мотивации конкретного должника исполнить предписанное судом требование.

Так, условно можно разделить средства борьбы с неисполнением актов судебной власти на три меры. Это меры ответственности за нарушение законодательства об исполнительном производстве, меры принудительного исполнения и стимулирующие меры³¹⁶. Последние будут подробно рассмотрены в данной статье.

Стимулирующие меры характерны тем, что они носят превентивный характер, то есть направлены на мотивацию должника к выполнению требований судебного акта до его нарушения, чтобы у него не возникало желания или выгоды от неисполнения решения.

В главе 7 ФЗ «Об исполнительном производстве», указаны перечень исполнительных действий, которые совершаются судебным приставом и направлены на создание условий, при которых должнику необходимо своевременно и правильно исполнить требование. В этом перечне закреплены такие действия как установление временного ограничения на выезд должника из Российской Федерации, а также ограничение на пользование специальным правом, предоставленное должнику. Данные меры ограничивают личные права должника, и косвенно понуждают его к добровольному и немедленному исполнению.

Следующей мерой является закрепленное в главе 15 ФЗ «Об исполнительном производстве» – исполнительский сбор. Он представляет собой денежное взыскание, налагаемое на должника в случае неисполнения им исполнительного документа в срок, установленный для добровольного исполнения исполнительного документа, а также в случае неисполнения им исполнительного документа, подлежащего немедленному исполнению, в течение суток с момента получения копии постановления судебного пристава-исполнителя о возбуждении исполнительного производства³¹⁷. Таким образом,

³¹⁶ Мирошниченко А.А. Средства принуждения должника к исполнению судебных актов. // Арбитражный и гражданский процесс – 2013 - № 2 – С.48

³¹⁷ « Об исполнительном производстве»: федеральный закон от 02.10.2007 №229-ФЗ.// Собр. Законодательства РФ – 2007- № 41 – С.4849.

данное действие носит характер финансовой санкции налагаемой на должника за несвоевременное исполнение им требования, в установленный судебным приставом срок.

Еще одной из стимулирующих мер можно назвать также судебные штрафы. Они закреплены в Арбитражном процессуальном кодексе, в статье 332, указывающая на ответственность за неисполнение судебного акта³¹⁸. Неисполнение требований лицами влечет наложение на него штрафа. Вопрос о штрафе рассматривается по заявлению либо взыскателя, либо судебного пристава. В главе 11 АПК установлены их размеры, так на физическое лицо может быть взыскан штраф в размере не превышающий 2500 рублей, а на должностных лиц – не более 5000рублей, на организации – не более 100000рублей. Данные штрафы взыскиваются в доход государства. Причина, по которой штрафы можно отнести к стимулирующим мерам состоит в том, что ответчик (должник) под страхом выплаты еще одной суммы, должен будет исполнить судебное решение в срок. Другой стороны, вызывает вопрос эффективность данной меры, размеры, которых эти штрафы не могут превышать, не внушают тревоги и поэтому не решают проблему исполнимости.

В Арбитражном процессуальном кодексе предусмотрена индексация присужденной суммы. Она защищает интересы взыскателя и тем самым не дает возможности должнику уклонения от исполнения. Но минусом является то, что она ограничена в применении предусмотренными законом или договором случаям, поэтому на практике суды применяют редко.

В апреле 2014 года Пленум ВАС РФ принял постановление³¹⁹, в котором разъяснял вопросы взыскания денежных средств за неисполнение судебного акта. Целью данного постановления является защита финансового интереса взыскателя и обеспечение своевременного исполнения судебного акта. В нем нашли разъяснение возможные способы компенсации потенциальных потерь взыскателю от неисполнения судебного решения. Первым методом является обращение с иском о взыскании процентов за пользование чужими денежными

³¹⁸ Арбитражный процессуальный кодекс РФ: федеральный закон от 24.07.2002 №95-ФЗ (в ред. от 30.12.2015)// Собр. Законодательства РФ – 2002 - № 30 – С.3012; // Собр. законодательства РФ – 2015 – ст. 119.

³¹⁹ Постановление Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 N 22, (ред. от 23.06.2015) "О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта"// "Вестник ВАС РФ". – 2014 - №6.

средствами³²⁰. Согласно пункту 2 указанного Постановления, суд с целью обеспечения своего решения, удовлетворяет заявление о взыскании денежных средств и тем самым присуждает истцу проценты за пользование чужими денежными средствами с момента вступления решения в законную силу и до его фактического исполнения.

В следующем пункте Пленум закрепляет еще не закрепленный в российском праве на тот момент, французский институт - астрент. Он представляет собой денежную сумму, налагаемую в дополнение к основному обязательству, за каждый день просрочки исполнения судебного решения. Астрент направлен на мотивацию должника к быстрому исполнению вынесенного судебного решения. Суть его заключается в том, что судья устанавливает размер данного штрафа исходя из принципов соразмерности, справедливости, т.е. исполнение требования для должника должно быть наиболее выгодным, чем его неисполнение. Отличием астрента от судебного штрафа является то, что сумма отчислений идет лично взыскателю, а не в доход государства, как в случае с судебными штрафами.

Как уже было ранее отмечено, на законодательном уровне астрент не был закреплен, но позже был принят федеральный закон от 08.03.2015 N 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации", в котором был окончательно принят астрент в статье 308.3. ГК РФ³²¹. Согласно данной статье у кредитора появляется возможность требовать по суду исполнения обязательства в натуре. Суд, в свою очередь, присуждает в его пользу денежную сумму на случай неисполнения судебного акта.

Таким образом, исходя из законодательно закрепленных мер стимулирования должника к исполнению требований суда, стоит отметить, что существующие меры максимально направлены на своевременное исполнение решений, но вопрос об эффективности все же является актуальным. Это объясняется несколькими факторами, первое – недобросовестность самих должников, которые просчитывают выгоду от своего нарушения и соотносят его

³²⁰ Бычков А.Р. Как добиться от ответчика своевременного исполнения решения суда.// Ваш партнер – консультант – 2015 - № 11 – с.24

³²¹ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации": федеральный закон от 08.03.2015 N 42//Собр.законодательства РФ – 2015 - №10 - Ст.1412.

с возможными негативными последствиями, либо те, которые просто не способны финансово исполнить обязательства, второй фактор связан с недействительностью самих принятых мер. Так, размеры штрафа за неисполнение являются малозначительными и не смогут повлиять на лицо должным образом. Из всех представленных мер, самыми значимыми, по нашему мнению, являются установление процентов за использование чужими денежными средствами и астрент. Так как они, во-первых, устанавливаются в пользу кредитора, и во-вторых, необходимо отметить, что проценты за использование чужими денежными средствами начисляются за денежные обязательства, тогда как астрент за неденежные, и последнее, расчет конечной суммы, которую необходимо будет выплатить должнику устанавливает сам судья, тем самым, предотвращая недобросовестные действия должников.

Альтернативные способы урегулирования споров в Китайской Народной Республике

Дудов К. О.

Студент 3 курса Юридического института Российского университета дружбы народов Адрес: улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198 e-mail: dudov8@yandex.ru

В данной статье рассматриваются альтернативные способы разрешения споров в Китайской Народной Республике.

Ключевые слова: альтернативное урегулирование споров, медиация, посредничество, Китай, гражданский процесс.

Судебная система Китая несовершенна в плане того, что она перегружена политическими факторами. Также следует отметить, что китайские судьи могут не иметь вообще юридического образования или же их подготовка в какой-либо сфере не соответствует международным стандартам. Рассмотрение экономических споров является очень затяжным и требующим большого количества времени процессом. При разрешении данных споров некоторые судьи всегда стараются отложить то или иное дело под разными предлогами. Всему этому есть одно объяснение – это юридическая безграмотность всего населения КНР. Например, в Китае до сих пор существует практика скрепления договоров и судебных решений отпечатками пальцев на документах. Ввиду вышеперечисленных причин, народ предпочитает использовать несколько иную практику, обходя судебные инстанции, для разрешения своих споров.

Менталитет китайской нации в большей степени зависит от влияния конфуцианства. Согласно его идеям человек не должен настаивать на своих нравах, ввиду того, что каждый должен стремиться к согласию и забывать о себе в интересах всех остальных. Согласно сложившейся в Китае практике конкретное разрешение спора должно отвечать справедливым и гуманным чувствам.³²² Поэтому мы можем сделать вывод о том, что урегулирование споров в досудебном порядке в Китае является преимущественным.

В Китае существуют следующие способы альтернативного разрешения споров:

³²² Сухарев А.Я. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Отв. ред. А.Я. Сухарев. М.: Наука, 2000. С. 319

- разрешение споров в арбитражном (третейском) суде;
- примирение в суде (судебная медиация);
- народное посредничество (медиация);
- медиация, проводимая в рамках арбитражного разбирательства ;
- медиация, проводимая профессиональными организациями (коммерческая медиация).

Рассматривая каждый из этих видов разрешения споров, мы можем видеть, что каждый из них содержит определенную особенность. Для начала следует отметить, что медиация - это урегулирование спора с помощью нейтрального лица, медиатора, оказывающего содействие в урегулировании спора. В доктрине мы можем заметить, что все способы (кроме рассмотрения дел в арбитражном суде) именуется как «медиация».³²³ Именно данный способ является определяющим в Китайской Народной Республике.

Примирение в суде (судебная медиация).

Проведение данной процедуры возможно при рассмотрении гражданских дел, уголовных дел, а также экономических споров. Данный вид является добровольным, однако, существуют некоторые случаи, при которых он обязателен, например спор об уплате алиментов. При достижении соглашения, судья составляет мировое соглашение, где указывает предмет исковых требований, факты по делу, а также результаты примирения. В случае, если не было достигнуто согласие, то спор рассматривается по существу. Также мировое соглашение не обязательно для отдельных категорий споров. Для данных категорий достаточно лишь достижения сторонами согласия.

Народное посредничество (примирение).

В соответствии с Конституцией КНР комитеты городского или сельского населения имеют полномочия по созданию народных примирительных комиссий. Целью создания данных комиссий является урегулирование споров. Данное разбирательство осуществляется на безвозмездной основе, однако государство обязывает обеспечивать деятельность комиссий и всячески

³²³ П. Чан. Коммерческая медиация в современном Китае: общий обзор//. Коммерческая медиация: теория и практика: сборник статей // под.ред. С.К.Загайновой, В.О. Оболюнина. Москва.: Инфотропик Медиа, 2012. С.50-68.

поощрять их работу. Задачей комиссий является побуждение сторон спора к заключению мирового соглашения. В ходе примирения народные примирители должны установить все факты и достигнуть согласия сторон по поводу возникшего спора. Результат процедуры примирения фиксируется в протоколе. Достигнутое соглашение не обязательно должно быть в письменной форме, устная форма также допустима.³²⁴

Медиация, проводимая в рамках арбитражного разбирательства.

При наличии арбитражного соглашения между иностранными и китайскими лицами возникающие споры передаются на рассмотрение в арбитражи. Арбитражи представляют собой третейские суды, в которых определенные споры рассматриваются специалистами по данным вопросам. Практика арбитражных судов применяется в основном при разрешении споров, отягощенных присутствием иностранного элемента. В зарубежных странах арбитражная и примирительная процедура несколько взаимосвязаны друг с другом. Сначала применяется процедура примирения, если процедура завершена, то дело также завершается. В случае, когда примирение не достигнуто, то проводится арбитражное разбирательство. Досудебное урегулирование споров в КНР имеет несколько иную структуру. Китайский арбитраж может проводить эти две процедуры отдельно, а может их объединить. На практике в процессе арбитражного разбирательства в любое время до принятия арбитражного решения может быть проведена процедура применения и тем самым она их объединит. А если процедура примирения оказалась безрезультатной, то рассмотрение дела в арбитражном суде не требуется. Данная особенность проявляется в системе урегулирования споров в Китае.³²⁵

Коммерческая медиация.

В Китае существует ряд специальных учреждений, которые оказывают услуги по проведению медиации на профессиональной основе. Данная услуга оплачивается клиентом и специалисты разрешают спор. В КНР существует регламент проведения данной процедуры, который содержится в Кодексе

³²⁴ <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwechi.htm>

³²⁵ <http://conflictmanagement.ru/kitay-primirenie-kak-traditsionnyiy-sposob-razresheniya-sporov>

поведения медиаторов. В ходе выполнения работы создается договор, однако, он не подлежит принудительному исполнению. Но стороны могут включить в медиативное соглашение арбитражную говорку по результатам проведения процедуры медиации. Вместе с тем, китайские ученые отмечают, что количество дел, урегулированных посредством медиации Центром невелико, в коммерческих спорах стороны предпочитают обращаться в арбитражный суд или в государственные суды.³²⁶

Сравнивая альтернативные способы урегулирования споров Китая с урегулированием споров в Англии, мы можем видеть гораздо большее количество. В Англии существуют следующие способы:

- помощь омбудсмена
- регулирующий орган
- арбитраж
- медиация
- нейтральная оценка
- примирение
- экспертное заключение
- нейтральная оценка фактов.

В заключении хотелось бы сказать, что в Китае альтернативная система урегулирования споров широко распространена и широко используется в практике.

³²⁶ П. Чан. Коммерческая медиация в современном Китае: общий обзор//. Коммерческая медиация: теория и практика :сборник статей / под.ред. С.К.Загайновой, В.О . Оболонина. Млсква.: Инфотропик Медиа, 2012. С.51.

Понятие арбитража по законодательству Казахстана

Жабаева А.А.

Младший научный сотрудник отдела международного
законодательства и сравнительного правоведения
Института законодательства РК,
Магистрант АО «Университет КазГЮУ»

Арбитражное (третейское) разбирательство в современных условиях Республики Казахстан представляет собой один из способов разрешения правовых споров. Процедуры, применяемые в рамках арбитражного разбирательства, являются альтернативой государственным юрисдикционным процедурам, вследствие чего обладают целым рядом особенностей. Нормы, регулирующие арбитражное разбирательство споров, существенно отличаются от норм гражданско-процессуального права, которыми руководствуются в своей деятельности государственные суды Казахстана.

Арбитражное (третейское) разбирательство как элемент правовой системы Казахстана возникло и развивается в сфере частного правового регулирования и вне рамок действующей судебной системы, находящейся в публичной сфере, но при определенном с ней взаимодействии.

В последнее время в Казахстане наблюдается постепенно возрастающий интерес к альтернативным формам разрешения споров, и арбитраж занимает центральное положение среди этих форм. Арбитраж как способ разрешения споров не означает, как иногда полагают, что субъекты этого способа отказываются от защиты своих прав в государственном суде, который является одной из ветвей власти.

Арбитраж означает, что стороны выбрали его в качестве альтернативного государственному суду способ разрешения споров между ними. Этот момент необходимо всегда иметь в виду, что это всегда договорной способ разрешения споров между сторонами, а, следовательно, предполагается, что в силу такой договоренности проигравшая сторона добровольно исполнит решение арбитража. Если же решение арбитража добровольно не исполняется, то необходима властная сила государственного суда для принуждения

проигравшей стороны по выполнению решения арбитража. Поэтому, наряду с другими положениями об арбитраже, такими как, например, арбитражное соглашение, арбитражные процедуры, положения законодательства об исполнении решения арбитража имеют ключевое значение для его статуса и его решений.

Международной арбитражной практике известно два вида третейских судов: разовый арбитраж (арбитраж *ad hoc*) и постоянно действующий арбитраж.

Разовый арбитраж стороны создают специально для рассмотрения конкретного спора. После вынесения решения он прекращает существовать. Партнеры сами определяют, в каком порядке будет создан суд, где проведен, по каким условиям будут избраны арбитры.

В данном случае стороны практически не ограничены в выборе процедуры разрешения спора. Подписывая контракт, они могут детально изложить всю последовательность рассмотрения спора от того момента, когда он возник, и до того, когда будет вынесено соответствующее решение.

Однако иногда партнерам сложно самостоятельно разработать приемлемую для них процедуру. Тогда в заключаемом соглашении они могут договориться о полном или частичном применении одного из регламентов какого-либо постоянно действующего арбитража.

Постоянно действующий арбитраж. При различных организациях (ассоциациях, биржах, союзах, торгово-промышленных и торговых палатах и проч.) может быть создан постоянно действующий арбитраж. Он, как правило, имеет положения (уставы), в которых отражены история создания суда, его статус, список арбитров. Также заранее утверждают регламент, по которому рассматривают споры в данном третейском суде.

В постоянно действующих арбитражах заранее установлен размер регистрационных и арбитражных сборов, которые заплатит компания за рассмотрение дела. Они, как правило, выше, нежели пошлины в государственных судах. Правда, регламенты некоторых третейских судов

позволяют с учетом конкретных обстоятельств уменьшать по заявлению истца размер указанных платежей.

Арбитражное соглашение - письменное соглашение сторон договора о передаче возникшего или могущего возникнуть спора на рассмотрение в арбитраж, которое может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или путем обмена письмами, телеграммами, телефонограммами, телетайпграммами, факсами, электронными документами или иными документами, определяющими субъектов и содержание их волеизъявления. Таким образом, возможны две формы выражения арбитражного соглашения: в договоре или в обмене письменными документами. Возможна еще одна форма выражения согласия на арбитраж, предусмотренная статьей 15(2) Закона о МКА: если сторона не заявила об отсутствии у арбитража полномочий рассматривать переданный на его разрешение спор до представления ею первого заявления по существу спора³²⁷

Согласование арбитражного соглашения – это реализация свободы договора, предусмотренной в ст. 8, 10, 380 ГК РК³²⁸ и автономии воли сторон (п.1 статьи 4 Закона о МКА), означающей, что стороны по предварительному согласованию между собой имеют право самостоятельно решать вопросы порядка и условий осуществления арбитражного разбирательства по возникшему спору.

Объем условий, подлежащих согласованию в арбитражном соглашении:

- 2 условия, имеющие существенное значение: соглашение сторон именно об арбитражном способе разрешения спора, выбор способа разбирательства- институционный или арбитраж ad hoc;
- другие условия – выбор применимого права, количество арбитров, язык арбитражного разбирательства, срок для вынесения решения, национальность и квалификация арбитров

Вопросы, определяемые арбитражным соглашением: 1) возможность

³²⁷ Закон Республики Казахстан О международном арбитраже (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.07.2014 г.)// материал с сайта: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1052495

³²⁸ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.11.2015 г.)// материал с сайта: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#pos=28;-245&sel_link=1000024336

арбитражного разбирательства, 2)рассматриваемые вопросы, 3)пределы компетенции арбитров, 4)пределы вмешательства государственного суда в арбитражное разбирательство, 5)влияние на признание и приведение в исполнение арбитражного решения.

Хотя в законе нет прямого указания на то, что арбитражное соглашение обладает независимой силой, это правило соблюдается на практике . Так, статья 3(2) Регламента Международного арбитражного суда при ТПП РК³²⁹ устанавливает, что арбитражное соглашение (оговорка) имеет юридическую силу независимо от срока действия и действительности договора, в связи с которым оно заключено.

Это подтверждается также тем, что доктрина «компетенция компетенции» основывается на правиле независимости арбитражного соглашения. Согласно статье 15(1) Закона о МКА арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор.

Виды арбитражных соглашений по форме выражения:

- предусмотренные в международных соглашениях, в которых участвует Казахстан
- Арбитражные соглашения, согласовываемые участниками контрактов
- Определение арбитражного соглашения в Законе РК о МКА.

Виды арбитражных оговорок по воле сторон:

- Ясные арбитражные оговорки;
- Арбитражные оговорки, требующие их толкования;
- Патологические арбитражные оговорки.

Спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключенного между сторонами арбитражного соглашения(п.1 статьи 6 Закона о МКА).

Согласно статьи 7 Закона о МКА арбитром избирается (назначается) физическое лицо, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение

³²⁹ Утвержден Решением Внеочередного съезда Торгово-промышленной палаты Республики Казахстан от 22 июля 2010 года

обязанностей арбитра, достигшее возраста двадцати пяти лет и имеющее высшее образование. Арбитр, разрешающий спор единолично, должен иметь высшее юридическое образование и стаж работы по юридической специальности не менее двух лет. В случае коллегиального разрешения спора высшее юридическое образование должен иметь председатель арбитража.

Арбитром не может быть лицо:

- 1) избранное или назначенное судьей компетентного суда в порядке, установленном законодательным актом Республики Казахстан;
- 2) признанное компетентным судом в порядке, установленном законом Республики Казахстан, недееспособным или ограничено дееспособным;
- 3) имеющее неснятую или непогашенную судимость;
- 4) являющееся государственным служащим, депутатом Парламента Республики Казахстан, депутатом маслихата, осуществляющим свою деятельность на постоянной или освобожденной основе, оплачиваемую за счет средств государственного бюджета, и военнослужащим.

Статья 24 Регламента МАС при ТПП РК устанавливает дополнительные важные требования к арбитрам, которые при выполнении своих функций должны быть беспристрастными и независимыми и не могут одновременно выступать в качестве представителей сторон.

Арбитр может быть отозван, если он не соответствует требованиям статьи 7 Закона о МКА. К сожалению законодательство РК об арбитраже не предусматривает правила о необходимости арбитрам быть беспристрастными и независимыми, как это предусмотрено Регламентом МАС при ТПП РК, и обязанности арбитрам сообщать о любых обстоятельствах, которые могут быть расценены как препятствие к выполнению функций арбитра, что соответствует международной практике, закрепленной в регламентах арбитражных органов и Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

Согласно п. 1 статьи 26 Закона о МКА арбитраж разрешает спор в соответствии с нормами права, которые стороны избрали в качестве применимого в рассмотрении спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно

отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

При этом использованный в ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ и в ст. 26 Закона о международном коммерческом арбитраже термин «нормы права» означает возможность сторон выбирать в качестве применимого не только право в его обычном смысле, т.е. нормы, составляющие часть национальной правовой системы, но также и правовые нормы, разработанные на международном уровне, например, содержащиеся в конвенциях или аналогичных юридических актах, даже если они не приобрели обязательной силы в качестве права определенного государства.

Согласно статье 28 Закона о МКА решение арбитража излагается в письменной форме и подписывается арбитрами, входящими в состав арбитража, в том числе арбитром, имеющим особое мнение, письменная позиция которого является неотъемлемой частью арбитражного решения. Если арбитражное разбирательство осуществлялось коллегиально, то решение может быть подписано большинством арбитров, входящих в состав арбитража, при условии указания уважительной причины отсутствия подписей других арбитров. В арбитражном решении указываются дата и место арбитража, мотивы, на которых основано арбитражное решение. После принятия арбитражем решения каждой стороне должен быть вручен либо направлен экземпляр решения.

Задаток как способ обеспечения исполнения обязательств из предварительного договора

Константинов А. А.

Студент Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: ankon23418@yandex.ru

В предлагаемой статье анализируются нормы российского гражданского права, касающегося предварительного договора, поведение сторон при заключении предварительного договора и возможности его обеспечения.

Ключевые слова: договорное право, обеспечение исполнения обязательств, предварительный договор.

Согласно ч.1 ст. 429 Гражданского кодекса Российской Федерации³³⁰ (далее – ГК РФ) по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ, оказании услуг на условиях, предусмотренных предварительным договором. Предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора, а если такая форма не установлена, то в письменном виде. Несоблюдение такой формы влечет за собой недействительность договора. Однако, если основной договор требует государственной регистрации, соответствующее требование на предварительный договор не распространяется.

В соответствии с законом, предварительный договор должен содержать только существенные условия, а также установить предмет договора. Следовательно, при составлении предварительного договора необходимо указать в нём все существенные условия основного договора, поскольку при их отсутствии такой договор не соответствует гражданскому законодательству и считается незаключенным. Таким образом, основное значение предварительного договора – обеспечить хозяйственные интересы сторон в будущем. Однако, являясь по своей сути договором, он обладает особой структурой и правилом оформления.

³³⁰ "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 N 51-ФЗ // "Собрание законодательства РФ", 05.12.1994, N 32, ст. 3301

Законодатель наделил предварительный договор самостоятельностью. Об этом свидетельствует имеющаяся в гражданском кодексе, норма права (ст. 429 ГК РФ).

Предварительный договор заключается раньше основного. Различны и последствия заключения названных договоров.

Предварительный договор выступает определенной гарантией стабильности отношений между хозяйствующими субъектами, что немаловажно в условиях экономического кризиса.

По причине большой значимости предварительного договора и порожаемого им обязательства, необходимо обеспечить его исполнение. Одним из таких способов является использование в отношении обязательств, вытекающих из предварительного договора, обеспечительных мер.

Проблема применения способов обеспечения исполнения предварительного договора вызывает острые дискуссии. Авторы исследований предварительного договора: В.П. Мозолин, Масляев А.И.,³³¹ придают большое значение способам обеспечения предварительного договора, которые известны гражданскому праву, исходя из того, что интересы участников экономических отношений, в конечном счёте, направлены на получение имущественных благ. Однако, предварительный договор направлен не на получение экономического блага, а представляет собой некое исключение, необходимое при особых обстоятельствах, когда заключение основного договора невозможно по каким-либо причинам.

В этой ситуации использование конструкции предварительного договора неоценимо.

Например: по разным причинам, но достаточно часто предварительный договор используют в практике риелторы: у покупателя нет всей суммы для оплаты сделки; либо у кого-то из сторон не собраны все документы; либо документы не соответствуют установленным правилам. Так, по одному из дел судебная коллегия Верховного суда РФ отменила определение суда кассационной инстанции, оставив решение суда первой инстанции в силе, указав

³³¹ Учебник "Гражданское право" под ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. Часть 1.// М.: "Юристъ" 2005. С. 660

следующее: решением суда правильно удовлетворены требования М. к Р. о понуждении к заключению договора купли-продажи квартиры, поскольку между ними был заключен предварительный договор о продаже истцу квартиры в определенный срок и уплачен задаток. Судом установлено, что ответчик уклоняется от заключения основного договора. Между тем, заключение предварительного договора хотя и не влечет за собой право собственности и возникновение обязательств по передаче имущества, однако порождает у сторон право и обязанность заключить основной договор. В тех случаях, когда сторона уклоняется от заключения основного договора, вторая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. Ссылка кассационной инстанции на то, что ответчик не может быть принужден к совершению сделки, поскольку существует принцип свободы договора – ошибочно. Принцип свободы договора предоставляет участникам гражданских правоотношений по своему усмотрению решать вопрос о вступлении в договорные отношения с другими участниками и определять условия таких отношений. Заключив предварительный договор и получив задаток, ответчик выразил свою волю на отчуждение имущества и принял на себя обязательство заключить основной договор.³³²

Проблема применения способов обеспечения исполнения предварительных договоров существует как в теории, так и в практике. Это объясняется прежде всего тем, что обеспечительная функция заключается в возможности сторон предусматривать в договоре взаимные обеспечительные и стимулирующие меры, а также возможности защиты своего права в случае нарушения его контрагентом.

Включение условий об обеспечении исполнения в предварительный договор, поддерживают многие авторы: например, Шанаурина Ю.В., Суханов Е.А., Витрянский В.В.), другие же (Васильев А.В., Меньшинин П.А. и др.) придерживаются иной точки зрения, утверждая, что предварительный договор не может содержать условия об обеспечении обязательства, которого еще нет.

³³² Обзор судебной практики Верховного суда РФ за первый квартал 2011 года// <http://www.vsrfr.ru>

Между тем, возможность применения различных способов обеспечения, например, задатка, при совершении предварительного договора не только дискуссионна, но и на практике этот вопрос решается неоднозначно.

Во многих случаях, суды признают действительными соглашения о задатке, обеспечивающие предварительные договоры. Приведем пример: так по одному из дел, рассмотренному Арбитражным судом города Санкт-Петербурга или Ленинградской области, были удовлетворены требования общества к ОАО «Красное Знамя» о взыскании двойной суммы задатка по предварительному договору купли-продажи. Апелляционная инстанция решение суда отменила и указала, что обеспечение не заключенного договора невозможно в силу отсутствия обеспечиваемого обязательства. Кассационная инстанция, отменяя указанное определение апелляционной инстанции, сослалась на неправильное применение положения ч. 1 ст. 429 ГК РФ, согласно которому стороны по предварительному договору обязались в будущем заключить договор о передаче имущества, выполнения работ или оказания услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Условиями предварительного договора предусмотрено, что по соглашению сторон допускается предварительная оплата договора купли-продажи и все перечисленные продавцу средства являются задатком. Таким образом, кассационная инстанция применила ч.2 ст. 381 ГК РФ. Положения о задатке применялись и по другим делам.³³³

В судебной практике встречаются решения, в которых соглашение о задатке признаётся недействительным в силу того, что сторона, которая обязана по основному договору произвести отчуждение имущества при заключении предварительного договора, этим имуществом не обладала.

Как установил Чапаевский суд Самарской области, между П.А.А. и Г.В.А. был заключен предварительный договор, по которому ответчик обязался продать П.А.А. квартиру, а в качестве задатка получил от неё 250 тысяч рублей в счёт покупной стоимости квартиры. Однако, по вине Г.В.А. основной договор не

³³³ Обзор судебной практики Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области/<http://www.spb.arbitr.ru>

состоялся. Ссылаясь на изложенные обстоятельства, П.А.А. просил взыскать двойную сумму задатка.

Разрешая спор, суд признал денежную сумму задатком, однако во взыскании двойной суммы отказал, ссылаясь на то, что продавец в момент заключения предварительного договора собственником квартиры не являлся. Кассационная инстанция с принятым решением согласилась.³³⁴

К сожалению, суд не оценил спорные правоотношения, и остался не решенным вопрос о том, что задаток по предварительному договору возможен только при наличии прав на предмет основного договора или нет. Означает ли это, что и предварительный договор возможен только при таком условии?

Представляется, что ни определение предварительного договора, изложенное в ст. 429 ГК РФ, ни другие нормы гражданского права, не дают основания считать, что при заключении предварительного договора намерение сторон направлено только на существующее имущество, имеющееся в действительности. Пример тому - договор поставки.

Говоря о способах обеспечения исполнения договорных обязательств, необходимо отметить, что они представляют собой один из видов гражданско-правовой ответственности. В этом качестве они применяются при нарушении обязательств, а также при наличии вины. Меры обеспечения призваны гарантировать исполнение основного обязательства.

В предварительном договоре всегда формируются основные черты основного договора. Статья 429 ГК РФ императивно требует, чтобы в предварительном договоре содержались все существенные условия основного договора. То есть, в перспективе будущий (основной) договор уже есть, хотя формально еще не возник. Именно для его возникновения контрагенты заключают предварительный договор, предусматривая его обеспечение.

Проблема состоит в том, что задатком обеспечивается не само основное обязательство, а обязательство сторон заключить основной договор, который не является денежным. Однако, денежным является одно из обязательств

³³⁴ Обзор судебной практики Верховного суда РФ за первый квартал 2011 года// <http://www.vsrfr.ru>

основного договора, в зачет которого поступает сумма задатка в случае, если основной договор будет заключен.

Из вышеизложенного можно сделать вывод, что все функции задатка фактически распределяются между двумя взаимосвязанными договорами: предварительным и основным. Переход суммы задатка из одного обязательства (предварительный договор) в другое (основной договор) можно рассматривать как зачёт по умолчанию, который может быть предусмотрен в законе. Тогда проблема использования задатка для обеспечения предварительных договоров будет снята

Судопроизводство и разрешение споров в ЮАР

Крамаренко В. О.

*студент 4 курса юридического института
Российского Университета Дружбы Народов (РУДН)
Статья подготовлена в ходе работы
над научно-исследовательским
проектом РГНФ 2016-2018 гг. № 16-33-01005"а2"
«Рассмотрение частноправовых споров
в странах БРИКС».
(Н.рук. – Е.П. Русакова)*

Введение

Правовая система ЮАР больше напоминает англо-саксонскую правовую семью, так как основные истоки правовой системы вышли из общего права таких стран как Англия и Нидерланды. Тем не менее, статутное право в ЮАР, особенно в последнее время, достаточно видоизменилось. Судебная система, прежде всего, основана на принципе состязательности.

До 1994 года в ЮАР действовало Правительство, которое гражданами не избиралось. И только лишь в 1994 году вступила в силу Конституция ЮАР, которая провозгласила демократический государственный строй и впервые установила в государстве многопартийность, а также в последствии включила в себя Билль о правах (Законом №108 от 1996 года). За последнее время большинство нормативно-правовых актов были основаны на Билле о правах.

Традиционные правовые нормы и ценности зачастую противоречат положениям Конституции, и истец вправе потребовать разрешение конституционных вопросов в судебном порядке. Сложным являются правила и сама процедура судебного разбирательства, которые при этом постоянно изменяются и совершенствуются.

Если говорить в целом, то не существует каких-либо формальностей, которые прежде чем начать судебное разбирательство должны быть судами соблюдены. Однако есть исключения, которые содержатся в положениях законодательных актов, включающие в себя требования, необходимые для возбуждения дела. В качестве примера можно привести закон № 34 «о

Национальном кредите» от 2005 года, в котором кредитору необходимо изложить требования к должнику в письменном виде до возбуждения дела.

Существуют определенные периоды времени, в течение которого дело может быть возбуждено. Требования, которые основаны на судебном решении и заявлены по вопросам, связанным с ипотечными облигациями, должны быть рассмотрены судом в течение 30 лет. Требования, которые заявлены по вопросам, связанным с векселями или оборотными средствами, рассматриваются судами в течение 6 лет. И наконец требования, которые основаны на всех остальных долговых обязательствах рассматриваются в течение 3 лет. Однако сторона, которая изъявила желание применить срок исковой давности, обязана указать это требование в своём заявлении.

Система гражданских судов устроена таким образом, что она осуществляется на разных уровнях.

1. Суд первой инстанции рассматривает мелкие споры, которые считаются неформальными и определены как споры незначительные;

2. После судов первой инстанции следуют районные суды Магистратов, которые разрешают дела при цене иска не более чем 200.000R (~13.900\$);

3. После районных судов следуют суды региональных Магистратов, и они рассматривают дела, цена иска которых не превышает 400.000R (~27.000\$). После 2014 года данные финансовые ограничения возросли незначительно;

4. После Магистратских судов следует Верховный суд, который подразделяется на отделы, разрешающие все оставшиеся гражданские дела, не подпадавшие под юрисдикцию вышеперечисленных судов. Каждый отдел имеет свой собственный Апелляционный суд, который состоит из коллегии судей. Коллегия судей может состоять из двух или трёх судей в зависимости от суда, из которого была подана апелляционная жалоба (Верховного суда или суда Магистратов). Верховный апелляционный суд рассматривает апелляции, поданные из Верховного суда, которые относятся к категории дел особой важности, и таким делам

уделяется особое внимание. Коллегия Верховного апелляционного суда состоит из 3-5 судей;

5. Самой высшей инстанцией судебной системы ЮАР является Конституционный суд, которому подведомственны все категории дел, связанные с конституционными вопросами. Конституционный суд ЮАР может также выступать в качестве высшего апелляционного суда. Конституционный суд состоит из 11 судей;

6. Также в судебной системе ЮАР действуют такие специализированные суды как: Суды по земельным спорам; Арбитражные суды; Налоговые суды; суды по патентам и товарным знакам; суды по трудовым спорам. Также действуют специальные трибуналы, которые рассматривают вопросы, связанные с антимонопольным правом (вопросы о защите конкуренции).

Судебное производство в ЮАР начинается с возбуждения гражданского дела в суде. Заинтересованное лицо обращается в суд с иском (заявлением, жалобой) за защитой своих субъективных прав либо за защитой прав других лиц³³⁵. Исходя из этого, получается, что необходимо, прежде всего, подать исковое заявление в суд. В случае, если в исковом заявлении не установлены факты, имеющие юридического значения или не предписаны законом, суд принимает решение либо об удовлетворении искового заявления, либо об оставлении заявления без движения. Ответчик может в дальнейшем заявить свои требования или дать письменные объяснения, после которых суд примет решение о назначении судебного разбирательства. После получения всех заявлений и письменных объяснений, суд назначит дату слушания дела.

В Верховном суде проводится предварительное судебное заседание, где решаются все спорные вопросы между сторонами, которые необходимо урегулировать до судебного разбирательства. Однако предварительное слушание не является обязательным требованием для сторон.

Перед началом судебного разбирательства, стороны обязаны не только уведомить друг друга о документах, которые они намерены использовать при

³³⁵ См.: Русакова Е.П. Комиссия по примирению, посредничеству и арбитражу (ССМА) в ЮАР М: РУДН, 2013г. С. 144 - 154

решении дела, но и предоставить копии оригиналов для ознакомления. Слушание дела проводится в присутствии судьи, причем все доказательства должны быть суду предоставлены.

От возбуждения до вынесения решения по делу в среднем проходит около двух лет, но только в том случае, если отсутствовали какие-либо доказательства, что препятствовало суду вынести решение. В случае, если сторонами были представлены все доказательства, а факт нарушения был очевиден и не вызвал у суда дополнительных вопросов, слушание дела проходит от 3 до 5 месяцев. Судебное разбирательство заканчивается вынесением решения по делу. Законодателем также предусмотрено рассмотрение дела в упрощенном порядке. Процесс рассмотрения дела в упрощенном порядке позволяет суду рассмотреть вопросы, которые не требуют отлагательств. Рассмотрение таких дел, как правило, занимает всего несколько часов. Однако это уже зависит от заявленных сторонами требований.

Суды ЮАР будут поддерживать оговорки об исключительной юрисдикции, но только при условии, если все заявленные требования будут соблюдены, а у суда сложится объективное фактическое основание для рассмотрения такого дела.

Суды не несут никаких расходов на открытие новых дел или судебное разбирательство. Другое дело, что существуют судебные издержки на обслуживание документов, которые исполняет судебный пристав в принудительном порядке в процессе судебного разбирательства. По общему правилу суды могут потребовать у проигравшего истца возмещения судебных расходов, которые составляют около 50-60% от общего числа расходов, понесенные истцом во время судебного разбирательства.

Гонорары в ЮАР допустимы, но только в том случае, если было заключено соглашение о гонораре между адвокатом и клиентом, которое соответствует положениям Закона №66 об условных вознаграждениях от 1997 года. Положения данного закона налагают достаточно строгие ограничения, которые гарантируют, что истец не разорится и не будет ущемлен в своих правах.

Контроль за судебными расходами может быть установлен только в отношении инициатора дела по гражданско-правовым спорам и только при определенных обстоятельствах. К таким обстоятельствам можно отнести участие в деле иностранного гражданина или случаи, когда было возбуждено недобросовестное дело, касающееся преднамеренного злоупотреблениями юридическими нормами, с целью затяжки судебного процесса или введения суда в заблуждение.

Правовое регулирование финансового оздоровления кредитных организаций

Мельник А. И.

Студентка кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: simply-angelina@yandex.ru

В данной статье рассматривается правовое регулирование порядка проведения финансового оздоровления кредитных организаций. Анализируется ряд правовых мер, осуществляемых в процессе проведения финансового оздоровления.

Ключевые слова: банк, кредитная организация, банкротство, финансовое оздоровление.

В настоящее время огромные изменения произошли в сфере банкротства кредитных организаций. Для его предупреждения в отношении кредитных организаций будут проводиться мероприятия по их финансовому оздоровлению, реорганизации, назначению временной администрации и др.

При возникновении оснований для банкротства кредитная организация уведомляет Банк России о совершаемых сделках с заинтересованными или аффилированными лицами, связанными с распоряжением имуществом, при цене выше 15 млн руб. или превышающих 1% балансовой стоимости имущества банка, проведении корпоративных собраний своих владельцев, на которых представители регулятора имеют право участвовать в качестве наблюдателей без права голоса, знакомиться с документами и делать копии³³⁶.

Банк России вправе направлять своих представителей для анализа финансового состояния банка, чтобы решить вопрос о целесообразности направления в Агентство предложений об участии в проведении мероприятий по предупреждению банкротства банка. Представители регулятора имеют право доступа во все помещения и ко всем документам, воспрепятствование их деятельности влечет ответственность, предусмотренную законом³³⁷.

Общее собрание владельцев банка решение о его ликвидации и

³³⁶ Бычков А. О мерах по стабилизации банковского сектора // Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор". – 2015. – № 1. – С. 43.

³³⁷ Бычков А. О мерах по стабилизации банковского сектора // Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор". – 2015. – № 1. – С. 43.

направлении регулятору ходатайства об аннулировании или отзыве лицензии принимает большинством голосов.

При возникновении признаков банкротства кредитной организации ее директор обязан направить в совет директоров мотивированное требование о созыве общего собрания для решения вопроса о ликвидации банка, уведомить Банк России о признаках банкротства. Если собрание такого решения не приняло, совет директоров обязан обратиться к регулятору с просьбой об аннулировании или отзыве лицензии.

Невыполнение указанных обязанностей владельцами банка, его директором или членами совета директоров является основанием для возложения на них субсидиарной ответственности по долгам кредитной организации при недостаточности ее имущества.

К числу мер по финансовому оздоровлению кредитной организации относятся: оказание финансовой помощи кредитной организации ее владельцами и иными лицами (например, дополнительный взнос в ее уставный капитал, прощение долга, предоставление отсрочки или рассрочки платежа и др.); изменение структуры активов и структуры пассивов; изменение организационной структуры кредитной организации; приведение в соответствие размера уставного капитала и величины собственных средств (капитала) и др.³³⁸

В случае, если изменяется структура активов банка, закон может предусматривать: улучшить качество кредитного портфеля банка, с заменой неликвидных активов ликвидными; привести структуру активов по срочности в соответствие со сроками обязательств, которые обеспечивают их исполнение; сократить расходы, даже на обслуживание долгов и расходов на управление; сократить расходы на продажу активов, которые не приносят дохода, а также тех активов, продажа которых не будет мешать выполнению банковских операций, и др.³³⁹

При изменении структуры пассивов может быть предусмотрено увеличение собственного капитала, снижение удельного веса и (или) размера текущих и

³³⁸ Бычков А. О мерах по стабилизации банковского сектора // Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор". – 2015. – № 1. – С. 44.

³³⁹ Комментарий к Федеральному закону от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" (постатейный) / Под ред. Е.А. Рыбасовой. – М., 2015. – С. 231.

краткосрочных обязательств в общей структуре банковских пассивов, повышение удельного веса среднесрочных и долгосрочных обязательств в общей структуре банковских пассивов и др.

При утверждении плана мер по финансовому оздоровлению банка Банк России может принять решение о неприменении к нему ограничительных мер, не отзывать лицензию, предоставить отсрочку на внесение суммы недовнесенных средств в обязательные резервы и др.

Основаниями для назначения в банк временной администрации сроком на 6 месяцев являются такие случаи, как: снижение банком величины собственных средств (капитала) по сравнению с их максимальной величиной, достигнутой за последние 12 месяцев, более чем на 30%; невыполнение банком требования Банка России о замене руководителя; неудовлетворение требований кредиторов в срок, превышающий 7 дней с момента наступления даты их удовлетворения, в связи с отсутствием или недостаточностью средств на корсчетах и др.³⁴⁰

В случае приостановления полномочий органов управления банка Банк России вправе ввести мораторий на удовлетворение требований кредиторов банка, в период которого не начисляются проценты, пени и иные санкции, не допускается взыскание по исполнительным документам, запрещается удовлетворение владельцев банка о выделе долей в связи с выходом. На сумму требований кредиторов при этом начисляются проценты в размере 2/3 от ставки рефинансирования Банка России. Мораторий не распространяется на таких кредиторов, которым был причинен вред здоровью, по требованиям о выплате выходного пособия и оплате труда и др.

Закон № 432-ФЗ³⁴¹ усиливает ответственность контролирующих банк лиц, которые отвечают перед кредиторами в субсидиарном порядке при недостаточности имущества банка. Пока не доказано иное, считается, что банкротство банка вызвано их виновными действиями или бездействием в случае, если причинен вред имущественным правам кредиторов в результате

³⁴⁰ Бычков А. О мерах по стабилизации банковского сектора // Банковское обозрение. Приложение "БанкНадзор". – 2015. – № 1. – С. 45.

³⁴¹ Федеральный закон от 30.12.2015 г. № 432-ФЗ "О внесении изменений в статью 25 Закона Российской Федерации "Об организации страхового дела в Российской Федерации" и Федеральный закон "Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации" // Российская газета. – 2016. – № 1. – 11 января.

совершения контролирующим лицом или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких сделок должника, а также в случаях не сдачи отчетности, искажения в ней сведений.

Банк России может также направить требование банку о реорганизации, которое обязательно к исполнению.

После дня отзыва лицензии у банка, осуществляющего профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг, временная администрация возвращает клиентам банка ценные бумаги, которые были переданы ими по договорам хранения, доверительного управления и др.

Если между всеми клиентами невозможно распределить причитающиеся им ценные бумаги так, чтобы каждый получил целое число, то остаток продается с торгов с выплатой им денежных средств, пропорционально размеру требований. Неудовлетворенные требования клиентов включаются в реестр требований кредиторов банка-банкрота и удовлетворяются в порядке очередности.

Помимо этого, кредитор, требования которого после завершения дела о банкротстве остались неудовлетворенными, имеет право требования к другому лицу, в том числе к другому кредитору, которое незаконно получило имущество банка. Он может обратиться в суд с иском об истребовании незаконно полученного имущества банка и обращения на него взыскания.

Сделки банка, совершенные до даты введения временной администрации и выходящие за пределы его обычной хозяйственной деятельности, могут оспаривать временная администрация, а также Агентство, в случае если Банк России утвердил план его участия в осуществлении мер по предупреждению банкротства банка.

В течение 14 дней после утверждения Банком России плана участия Агентства в проведении мероприятий по предупреждению банкротства банка должна быть выполнена передача имущества и обязательств.

В составе имущества и обязательств может быть передана часть обязательств перед кредиторами первой очереди в размере суммы страхового возмещения (застрахованные обязательства), что исключает выплату страхового возмещения. Приобретатель имущества и обязательств определяется на

основании закрытого конкурса из числа банков с устойчивым финансовым положением. Передача имущества и обязательств осуществляется на основании заключаемого с приобретателем договора временной администрации.

В качестве последствия передачи имущества ненадлежащего качества в договоре может быть предусмотрена обратная передача имущества приобретателем с выплатой компенсации его стоимости, однако такая операция возможна в срок не позднее 1 года с даты заключения договора.

Агентство может проводить финансирование мероприятий по предупреждению банкротства кредитной организации и урегулированию ее обязательств за счет средств фонда обязательного страхования вкладов. Финансирование мероприятий по предупреждению банкротства кредитной организации или урегулированию ее обязательств за счет средств фонда обязательного страхования вкладов может быть осуществлено лишь при одновременном соблюдении таких требований: если осуществление финансирования данных мероприятий приведет к понижению затрат фонда обязательного страхования вкладов в случае ликвидации кредитной организации; если осуществление финансирования данных мероприятий не будет влиять на устойчивость фонда обязательного страхования вкладов.

В настоящее время Банк России и министерство финансов РФ могут предложить другой способ санации банков. Раньше банки выручало то, что государство пользовалось средствами всех налогоплательщиков – это механизм bail-out. Это конечно, неправильно – заставлять всех граждан в стране за счёт своих налогов спасать деньги кучки граждан, которым не повезло положить деньги в банк-банкрот. Существует и другой, не такой распространенный механизм спасения банков. Это bail-in – спасение банков за счет вкладчиков³⁴².

Например, на Кипре в 2013 году для выхода из банковского кризиса по согласованию с Евросоюзом был введён единовременный налог на все банковские вклады. Тогда простые киприоты почти не пострадали, так как налог не распространялся на маленькие суммы вкладов. Крупнейший банк Кипра Bank

³⁴² Шевченко В. Вкладчики будут спасать свои банки от банкротства и отзыва лицензии сами, за счёт своих средств. Как это уже было на Кипре. Держать деньги в банках становится опасно // http://www.finnews.ru/cur_an.php?idnws=23246

of Surgus списал с незастрахованной части депозитов (превышающей 100 тысяч евро) 47,5% от суммы вклада. В рамках санации банка 37,5% незастрахованных депозитов были преобразованы в акции, а ещё 10% депозитов также были конвертированы – 5% перевели в акции и 5% в конвертируемые облигации.

Возможно, что-то подобное предложат на законодательном уровне и российским вкладчикам. Сейчас обсуждается возможность сделать акционерами банка не только юридических лиц, но и физических, как на Кипре³⁴³.

Вообще процедура финансового оздоровления имеет строго формализованный характер, поскольку всем субъектам заранее известны основные критерии ситуации, требующей осуществления мер по финансовому оздоровлению кредитной организации, а также ключевые действия по этому поводу.

Служба кредитных рейтингов Standart & Poog's полагает, что банковский сектор остается уязвимым, поскольку российские банки по-прежнему испытывают значительное давление на показатели качества активов, прибыльности и капитализации. Также прогнозируется продолжение сделок по слияниям и поглощениям как среди небольших, так и среди более крупных банков, которые ищут новые механизмы, позволяющие им сохранить рыночную долю, повысить капитализацию и эффективность в текущих неблагоприятных операционных условиях.³⁴⁴

Банкротства банков в России, вероятнее всего, продолжатся и в 2016 г., поскольку ситуация в экономике остается достаточно сложной, а Банк России продолжает "расчистку" банковского сектора. Негативное влияние на банки по-прежнему оказывают углубляющаяся рецессия, высокие расходы на фондирование и ограниченный доступ к международным рынкам капитала³⁴⁵.

Эксперты полагают, что в целях поддержания доверия клиентов к банковскому сектору в этот сложный период Банк России АСВ по-прежнему будет широко использовать механизмы финансового оздоровления проблемных

³⁴³ Шевченко В. Вкладчики будут спасать свои банки от банкротства и отзыва лицензии сами, за счёт своих средств. Как это уже было на Кипре. Держать деньги в банках становится опасно // http://www.finnews.ru/cug_an.php?idnws=23246

³⁴⁴ Вестник РУДН, серия Экономика, 2012, № 4. Головина Е.Э., Прейс В.Ю. Оценка и основные направления повышения устойчивости банковской системы России в условиях экономической нестабильности

³⁴⁵ Велиева И., Марушкевич Е. Влияние финансового оздоровления на кредитное качество банков-санаторов // Банковское обозрение. Приложение "BEST PRACTICE". – 2015. – № 3. – С. 44.

банков - главным образом путем предоставления фондирования более сильным банкам для приобретения проблемных финансовых организаций и их дальнейшего оздоровления.

Несмотря на то, что в краткосрочной перспективе банки-санаторы получают очевидную выгоду от финансового оздоровления (прежде всего, прибыль от получения государственного финансирования по ставкам ниже рыночных), отмечается ряд существенных рисков. Наибольший риск связан с тем, что у банков - санаторов, как правило, очень немного времени (до начала участия в процессе финансового оздоровления) для того, чтобы проанализировать реальное финансовое положение проблемных банков и их активов. Это, в свою очередь, создает риск занижения оценки скрытых проблем, связанных с балансами проблемных банков. Этот фактор уже обусловил пересмотр прогнозов по рейтингам нескольких банков-санаторов на "негативный" или помещение их рейтингов в список CreditWatch. Риски участия в процессе финансового оздоровления могут в конечном счете перевесить выгоды и привести к понижению рейтингов банков-санаторов³⁴⁶.

Эффективность процедур финансового оздоровления российских банков в долгосрочной перспективе пока неясна.

Итак, используемый в России механизм финансового оздоровления обеспечивает ряд преимуществ в краткосрочной перспективе как для банков-санаторов, получающих прирост капитала вследствие доступа к дешевому финансированию, так и для регулирующих органов, которые обеспечивают сохранение доверия участников рынка к банковскому сектору. Однако применение этого механизма сопряжено с целым рядом рисков, связанных с его недостаточной прозрачностью и тем фактом, что он используется сравнительно недавно, в связи с чем сложно оценить его эффективность в долгосрочной перспективе.

Отмечается недостаточная прозрачность различных аспектов механизма финансового оздоровления в России (как и в других странах), в частности процедур принятия решения о целесообразности финансового оздоровления

³⁴⁶ Велиева И., Марушкевич Е. Влияние финансового оздоровления на кредитное качество банков-санаторов // Банковское обозрение. Приложение "BEST PRACTICE". – 2015. – № 3. – С. 45.

банка, оказавшегося в стрессовой ситуации, или о его банкротстве, а также критериев выбора банка-санатора. Несмотря на успешное завершение процедур санации нескольких российских банков после 2008 г., ряд санаций крупных банков, начавшихся в течение последних нескольких лет, все еще далеки от завершения, поэтому их результаты еще предстоит оценить.

Понятие вины в российском законодательстве

Очеретный И.

Адрес: улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198

В статье рассмотрено понятие вины с позиции российского законодательства, анализируются основные принципы разграничения вины, отмечаются наиболее существенные проблемы в плане определения данного понятия в законодательстве РФ.

Ключевые слова: вина, признак вины, противоправное деяние, правонарушитель, виновность, дееспособность, деликт, деликтная ответственность.

Понятие вины представляет собой один из видов проявлений психики человека по отношению к окружающей действительности. Для понимания сущности вины необходимо иметь представление о свойствах, присущих данному явлению.

Правонарушитель при совершении противоправного деяния выражает тем самым отрицательное отношение к правилам поведения, установленным в данном обществе, или пренебрежение ими.

Исследователи выделяют такой признак вины, как отрицательное отношение правонарушителя к интересам общества, справедливо полагая, что он позволяет разграничить вину и другие формы субъективного отношения к поведению обвиняемого и его результату. Этот признак вины был впервые описан О. С. Иоффе³⁴⁷ и в настоящее время признан большинством цивилистов.

Виновное психическое отношение характеризуется сочетанием интеллектуальных и волевых моментов, которое является определяющим при установлении формы вины, разграничении умысла и неосторожности. Для понимания сущности самой вины вариант сочетания интеллектуальных и волевых критериев значения не имеет – существенно только наличие самого психического отношения к противоправному деянию и его результату, в котором отражается пренебрежение или безразличие к интересам общества.

Негативное отношение правонарушителя к принципам государства и общества проявляется в выборе противоправного варианта поведения. Многие

³⁴⁷ Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву / Отв. ред. А. К. Юрченко. Л.: Изд-во ЛГУ, 1955. 310 с.

правоведы расценивают выбор подобного поведения как дефект (порок) воли правонарушителя и именно в этом видят суть вины.

В частности, Г. К. Матвеев утверждает, что правонарушением может считаться лишь такое противоправное действие лица, которое является результатом его порочной воли³⁴⁸. Т. И. Илларионова полагает, что психическое отношение при вине проявляется в отношении к избираемому варианту поведения и его последствиям и свидетельствует об определенном пороке воли³⁴⁹. По мнению Е. В. Бутенко, выявление порочной воли в договоре само по себе достаточно для вывода о наличии вины. Он определяет вину как выраженную вовне умышленно или неосторожно такую волю должника, которая отлична от его воли, закрепленной в договоре³⁵⁰.

Но нельзя утверждать, что вину определяет исключительно воля правонарушителя (воля представляет собой, скорее, следствие отрицательного отношения к интересам общества).

В состав вины входит множество взаимосвязанных между собой психических процессов, включая и волевые. Негативные проявления провоцируются эмоциями и чувствами, которые оказывают влияние на волю, обуславливают принятие противоречащего интересам общества решения.

Рассмотрим понятие вины в законодательстве Российской Федерации.

Понятию вины посвящена статья 5 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее - УК РФ), статьи 25, 26, 27 и 28 главы 5 УК РФ.

В статье 5 УК РФ указано, что «лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина. Объективное вменение, то есть уголовная ответственность за невиновное причинение вреда, не допускается»³⁵¹. Статьи 25 и 26 главы 5 УК РФ предусматривают умышленную и неосторожную форму вины. Ответственность за преступление, совершенное с двумя формами вины, предусмотрена в статье

³⁴⁸ Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. Киев: Изд-во Киев. ун-та, 1955. С. 136—148, 181.

³⁴⁹ Илларионова Т. И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск: Изд-во Томского университета, 1982. С. 139—140.

³⁵⁰ Бутенко Е. В. Вина в нарушении договорных обязательств: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2002. С. 14—17.

³⁵¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

27 главы 5 УК РФ, а невиновное причинение вреда регламентировано статьей 28 главы 5 УК РФ. Изучая нормы УК РФ, посвященные вине, можно заметить отсутствие определения терминов «вина» и «виновность», что существенно усложняет однозначное понимание и применение важнейшего и обязательного признака преступления.

Гражданское законодательство (ГК РФ) также не содержит определения вины, а лишь указывает признаки невиновности (абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ³⁵²), применимые к договорным обязательствам. Вина в гражданском праве, как правило, представляет собой лишь условие, но не меру ответственности, соответственно, формы и виды вины не имеют такого значения, как в уголовном праве. Однако в некоторых случаях, прямо предусмотренных законом, размер деликтной ответственности все же зависит от формы и вида вины (п. 2 ст. 1081, ст. 1083, абз. 1 п. 2 ст. 1101 ГК РФ). Гражданско-правовая вина может выступать в форме умысла или неосторожности, последняя может проявляться в виде простой или грубой неосторожности.

Гражданское право придает большое значение именно определению простой неосторожности для разграничения виновного деяния и случая, а также определению грубой неосторожности для разграничения неосторожности и умысла.

Обусловленность ответственности наличием вины является диспозитивной нормой, то есть законом или договором могут устанавливаться иные основания ответственности, как расширяющие, так и суживающие ответственность по сравнению с ответственностью, построенной на безоговорочном применении принципа вины.

В гражданском праве действует презумпция вины правонарушителя (в уголовном праве подобного понятия нет). Однако возникает вопрос о том, в какой форме и степени презюмируется вина делинквента. В российском законодательстве эта проблема не решена. В науке же по этому вопросу нет единого мнения.

³⁵² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 29.06.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2015) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

Возможность привлечения физического лица к ответственности в случае гражданского правонарушения зависит от наличия у него дееспособности. При недееспособности лица, причинившего вред, не может быть поставлен вопрос о его вине. На основании этого утверждения в цивилистической литературе высказывается мнение, что понятие дееспособности является составной частью понятия вины, и следовательно, вменяемость как необходимое качество субъекта не является самостоятельным условием ответственности.

Однако такая позиция не корректна. Если бы вменяемость относилась только к понятию вины, то в случаях, когда законом предусмотрен усеченный состав деликта, к безвиновной ответственности привлекались бы и недееспособные причинители вреда, что недопустимо, так как ответственность утратила бы воспитательную и превентивную функцию.

Если в состоянии недееспособности вред был причинен жизни или здоровью гражданина, суд может возложить обязанность возмещения вреда на причинителя. Однако такое возмещение не является мерой ответственности.

Закон предусматривает такие случаи, когда недееспособность не исключает деликтную ответственность. Данная ситуация возможна, если причинитель вреда сам привел себя в состояние, в котором не мог объективно оценивать свои действия или руководить ими, посредством употребления спиртных напитков, наркотических средств или иным способом (п. 2. ст. 1078 ГК РФ). Законодатель в данном случае исходит из того, что лицо, совершая подобные действия, должно было осознавать возможность наступления вредоносных последствий в результате неконтролируемого поведения.

Однако возможны ситуации, когда в «недееспособное» состояние причинителя вреда приводит против воли другое лицо, например, путем принудительной инъекции наркотических средств, психотропных веществ, гипнотического воздействия либо иными способами. В таком случае п. 2 ст. 1078 ГК РФ не может быть применен и деликтная ответственность причинителя вреда исключается. К деликтной ответственности в данной ситуации должно привлекаться лицо, приведшее причинителя вреда против его воли в состояние недееспособности. Именно поэтому применение норм гражданского

законодательства о вине при решении вопроса о привлечении субъекта к гражданской ответственности специфично по отношению к различным обстоятельствам.

Таким образом, требуется прояснить понятие вины, законодатель должен дать его точное определение, так как вина - это важнейшая составляющая субъективной стороны состава проступка или деликта, внутреннее отношение лица к совершаемому действию (бездействию) и причиненным вследствие этого последствиям.

Арбитражная процедура в Китае

Лиман Ю. А.

студентка 4 курса юридического института
Российского Университета Дружбы Народов (РУДН)
Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2016-2018 гг. № 16-33-01005"а2" «Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС».
(Н.рук. – Е.П. Русакова)

Традиционно разрешение споров в Китае проводится путём проведения переговоров и неформального посредничества, одна при формальном разрешении спора прибегают к процедурам арбитражного разрешения споров. Локальная процедура является более примирительной и менее состязательной. Тем не менее, арбитраж в Китае считается популярным и насчитывает более 200 арбитражных институтов. За последние 5 лет число китайских арбитражных институтов умеренно возрастает.

В январе 2013 года в арбитражное процессуальное право Китая (далее CPL) были внесены изменения. Новые положения включили в себя меры по сокращению отмены внутренних арбитражных решений. Это является позитивным фактором, который потенциально сможет увеличить применимость арбитражного разбирательства. Обновленный CPL также содержит новые положения упрощённо процедуры подачи заявок для оказания «чрезвычайной помощи» до формирования состава третейского суда. Китайская Международная экономическая и арбитражная комиссия является наиболее известным арбитражным институтом Китая. Эта комиссия недавно обновила свои правила в соответствии с передовой международной практикой и включила новые меры, касающиеся:

- места проведения арбитражного разбирательства;
- языка проведения арбитражного разбирательства;
- назначения арбитров в многосторонний арбитраж;
- экспедиции проведения процедуры.

Пекинская арбитражная комиссия (далее СИЕТАС)³⁵³, как ожидается, в ближайшее время дополнит свои правила данными пересмотренными положениями. Это согласуется с тенденцией, которая наблюдается во многих странах Азиатско-Тихоокеанского региона, в рамках которой уже планируют обновить свои арбитражные институты следующие организации:

- Международный арбитражный центр Гонконга;
- Сингапурский международный арбитражный центр;
- Австралийский центр международного коммерческого арбитража;
- Региональный арбитражный центр Куала-Лумпура.

В Китае насчитывается более сотни арбитражных организаций. Однако по делам с большими исковыми требованиями наиболее часто пользуются такие институты, как:

- Пекинская арбитражная комиссия (ВАС);
- Шанхайская арбитражная комиссия (SAC);
- Международный арбитражный суд Шэньчжэнь;
- Южно-китайская международная экономическая и торговая арбитражная комиссия;
- Китайская морская арбитражная комиссия (для урегулирования морских споров) (СМАС).

Новые правила СИЕТАС позволяют передавать власть региональным подкомиссиям. Это привело к образованию обособленных арбитражных институтов в Шанхае и Шэньчжэне. После раскола между бывшими СИЕТАС Шанхай и Шэньчжэнь/Южно-китайской подкомиссии, стороны при разрешении спора могут обращаться в Шанхайский международный арбитражный центр (SHIAC) или Шанхайскую международную экономическую и торговую арбитражную комиссию (СИЕТАС). Эти подкомиссии перестали работать под брендом СИЕТАС, но тем не менее, публикуя свои решения они продолжают

³⁵³ Русакова Е.П. Китайская международная экономическая и торговая арбитражная (СИЕТАС). Пробелы в российском законодательстве, №5, 2012, 73-74
¶

ссылаться на арбитражные разбирательства, упомянутые в СИЕТАС. Всё это, в свою очередь, привело к путанице среди арбитражных пользователей и породило потенциал для существенных юрисдикционных проблем.

В целом, укоренившийся в Китае арбитраж имеет следующие преимущества по сравнению с проведением судебного процесса:

1. Гибкость. Арбитражное разбирательство проводится на основе согласованного решения сторон. Стороны свободны сами формулировать процедуру урегулирования споров с учётом их обстоятельств и предпочтений. Хорошо подготовленное арбитражное соглашение может включать в себя процедуры, которые широко используются в международной практике.

2. Беспристрастность и прозрачность. За последнее время в китайской судебной системе произошли позитивные изменения, однако у иностранных лиц до сих пор сохраняется опасение в вопросах беспристрастности, особенно, когда разбирательство проводится за пределами густонаселенных крупных торговых центров. Свобода в выборе условий арбитражного соглашения означает, что стороны могут сами обеспечить назначение независимых и опытных арбитров.

Несмотря на явные преимущества, укоренившийся в Китае арбитраж, даже если включает в себя модифицированную процедуру, имеет и существенные недостатки по сравнению с развитым арбитражем в Европе:

1. Сравнительно слабый режим приведения в исполнение в Китае иностранных арбитражных решений.

2. Широкие надзорные полномочия китайских судов над внутренними арбитражными разбирательствами и ограничение деятельности иностранных арбитражных учреждений.

Кроме этого, в Китае так и не был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года, что вызывает существенные трудности при проведении разбирательства, в котором одной из сторон является иностранное лицо. В соответствии с китайским законодательством только

споры, связанные с иностранными лицами, могут на законных основаниях рассматриваться за пределами материковой части Китая. Верховный народный суд Китая опубликовал два судебных постановления в январе 1998 года и в июле 1992 года, в которых сказано, что споры, связанные с иностранными лицами, должны соответствовать по крайней мере одному из следующих элементов:

- Одна или несколько сторон являются иностранными лицами;
- Предмет спора является или находится за пределами материковой части Китая;
- Существуют юридические факты, среди которых возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, которые возникли за пределами материковой части Китая.

Таким образом, филиалы иностранных компаний, зарегистрированных в Китае, рассматриваются как внутренние. Для рассмотрения арбитражных споров они должны запрашивать соответствующее разрешение у сторон за пределами материковой части Китая.

Приведение в исполнение иностранных арбитражных решений возможно лишь при наличии специальной арбитражной оговорки и с соблюдением соответствующего режима отчётности. Нижестоящие суды не могут отказать в приведении в исполнение арбитражного решения без обращения в вышестоящие судебные инстанции. Верховный народный суд является единственным судом, который может отказать в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

Перечисленные выше элементы толкуются узко китайскими судами. Поэтому, если есть вероятность того, что сделка не может считаться иностранной (например, когда есть значительная связь с Китаем, но исполнение сделки находится за пределами Китая), целесообразно прямо предусмотреть местный арбитраж в арбитражном соглашении. В противном случае существует риск того, что китайские суды не будут исполнять арбитражное решение, вынесенное за пределами Китая.

Для того, чтобы избежать подобного исхода необходимо заключить арбитражное соглашение. Чтобы такое соглашение вступило в силу, оно должно соответствовать ряду условий:

- а) Письменная форма. Обмен документами или письмами является надлежаще выполненной письменной формой, если переписка явно показывает согласие сторон на обязательность условий.
- б) Арбитражное соглашение должно описывать предметы и вопросы, которые свойственны арбитражу.
- в) Сторонам необходимо заявить о своём намерении разрешения спора арбитражным судом и назначить арбитражную комиссию.

Соглашение об арбитражном урегулировании спора может быть изложено в отдельном документе или включено в основной договор в виде оговорки. При этом, арбитражное соглашение в Китае продолжает своё действие при расторжении основного договора, т. к. не является его частью, а является отдельным соглашением.

Что же касается специального арбитража *ad hoc* и иностранных арбитражных институтов, то как правило, арбитраж должен находиться в материковой части Китая в ведении Китайской арбитражной комиссии. Арбитражи *ad hoc* или арбитражные разбирательства, находящиеся в ведении иностранного арбитражного органа, не допускаются.³⁵⁴ Пункт, который даёт одной из сторон в одностороннем порядке выбирать арбитражный суд, может быть аннулирован из-за неопределённости с учётом узкого применения ст. 16 Арбитражного процессуального права китайскими судами. Китайские суды при исполнении арбитражных решений, выданных Международным арбитражным судом (ICC), в материковой части Китая по-прежнему применяют типовую арбитражную оговорку, но только при соблюдении определённых обстоятельств (круг которых довольно узкий).

³⁵⁴Article 16, Arbitration Law.
URL:http://arbitrations.ru/userfiles/file/Law/Arbitration%20acts/Chinese%20arbitration%20act%20eng_rus.pdf

Как правило, местные арбитражные институты, такие как китайская Международная экономическая и торговая арбитражная комиссия, могут вести арбитраж в соответствии с правилами установленными арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

Партисипативная процедура – альтернативный метод урегулирования споров

Мейрман А.М.

студент ВШП АО «УНИВЕРСИТЕТ КАЗГЮУ»
Научный руководитель - старший преподаватель
кафедры гражданского и гражданско-процессуального права,
доктор PhD Асылбекова А.А.

31 октября 2015 года был принят новый Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан. Одной из новелл нового кодекса является – партисипативная процедура. В этой статье мы бы хотели ответить на такие вопросы как: что такое партисипативная процедура? основные цели и задачи этой процедуры и в заключении является ли эта процедура альтернативным вариантом урегулирования споров в гражданском процессе и не только.

Сама этимология слова «партисипативная» от французского «participative» является прилагательным и обозначает «участвующий». Этот процесс был первым введен в Республики Франции и удачно применен пра АО «УНИВЕРСИТЕТ КАЗГЮУ»

восудием этой страны. В целом, партисипативная процедура обозначает - переговорный процесс урегулирования спора между сторонами с обязательным участием их адвокатов, без участия судьи, в целях достижения ими взаимоприемлемого решения и реализуемая по добровольному согласию участвующих сторон.

Основными целями партисипативной процедуры является:

Во-первых, достижение урегулирования спора между сторонами;

Во-вторых, своевременное и оперативное разрешение спора;

В-третьих, снижение материальных издержек сторон;

В-четвертых, сохранение хороших, стабильных отношении между сторонами;

В-пятых, усиление законности действий адвокатов;

В заключении, развитие правовой культуры у граждан и правовых взглядов в решении споров мирным способом.

Сама же процедура руководствуется такими принципами как, добровольности участия сторон, равноправия сторон в переговорах, недопустимости вмешательства в партисипативную процедуру, законности действий адвоката, с участием которых проводятся переговоры в рамках партисипативной процедуры, действующего в интересах своего доверителя. Сторонами процедуры могут быть как физические лица, так и юридические лица.

Согласно новому кодексу Республики Казахстан ч. 1 и ч. 2 статьи 181: «Стороны вправе до удаления суда в совещательную комнату по правилам, предусмотренным статьей 179 настоящего Кодекса, заявить ходатайство об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры. Партисипативная процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон». Судья или же состав суда, в производстве которого находится дело, проверяет содержание соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры и выносит определение о его утверждении и прекращении производства по делу в соответствии со статьей 177 настоящего Кодекса.

Предусмотренная возможность урегулирования споров в форме партисипативной процедуры, проводимой при активном участии самих сторон и их адвокатов. При неисполнении соглашений, заключенных в указанном порядке, гражданин, юридическое лицо, может обратиться в суд с заявлением об их исполнении. Такие дела рассматриваются в упрощенном производстве. То есть сама процедура упрощает судебный процесс, что положительно влияет на нашу систему правосудия.

Партисипативная процедура должна содействовать скорейшему разрешению конфликта, поскольку согласно статье 181 Гражданско-процессуального кодекса процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии адвокатов обеих сторон. Введение данного института должно способствовать усилению роли адвоката в гражданском процессе как лица, обеспечивающего защиту гражданских прав сторон, а в целом построению правового государства.

При участии в переговорах проведения партисипативной процедуры адвокат должен быть независим от сторон, государственных органов, иных юридических, должностных и физических лиц. Адвокат самостоятелен в выборе средств и методов переговоров, допустимость которых определяется Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности», Кодексом этики адвокатов. Адвокат должен проводить переговоры в рамках партисипативной процедуры в интересах своего доверителя. При наличии обстоятельств, препятствующих адвокату в проведении переговоров, он должен уведомить об этом своего доверителя. Не допускается вмешательство в деятельность адвоката при проведении переговоров в рамках партисипативной процедуры.

При проведении партисипативной процедуры адвокаты обязаны в ходе партисипативной процедуры проводить встречи как со всеми сторонами одновременно, так и с каждой из сторон в отдельности и предоставлять им устные и письменные рекомендации и доказательства по урегулированию спора; при проведении переговоров в рамках партисипативной процедуры действовать только с согласия своего доверителя, как стороны в споре; до начала партисипативной процедуры разъяснить доверителю её цели, правовые последствия заключения мирового соглашения, а также их права и обязанности. Адвокаты при ведении переговоров обязаны соблюдать Кодекс профессиональной этики адвокатов.

Стороны в переговорах в рамках партисипативной процедуры вправе:

- 1) добровольно выбирать адвокатов для участия в ней по своему усмотрению;
- 2) отказаться от адвоката, участвующего в процедуре;
- 3) в любой момент переговоров партисипативной процедуры отказаться от участия в ней;
- 4) участвовать в проведении партисипативной процедуры лично или через представителей, полномочия которых основаны на доверенности, оформленной в установленном законом порядке;
- 5) при неисполнении или ненадлежащем исполнении соглашения об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры обратиться в суд,

в производстве которого находилось дело, в связи с которым осуществлялась партисипативная процедура, с заявлением о принудительном исполнении в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

Стороны партисипативной процедуры будут обязаны исполнять соглашение об урегулировании спора в порядке и в сроки, предусмотренные этим соглашением, так как оно будет утверждено судом. Этот вид соглашения сторон и в настоящее время был уже удачно применен специализированным межрайонным экономическим судом Северо-Казахстанской области, где истец ТОО «Северо-Казахстанская сельскохозяйственная опытная станция» и ответчик ТОО «Астраханское» договорились разрешить спор путем партисипативной процедуры.

В заключение, хотелось бы сказать, что преимуществом партисипативной процедуры перед другими методами урегулирование спор в том, что адвокаты оказывают квалифицированную юридическую помощь сторонам, как в поисках приемлемого варианта, так и в плане соблюдения законности непосредственно при составлении самого текста соглашения об урегулировании. Если в процедуре медиации соглашение может быть не утверждено судом по причине того, что текст и его содержание не соответствует действующему законодательству, то в партисипативной процедуре адвокаты обязаны будут учитывать все правовые последствия для своего доверителя, что значительно облегчит его исполнение в дальнейшем, сделает более доступным правосудие для граждан, снизит недовольство среди граждан по поводу судебных тяжб, а также разгрузит работу судов.

Наследование по закону в праве Российской Федерации и Республики Казахстан

Назарова Е. С.

Магистрант 2 года обучения
кафедра гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, улица Миклухо-Макляя, д. 6
E-mail: nazarovaelenas@mail.ru

В статье проведен сравнительно-правовой анализ норм, регулирующих отношения в сфере наследования по закону в Республике Казахстан и России. Результатами исследования являются предложения по совершенствованию правового регулирования наследственных отношений в указанных странах. 355

Ключевые слова: наследование, наследование по закону, очередность наследования, гармонизация, обязательные наследники, иждивенцы наследодателя.

Рано или поздно все сталкиваются с ситуацией, когда в силу закона или завещания необходимо наследовать имущество, то есть становиться наследником, и единожды – с неизбежностью становиться наследодателем.

В результате распада Советского Союза многие семьи оказались по разные стороны границ, в связи с чем возникает множество вопросов, в том числе наследственных.

Российское законодательство не устанавливает каких-либо ограничений в отношении получения российскими гражданами наследственного имущества из-за границы.³⁵⁵

Наследование по закону применяется в случае, если наследодатель не оставил завещание. Согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации наследники по закону призываются к наследованию в порядке очередности. В настоящее время существует семь очередей наследников. К первой очереди наследников по закону относятся дети, супруг и родители наследодателя, сюда же следует отнести усыновленных и усыновителей. Если у наследодателя нет

³⁵⁵ Статья подготовлена в ходе работы по гранту Президента РФ для государственной поддержки молодых ученых - кандидатов наук с темой "Перспективы гармонизации частного права в странах ЕврАзЭС (ЕАЭС)" МК-6290.2015.6 (Н.рук. – Бадаева Н.В.).

³⁵⁶ Маслова А.В. Наследники и наследодатели: Практическое руководство. Библиотечка "Российской газеты", 2014, с.12.

наследников первой очереди, то к наследованию призываются наследники второй очереди, это полнородные и неполнородные братья и сестры наследодателя, его дедушка и бабушка, как со стороны отца, так и со стороны матери.

Если нет наследников первой и второй очереди, то к наследованию призываются наследники третьей очереди по закону, которыми согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации, являются полнородные и неполнородные братья и сестры родителей наследодателя.

Для того, чтобы наследнику получить наследство, он должен его принять. Наследник должен выразить свое согласие на принятие наследства. Если наследник принимает часть имущества, то всё бремя наследства он берет на себя полностью, вне зависимости от того, что он хочет принять, а что - нет, в том числе и обязательства наследодателя. Если наследников несколько, но только один из них его принял, то данное действие не означает принятие наследства всеми наследниками. Наследство признается принятым со дня его открытия. Также наследство можно принять и через представителя, если у последнего будет нотариально удостоверенная доверенность с указанием на то, что он имеет право принять наследство. Что же касается законных представителей (родители, опекуны и т.д.), то в данном случае доверенность не требуется.

Принятие наследства осуществляется подачей по месту открытия наследства нотариусу или уполномоченному в соответствии с законом выдавать свидетельства о праве на наследство должностному лицу заявления наследника о принятии наследства либо заявления наследника о выдаче свидетельства о праве на наследство. Если наследник не подал такое заявление, а вступил во владение или в управление наследственным имуществом; принял меры по сохранению наследственного имущества, защите его от посягательств или притязаний третьих лиц; произвел за свой счет расходы на содержание наследственного имущества; оплатил за свой счет долги наследодателя или получил от третьих лиц причитавшиеся наследодателю денежные средства, то оно считается принятым.

Согласно Гражданскому кодексу Российской Федерации срок принятия наследства составляет 6 месяцев со дня открытия наследства. Если гражданин был признан судом умершим, то со дня вступления решения суда в силу, наследник может вступить в наследство также в течение 6 месяцев со дня его открытия. В случае пропуска срока по уважительной причине, а также если наследник не знал и не должен был знать об открытии наследства, то срок может быть восстановлен путем написания соответствующего заявления в суд в течение шести месяцев с того дня, когда он узнал об открытии наследства.

В российском законодательстве закреплён переход права на принятие наследства. Данное положение заключается в том, что если наследник умер, не успев вступить в наследство, то право на принятие причитавшегося ему наследства переходит к его наследникам по закону, а если все наследственное имущество было завещано - к его наследникам по завещанию.

Гражданский кодекс Российской Федерации также закрепит право наследника на отказ от наследства с указанием лиц, в пользу которых он отказывается от наследства или без такого указания.

Отказ от наследства совершается подачей по месту открытия наследства нотариусу или уполномоченному в соответствии с законом выдавать свидетельства о праве на наследство должностному лицу заявления наследника об отказе от наследства.

В Республике Казахстан наследники по закону разделяются на восемь очередей, что на одну больше чем в Российской Федерации.³⁵⁷

Отдельно установлено правило, согласно которому при наследовании по закону усыновленный и его потомство - с одной стороны, и усыновитель и его родственники - с другой, приравниваются к кровным родственникам. Усыновленные и их потомство не наследуют по закону после смерти кровных родителей усыновленного, других его кровных родственников. Родители

³⁵⁷ Проблемы современной цивилистики: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева" (отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина). Статут, 2013, с. 265.

усыновленного и другие его кровные родственники не наследуют по закону после смерти усыновленного и его потомства³⁵⁸.

Также, как и в Российской Федерации, в Республике Казахстан, закреплены положения, которые защищают несовершеннолетних, недееспособных и нетрудоспособных наследников, которым причитается определенная обязательная доля наследства, которая достается им вне зависимости того, что написано в завещании, и она должна быть не менее половины доли, причитавшейся при наследовании по закону (обязательная доля). Супруг также имеет право на обязательную долю, но только в части совместно нажитого имущества. Если супруги не проживали совместно в течение пяти лет и это будет доказано в суде, то суд может устранить супруга от наследования по закону³⁵⁹.

Гражданский кодекс Республики Казахстан закрепил и принципы по охране наследства и управления им при наследовании по закону.

Для получения наследства гражданину в Республике Казахстан необходимо его принять, если он принимает часть наследства, то он принимает его целиком. Как и в Российской Федерации наследование осуществляется путем подачи по месту открытия наследства соответствующего заявления нотариусу или иному уполномоченному лицу.³⁶⁰ Также, принятием наследства признается и совершение определенных действий, например, вступление во владение имуществом или произведенный ремонт наследуемой вещи, либо оплата долгов наследодателя.

Срок принятия наследства в Республике Казахстан, как и в Российской Федерации, составляет шесть месяцев со дня открытия наследства.³⁶¹ Пропущенный срок можно восстановить - на тех же основаниях, что и в России.

³⁵⁸ П. 2 ст. 1060 Гражданского Кодекса Республики Казахстан / Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.11.2015 г.).

³⁵⁹ См.: Демина Н.Б. Гарантии прав родственников наследодателя при наследовании по завещанию: дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 2005.

³⁶⁰ Баринов Н.А., Блинков О.Е. Наследование в международном частном праве и сравнительном правоведении // Наследственное право, 2013, N 1, с.32.

³⁶¹ Каменков В.С. Нотариат в Беларуси, в России, в Казахстане (задачи, функции, принципы деятельности) // Бюллетень нотариальной практики, 2015, N 2, с.12.

Наследник вправе отказаться от наследуемого имущества путем подачи соответствующего заявления нотариусу по месту открытия наследства³⁶².

Таким образом, проанализировав положения о наследовании по закону в праве двух стран-участников Евразийского экономического союза, можно сделать вывод о том, что сближение законодательства в области института наследования имущества в рамках Евразийского экономического союза вполне возможно в связи с тем, что у стран-участников очень схоже наследственное право. Это связано, прежде всего, с тем, что законодательство, регулирующее наследственные отношения, которое действует и по сей день, в большей степени основывается на нормах права, принятых и действовавших в советский период развития указанных стран. В настоящее время экономическая интеграция стран-участников усиливается и происходит активная гармонизация законодательства государств-участников Евразийского экономического союза. В учредительном договоре Евразийского экономического союза содержится описание права ЕАЭС (ст.6), из содержания которого можно сделать вывод, что государства-участники, подписав Учредительный договор ЕАЭС, согласны с подходом о гармонизации законодательства стран-участников союза. В связи с этим можно заключить, что в скором времени нас ждет гармонизация нормативно-правового регулирования, в том числе в сфере наследственного права в рамках ЕАЭС. Результатом сближения должно стать решение проблем, с которыми сталкиваются граждане стран-участников, и достижение единообразия законодательства³⁶³.

³⁶² См. также: Залесский В.В., Соловьева С.В., Беликова К.М., Грачев Д.О., Каминская Е.И., Меркулова Т.А., Сакович М.О., Семилотина Н.Г., Терновая О.А., Френкель Э.Б., Шрам В. П. Основные институты гражданского права зарубежных стран. М.: Норма, 2009.

³⁶³ См. об этом: Копена С.А. Коллизионное регулирование наследования по закону в России и государствах - участниках СНГ // Бюллетень нотариальной практики, 2012, N 1.

Наследование авторских прав в Российской Федерации, Республике Армении и Кыргызской Республике

Новик К. В.

Студентка 3 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
email: novik_kv@mail.ru

В данной статье представлен сравнительно-правовой анализ законодательства, касающегося наследования авторских прав, стран-участниц ЕАЭС, в частности в Российской Федерации, Республике Кыргызстан и Республике Армении.³⁶⁴

Ключевые слова: наследование авторских прав, Российская Федерация, Республика Кыргызстан, Республика Армения, исключительные права автора, личные неимущественные права автора.

Евразийский Экономический Союз (ЕАЭС) был создан договором 1 января 2015 года. На данный момент в ЕАЭС входят пять стран-участниц: Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика и Российская Федерация. Одной из целей данного союза стало создание условий для стабильного развития в интересах повышения жизненного уровня населения государств-членов.

Право интеллектуальной собственности является одним из наиболее активно развивающихся направлений гражданского права, особенно в странах бывшего СССР³⁶⁵.

Как показывает практика в изучаемых странах основные нормы, связанные с наследованием авторских прав, характеризуются единообразием. Однако имеются и существенные различия.

Следует отметить, что регулирование авторских прав в каждой стране реализовано по-разному. Если в РФ с принятием части четвертой ГК РФ,

³⁶⁴ Статья подготовлена в ходе работы по гранту Президента РФ для государственной поддержки молодых ученых - кандидатов наук с темой "Перспективы гармонизации частного права в странах ЕврАзЭС (ЕАЭС)" МК-6290.2015.6 (Н.рук. – Бадаева Н.В.).

³⁶⁵ Ковалев М. М., Иришев Б.К. Будущее ЕАЭС. Сложный поиск равновесия и роста// Вестник ассоциации белорусских банков. № 31-32, 2014, С. 9.

включившей в себя положения об авторском праве, был отменен специальный закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» от 9 июля 1993 г. № 5351-1, то в Армении и Киргизии данные отношения урегулированы нормами Гражданских кодексов и специальных законов.

В Армении интеллектуальной собственности, а именно авторскому праву, посвящена глава 63 раздела 10 ГК. Также авторскому праву в Армении посвящен Закон Республики Армения "Об авторском праве и смежных правах" от 4 июля 2006 года №ЗР-142.

В ГК Киргизии указываются основные положения, которые касаются авторского права, а именно в главе 54 ГК Киргизии. В свою очередь, специальный закон Кыргызской Республики "Об авторском праве и смежных правах" от 14 января 1998 года № 6 дополняет и раскрывает вопросы авторского права, не освещенные в ГК.

В РФ авторскому праву посвящена целая 70 глава ГК РФ, которая вполне смогла собой заменить ранее существовавший специальный закон.

Теперь перейдем непосредственно к вопросу наследования авторских прав. Наследники относятся к группе субъектов нетворческого характера, которые получили право на произведение вследствие наступления определенных юридически фактов, а именно путем вступления в наследство. Наследниками могут быть как физические, так и юридические лица, если таковые будут указаны автором произведения в завещании.

По праву всех изучаемых стран наследник получает имущественные права автора. К ним относятся:

1. право на воспроизведение;
2. право на распространение;
3. право на импорт;
4. право на публичный показ;
5. право на публичное исполнение;
6. право на передачу в эфир;
7. право на сообщение для всеобщего сведения по кабелю;
8. право на перевод;

9. право на переработку;
10. право на доведение до всеобщего сведения.

Если в РФ общий порядок перехода имущественных прав по наследству, к которым относятся также и имущественные авторские права, установлен частью 3 ГК РФ, то в Армении и Киргизии переход имущественных прав по наследству установлен нормами специальных законов. Так, статья 38 Закона Республики Армении "Об авторском праве и смежных правах" от 4 июля 2006 года № ЗР-142 и статья 29 Закона Кыргызской Республики "Об авторском праве и смежных правах" от 14 января 1998 года № 6, устанавливают, что имущественные права автора передаются по наследству. При этом имущественные права наследники могут осуществлять в пределах срока действия исключительного права. И здесь есть различия.

В России согласно статье 1281 ГК РФ исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. На произведение, обнародованное анонимно или под псевдонимом, срок действия исключительного права истекает через семьдесят лет, считая с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования.

В Киргизии авторское право действует в течение всей жизни автора и пятидесяти лет после его смерти, считая с первого января года, следующего за годом смерти автора³⁶⁶.

В Армении авторское право действует в течение жизни автора и 50 лет после его смерти, считая с 1-го января года, следующего за годом смерти автора³⁶⁷.

После того, как срок действия исключительного права на произведение истекает, оно переходит в общественное достояние и может использоваться кем угодно без чьего-либо согласия и без выплаты авторского вознаграждения.

³⁶⁶ Гражданский кодекс Кыргызской Республики, Часть II от 5 января 1998 года №1, Статья 1071. // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики №6, 1998 года, Ст.226.

См. также: Закон Кыргызской Республики «Об авторском праве и смежных правах» от 14 января 1998 года N 6 // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики №3, 1998 года.

³⁶⁷ Гражданский кодекс Республики Армения ЗР-239 от 17 июня 1998 года, Статья 1131. // Официальные ведомости Республики Армения, 10 августа 1998 года, №17 (55).

См. также: Закон Республики Армения «Об авторском праве и смежных правах» от 4 июля 2006 года №ЗР-142 // Официальные ведомости Республики Армения, 12 июля 2006 года, №38 (493), Ст.816.

Данное правило является общим для стран, у которых определен срок действия исключительного права на произведение. Защита и контроль исключительного права на произведение, в случае его перехода в общественное достояние, осуществляет специальный государственный орган:

- в Российской Федерации это Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам;
- в Киргизии данным вопросом занимается государственная служба интеллектуальной собственности и инноваций при правительстве Кыргызской Республики;
- в Армении - Агентство интеллектуальной собственности Республики Армении.

По общему для всех стран правилу в случае, если умерший оставил завещание, наследование авторских прав подчиняется правилам наследования по завещанию. Если же завещания нет, то наследники призываются в порядке закона.

По завещанию наследник может получить не только исключительные права на произведение, но и определенные обязанности, возложенные на него завещателем, если таковые имеются в завещании. Например, завещательный отказ или завещательное возложение.

Личные неимущественные права автора, связанные с его личностью, не передаются по наследству. Данный факт нашел свое закрепление во всех исследуемых законодательствах. К личным неимущественным правам автора относятся:

- право на имя;
- право авторства;
- право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений;
- право на отзыв;
- право на обнародование произведения.

Все указанные выше права, хоть и не передаются по наследству, однако наследник вправе осуществлять их защиту. Указанные правомочия не

ограничиваются сроком, наследник осуществляет свои полномочия бессрочно, т.е. пожизненно. Данное правило установлено во всех исследуемых странах.

Юридические лица также могут выступать наследниками авторских прав вне зависимости от их организационно-правовой формы. Обычно завещание составляют в пользу таких юридических лиц, как: музей, учебное заведение, библиотека. Существование данного юридического лица на день открытия наследства является основным требованием, предъявляемым к юридическому лицу как к наследнику.

Как показывает исследование, большинство вопросов, связанных с наследованием авторских прав, в странах-участницах ЕАЭС урегулировано подобным образом. Однако были обозначены и некоторые различия. В связи с этим можно сделать вывод, что страны, входящие в ЕАЭС, имеют схожее законодательство в исследуемой сфере, что дает им преимущества при взаимодействии, т.к. не возникает непреодолимых проблем в правоприменении и толковании правовых норм.

Арбитражный закон Индии

Пагиева Ф. О.

студентка 4 курса юридического института
Российского Университета Дружбы Народов (РУДН)
Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским
проектом РГНФ 2016-2018 г. № 16-33-01005"а2"
«Рассмотрение частноправовых споров в странах БРИКС».
(Н.рук. – Е.П. Русакова)

Закон Индии «Об арбитраже и примирительной процедуре» от 16 августа 1996 года основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. и Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ 1976г.

Главные цели закона были сформулированы следующим образом: всесторонне охватить как международный коммерческий арбитраж и согласительные процедуры, так и внутренний арбитраж и примирение; разработать такие положения об арбитражной процедуре, которые будут обеспечивать справедливость, эффективность и способность удовлетворять возникающие потребности арбитража при рассмотрении частных вопросов; свести к минимуму контролируемую роль судов в арбитражном процессе; разрешить арбитрам использовать посредничество, согласительные процедуры или другие процедуры в ходе арбитражного разбирательства для разрешения споров; обеспечить приведение в исполнение всех окончательных арбитражных решений в том же порядке, как и постановления суда.

В соответствии с Законом, мировое соглашение, достигнутое сторонами в результате согласительных процедур, должно иметь такой же статус и действие, как и арбитражное решение. Что касается приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, то каждое арбитражное решение в стране, к которой применяется одна из двух Международных конвенций (Нью-Йоркская конвенция 1958 г. или Женевская конвенция 1961 года), касающихся иностранных арбитражных решений, в котором Индия является одной из сторон, будет рассматриваться в качестве иностранного арбитражного решения.

Закон регулирует вопросы внутреннего арбитража, международного коммерческого арбитража, вопросы исполнения решений иностранного арбитража и предусматривает согласительные процедуры (последнее, основано на Согласительном Регламенте ЮНСИТРАЛ 1980 г.)³⁶⁸. Наиболее существенные положения закона содержатся в I и II частях данного документа. Первая часть содержит условия для проведения внутреннего и международного коммерческого арбитража в Индии. Все арбитражные разбирательства, проводимые в Индии, будут регулироваться в соответствии с Частью I, независимо от юрисдикционной принадлежности. Часть II, в свою очередь, регулирует вопросы исполнения иностранных арбитражных решений.

Если сравнивать I и II части Закона, то по содержанию «выигрывает» I часть, так как она содержит наиболее существенные, обширные и, в то же время, подробные положения, основанные на Типовом законе. В частности, подтверждает арбитрабельность споров; закрепляет принцип невмешательства судов в арбитражный процесс; регулирует вопросы формирования арбитража (порядок назначения/выбора арбитров), юрисдикции арбитража, порядка проведения арбитражного разбирательства, порядка исполнения арбитражных решений и их обжалование.

С другой стороны, часть II, в значительной степени, ограничивается исполнением иностранных арбитражных решений, регулируемых Нью-Йоркской или Женевской конвенциями. Исходя из этого, можно сказать, часть II, по своей природе, не является «полной». В связи с этим Верховным судом было принято новое решение по делу *Bhatia International v. Bulk Trading*³⁶⁹. В данном деле сторона, ищущая наложения обеспечительных мер в арбитражном разбирательстве по правилам ICC, в преддверии арбитражного заседания в Париже, прибегла к Индийской юрисдикции. Положения об обеспечительных мерах (раздел 9) можно найти в части I (которая применяется только к внутреннему арбитражу). Суд столкнулся с ситуацией, когда не было правовой

³⁶⁸ См.: Русакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж в Индии//Изд-во - Черные дыры в российском законодательстве, № 5 2012;

³⁶⁹ S N Variava. Supreme Court of India *Bhatia International vs Bulk Trading S. A. & Anr* on 13 March, 2002// <https://indiankanoon.org/doc/110552/>;

нормы, в соответствии с которой суд мог бы наложить обеспечительные меры. Творчески интерпретируя Закон, Верховный суд постановил, что «общие положения» части I будут применяться также к оффшорным арбитражам, если стороны прямо или косвенно не исключат его применимость. Следовательно, судебным решением Верховный Суд расширил применимость общих положений I части за счет оффшорных арбитражей.

В деле *Shreejee Traco (I) Pvt . Ltd. v . Paperline International Inc*³⁷⁰ стороны обратились в суд для назначения арбитра в оффшорном арбитраже. Правом назначать арбитров суд обладает в соответствии с разделом 11 части I рассматриваемого Закона. Суд отказался осуществлять свою юрисдикцию. Было установлено, что арбитражное разбирательство должно проводиться в Нью-Йорке, а правом, регулирующим арбитражное разбирательство, будет закон места проведения арбитража. Следовательно, расширение положений части I по отношению к иностранному арбитражу, о чем говорилось в деле *Bhatia*, не может применяться в каждом случае.

Любое коммерческое дело может быть передано в арбитраж. Что касается роли суда, то одной из основных особенностей этого закона является то, что роль суда была сведена к минимуму.

В отношении арбитражного разбирательства стороны могут обратиться в суд только в двух случаях:

- для применения обеспечительных мер;
- для назначения арбитра в случае, если стороны не назначат арбитра или если два назначенных арбитра не договорятся относительно третьего;

В случае внутреннего арбитража, арбитра назначает Председатель Высокого суда, а в международном коммерческом арбитраже - Председатель Верховного суда Индии³⁷¹.

В суд можно обратиться также, если возникнут какие-либо разногласия относительно добросовестности выполнения арбитром своих функций. В случае

³⁷⁰ N. Swaminathan A Comment on *Shreejee Traco (I) (P) Ltd. v. Paperline International Inc.*: (2004) PL WebJour 9 // <http://www.ebc-india.com/lawyer/articles/869.htm> <http://www.the-laws.com/>

³⁷¹ См.: Русакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж стран БРИКС: опыт Китая и Индии//Изд-во – РУДН, 2012 г.;

выявления каких-либо нарушений арбитром, суд может принять решение о прекращении полномочий арбитра и назначить нового.

В Законе содержатся положения и об арбитражном соглашении. Арбитражное соглашение считается самостоятельным договором, и недействительность основного договора не лишает юридической силы арбитражное соглашение. Следовательно, арбитры обладают юрисдикцией, даже если договор, в котором содержится арбитражная оговорка, будет признан недействительным вследствие совершения каких – либо мошеннических действий или других правовых неточностей. Любое возражение относительно юрисдикции арбитров должно быть выдвинуто стороной в первой инстанции либо до, либо одновременно с подачей возражения по иску.

Если возражение отклоняется, арбитры могут продолжить арбитражное разбирательство и вынести арбитражное решение. Любое лицо, не согласное с вынесенным решением, может просить его отмены на основании статьи 34 Закона.

В деле *SBP & Co. v. Patel Engg Ltd.* Верховный суд Индии (в решении, вынесенном коллегией из семи судей) постановил, что полномочия, возложенные на суды в соответствии с разделом 11 названного Закона (назначение арбитров) носят судебный, а не административный, характер.

Следовательно, если стороны обращаются в суд о назначении арбитра (в соответствии с разделом 11), и Председатель Верховного суда подтверждает, что обладает правом назначения, или имеется арбитражное соглашение между сторонами, либо есть существующий спор, который должен быть передан в арбитраж, Суд назначает арбитра или арбитров, решение которых будет иметь обязательную силу.

В деле *S.B.P & Co. v. Patel Engg Ltd.*³⁷² Верховный Суд указал на то, что Председатель суда имеет право определять свою собственную юрисдикцию. Председатель определяет, обратилась ли сторона, заявляющая ходатайство, в «подходящий» суд, существует ли арбитражное соглашение в таком виде, в

³⁷² P.K.Balasubramanyan. Supreme Court of India *S.B.P. & Co vs Patel Engineering Ltd. & Anr* on 26 October, 2005// <https://indiankanoon.org/doc/1641452/>;

каком он определен в законе, и является ли лицо, от которого поступило заявление, стороной такого соглашения.

Что касается ведения арбитражного разбирательства, то арбитры являются «хозяевами собственной процедуры» и, по согласованию сторон, могут вести дела «в порядке, который они считают наиболее целесообразным». Единственное ограничение в том, что арбитры, исходя из принципа равенства сторон, обязаны относиться к ним одинаково, то есть каждой из сторон должна быть предоставлена возможность полностью изложить свою позицию, в связи с чем необходимо предварительно уведомлять о любом слушании.

В 2015 году Правительство Индии приняло решение о внесении изменений в Закон об арбитраже и примирении 1996, представив новый законопроект об арбитраже и примирении в Парламент.

Предлагалось:

(i) внести изменения в раздел 12. В частности, когда лицо обращается к суду с вопросом о назначении арбитра, ему необходимо указать в письменной форме есть ли у того или иного арбитра интерес в исходе дела, существуют ли какие-либо отношения между арбитром и сторонами, которые могут поставить под сомнение правильность вынесенного решения. В таком случае, лицо может быть лишено права быть назначенным в качестве арбитра.

(ii) включить новое положение относительно временных рамок вынесения решения арбитром - 12 месяцев. По ходатайству сторон срок может быть продлен еще на шесть месяцев. После этого только суд имеет право, при наличии достаточных оснований, продлить срок.

Суд, продлевая срок, также может сократить выплаты для арбитров, но не более чем на пять процентов за каждый месяц просрочки, если суд признает, что разбирательство было отложено по причинам, зависящим от самих арбитров.

(iii) включить положение, предусматривающее ускоренную процедуру проведения арбитража, о котором стороны должны договориться заранее. Решение должно выноситься в течение шести месяцев.

(iv) внести поправку в статью 36 относительно подачи заявления об оспаривании арбитражного решения. Подача заявление не влечет автоматического прекращения выполнения арбитражного решения.

(v) включить новый подраздел в раздел 11, в соответствии с которым ходатайство о назначении арбитра должно рассматриваться Высоким или Верховный Судом в кратчайшие сроки. Максимальный срок - 60 дней.

Основными целями арбитража являются быстрота, экономичность, удобство и простота процедуры. В Индии действует современный, эффективный Закон об арбитраже и примирении 1996 года, но, не смотря на это, разбирательства в рамках данного Закона зачастую не соответствовали вышеназванным целям. В связи, с чем и были предложены поправки к Закону. Тем не менее, арбитраж является наиболее предпочтительным способом урегулирования споров в Индии.

Правовое регулирование залоговых отношений в Республике Беларусь

Пронин М. П.

Студент 3 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
email: rei95ru@mail.ru

В данной статье проведен правовой анализ законодательства Республики Беларусь в области залоговых отношений.³⁷³

Ключевые слова: залог, договор о залоге, виды залога, Республика Беларусь.

Залог является одним из самых древнейших способов обеспечения исполнения обязательств. Данная конструкция предполагает, что кредитор по обеспеченному залого обязательства в случае неисполнения должником своего обязательства имеет право получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества с преимуществом перед другими кредиторами залогодателя, которому принадлежит данное имущество³⁷⁴. Исключениями являются перечисленные в законах Беларуси случаи.

Согласно законодательству Республики Беларусь залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет в момент удовлетворения в частности проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, расходов залогодержателя на содержание заложенной вещи и расходов по взысканию, если иное не предусмотрено договором.

Проанализировав положения Гражданского кодекса Республики Беларусь можно сделать вывод о том, что залог носит акцессорный характер как и другие способы обеспечения исполнения обязательств, но в отличие от них, залог находится в своего рода "зависимости" от основного обязательства и к тому же следует судьбе предмета залога. То есть, в случае, если право собственности на заложенное имущество переходит другому лицу в результате возмездного или

³⁷³ Статья подготовлена в ходе работы по гранту Президента РФ для государственной поддержки молодых ученых - кандидатов наук с темой "Перспективы гармонизации частного права в странах ЕврАзЭС (ЕАЭС)" МК-6290.2015.6 (Н.рук. – Бадаева Н.В.).

³⁷⁴ См.: Вишневецкий А.А. Залоговое право. М., 1995 г.; Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. – М.: Статут, 1999.

безвозмездного отчуждения, то право залога остается в силе. Новое лицо (правопреемник) после перехода права собственности, несет все обязанности первоначального залогодателя, если соглашение с залогодержателем не устанавливает иное³⁷⁵. Если имущество залогодателя, являющееся предметом залога, перешло в порядке правопреемства к нескольким лицам, каждый из правопреемников (приобретателей имущества) несет вытекающие из залога последствия неисполнения обеспеченного залогом обязательства соразмерно перешедшей к нему части указанного имущества. Однако если предмет залога неделим или по иным основаниям остается в общей собственности правопреемников, они становятся солидарными залогодателями.

Субъектами залоговых правоотношений являются залогодержатель и залогодатель. Залогодержатель - лицо, которое является кредитором по основному обязательству. Это положение подтверждается также тем, что уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге другому лицу является действительной только в том случае, если тому же лицу уступлено право требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом (т.е. и залогодержателем и кредитором снова является одно и то же лицо).

Залогодателем, согласно ст. 316 ГК Белоруссии, может являться как сам должник, так и любое 3-е лицо³⁷⁶. Так же им может быть лицо, которому принадлежит заложенное право. Залог права аренды или аренды любого другого права на чужую вещь допускается только с разрешения лица, у которого данная вещь находится на праве хозяйственного ведения, за исключением установленных в законе и договоре случаев.

Предметом залога, согласно ст. 317 ГК Белоруссии, может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за исключением имущества, изъятого из оборота, требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности, требований об алиментах, о возмещении вреда, причиненного его жизни или здоровью, и иных прав, уступка

³⁷⁵ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 года №218-3 // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь от 1999 года, №7-9, ст.101.

³⁷⁶ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 года №218-3 // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь от 1999 года, №7-9, ст.101.

которых другому лицу запрещена законом³⁷⁷. Залог отдельных видов имущества, в частности имущества граждан, на которое не допускается обращение взыскания, может быть законом запрещен или ограничен.

Следует обратить внимание на то, что одно и то же имущество может являться предметом нескольких залоговых правоотношений. При этом последующий залог допускается, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге, и залогодатель обязан сообщать каждому последующему залогодержателю сведения обо всех существующих залогах данного имущества. В такой ситуации положение последующего залогодержателя значительно хуже положения предшествующего, так как, если имущество, находящееся в залоге, становится предметом еще одного залога в обеспечение других требований (последующий залог), требования последующего залогодержателя удовлетворяются из стоимости этого имущества после требований предшествующих залогодержателей.

Предмет залога является одним из оснований классификации залога на различные виды. Так в зависимости от предмета залога выделяют:

- залог движимого имущества;
- залог недвижимого имущества (ипотека);
- залог прав;
- залог ценных бумаг³⁷⁸.

У каждого вида залога имеются различные подвиды, который различаются правовым регулированием.

Основанием возникновения залога являются: договор и закон. На основании закона залог возникает только в том случае, если в нормативно-правовом акте указано, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге.

Существенными условиями договора о залоге являются:

- стороны договора;

³⁷⁷ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 года №218-3 // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь от 1999 года, №7-9, ст.101.

³⁷⁸ Обеспечение исполнения обязательств - гражданское право Беларуси // www.library.by/portalus/modules/belorusianlaw/referat_readme.php?archive=&id=1160982349&start_from=&subaction=showfull&ucat=3 (дата обращения: 1.04.2016).

- предмет залога и его оценка;
- существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом;
- указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество.

Кроме вышеперечисленных условий существенными условиями являются те, по которым должно быть достигнуто соглашение по заявлению одной из сторон (например: объем требования, обеспеченного залогом; момент возникновения права залога; запрет последующего залога и т.д.).

Форма договора залога должна быть обязательно письменной.

Некоторые виды залога должны быть обязательно удостоверены у нотариуса. Например, договор об ипотеке. Кроме того, договор об ипотеке должен быть зарегистрирован в порядке, установленном для регистрации сделок с соответствующим имуществом. Несоблюдение названных правил влечет недействительность договора о залоге.

Вступление в залоговые правоотношения порождает как для залогодателя, так и для залогодержателя комплекс прав и обязанностей. При этом, законодательством выделен ряд прав и обязанностей, которые могут относиться как к залогодателю, так и к залогодержателю в зависимости от условий договора, а также права и обязанности, которые относятся только к залогодателю или только к залогодержателю.

Залогодатель или залогодержатель в зависимости от того, у кого находится заложенное имущество, обязан, если иное не предусмотрено законодательством или договором: страховать за счет залогодателя заложенное имущество в полной его стоимости от рисков утраты и повреждения, а если полная стоимость имущества превышает размер обеспеченного залогом требования, - на сумму не ниже размера требования; принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества, в том числе для защиты его от посягательств и требований со стороны третьих лиц; немедленно уведомлять другую сторону о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества. При грубом нарушении залогодержателем указанных обязанностей,

создающих угрозу утраты или повреждения заложенного имущества, залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога.

Поскольку залогодержатель и залогодатель заинтересованы в сохранении предмета залога они вправе проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения заложенного имущества, находящегося у другой стороны.

Специфичным видами залога в Республике Беларусь являются залог вещных прав и залог права требования.

Еще в Гражданском кодексе РСФСР 1922 года содержалась норма, которая регулировала такой вид залога как залог имущественных прав: "предметом залога может быть всякое имущество, не изъятое из оборота, в том числе долговые требования, а также право на горный отвод и на разработку полезных ископаемых". В Гражданском кодексе СССР 1964 года содержалась более общая формулировка: "предметом залога может быть всякое имущество...".

Когда речь идет о залоге прав, то имеется в виду залог только имущественных прав. Заложить неимущественное право невозможно юридически, потому что оно вообще не является объектом оборота. Всякие сделки по распоряжению неимущественными правами ничтожны. Что касается именно залога, то невозможность заложить право исходит из самой сущности данного способа обеспечения исполнения обязательства, а именно нельзя продать неимущественное право и получить удовлетворение из его стоимости.

Существует правило о том, что заложенными правами могут быть только имущественные права. Но имеется одно исключение. Оно связано с требованиями, которые тесно связаны с личностью. Закон запрещает их уступку, что автоматически означает невозможность их залога. Общим исключением из правила о возможности залога любого имущественного права всегда было положение о недопустимости залога прав, которые нельзя передавать (уступать).

Таким образом, в белорусском законодательстве нет запрета на залог вещных прав в качестве общего правила. Существуют отдельные исключения, когда закон прямо не допускает залога (передачи) того или иного права. Именно

наличие таких исключений может служить подтверждением общего правила о возможности залога вещных прав.

Если говорить о возможности залога обязательственных прав, необходимо отметить, что заложено может быть как денежное требование, так и требование иного имущественного предоставления. К примеру, из договора купли-продажи может быть заложено не только требование продавца об уплате покупной цены, но и требование покупателя о передаче товара.

В случае, когда предметом залога является право требования, необходимо учитывать существенные особенности этого вида залога по сравнению с залогом материальных вещей. Нельзя забывать об особенностях, которыми обладает залог обязательственных прав, которых лишены другие имущественные права, способные к залогоу (некоторые ограниченные вещные права, исключительные права).

Таким образом, проанализировав законодательство, регулирующие общественные отношения в сфере залога имущества в Республике Беларусь, можно сделать вывод, что регулирование данных отношений схоже с правилами, установленными в этой сфере в Российской Федерации. Такое положение связано с тем, что основные начала исследуемого института были сформированы еще во времена Советского Союза и затем нашли выражение в национальных законодательствах бывших союзных республик, в том числе и в Республике Беларусь.

«Рецепция Кодекса Наполеона в Швейцарии»

Сидоров А. Е.

Студент кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: alevsid@gmail.com

В данной статье проводится анализ влияния французского права на право других государств на примере Швейцарии и рассматривается история создания Гражданского кодекса Швейцарии с учётом особенностей, вызванных рецепцией норм Кодекса Наполеона.

Ключевые слова: Франция, Швейцария, Французский Гражданский кодекс, Кодекс Наполеона, Гражданский кодекс Швейцарии, Юджин Хубер.

Гражданско-правовая история государства может претерпевать значительные и разнообразные изменения под влиянием других стран. Примером такого государства является Швейцария, развитию которой способствовали другие государства, а в частности, Франция и Кодекс Наполеона. В 1798 г. под контроль Франции перешли 13 кантонов Швейцарии, составляющих её территорию на тот момент, а также начались первые попытки унифицировать гельветическое право, взяв за основу французское законодательство, и вскоре были разработаны и предложены два проекта Гражданского кодекса Гельветической республики³⁷⁹.

В 1803 г. Швейцария получила новую Конституцию от Наполеона и стала федеративным государством под протекторатом Франции и включала в себя 19 кантонов, правовое регулирование которых осуществлялось преимущественно в соответствии с нормами Кодекса Наполеона³⁸⁰. К моменту развала первой французской Империи Швейцарская Конфедерация насчитывала уже 22 кантона, и каждый из них мог самостоятельно определить своё право. В результате подавляющее большинство кантонов решило использовать за основу французскую модель. Другие кантоны, как, например, бывшая Женевская республика и провинция Бернской Юры, сохранили Кодекс Наполеона и продолжали применять его нормы, действовавшие ещё во время аннексии Францией. Кантон Во, расположенный на западе Швейцарии, принял в 1819 г.

³⁷⁹ Захватаев В.Н. Кодекс Наполеона – М.: Инфотропик Медиа, 2012. Ст. 401.

³⁸⁰ Внуков Н.А. Актуальные проблемы определения состава наследства // Наследственное право. - 2009. - №2. - Ст. 14.

Гражданский кодекс, базирующийся на положениях и модели Кодекса Наполеона. Через несколько лет количество таких кантонов увеличилось, в результате чего практически вся западная франкоговорящая и южная части Швейцарии стали использовать гражданские кодексы, разработанные на основе Французского Гражданского кодекса: в 1839 г. – Фрибург, в 1853 г. – Вале, в 1854 г. – Невшатель и в 1856 г. – Тесин.

К концу XIX в. в Швейцарии возникла необходимость в едином кодексе, который мог бы унифицировать право 25 автономных земель³⁸¹. В связи с этим, разработка Швейцарского Гражданского кодекса была поручена профессору Юджину Хуберу (1849 – 1923) и продолжалась 12 лет, с 1892 г. по 1904 г., так как началом работы над кодексом он проводил предварительные исследования и анализ правовой истории большинства кантонов Швейцарии. В качестве основы для нового Гражданского кодекса Швейцарии был выбран Французский гражданский кодекс в связи с тем, что он носил доступный и понятный характер и уже был привычен многим швейцарцам. В результате в новый кодекс были имплементированы многие институты гражданского права Франции, а также большинство частных правил. В качестве примера можно привести ст. 1132 Французского Гражданского кодекса³⁸², которая перенесена в ст. 17 Гражданского кодекса Швейцарии, а также ст. 1382 и 1383, которые также нашли своё отражение в Кодексе Швейцарии³⁸³.

Процесс разработки Кодекса Хубер начал с разделения законодательства кантонов Швейцарии на четыре группы: в первую входили нормы права, основанные на немецком законодательстве, во вторую – на австрийском, в третью – нормы, действовавшие в Цюрихе, и в четвёртую – правовые нормы Франции, которые ранее применялись в кантонах.

В результате, усилия Хубера себя оправдали, и Кодекс был высоко оценён правоведами, которые описывали его как современный и актуальный нормативный документ, изложенный кратким, простым и понятным языком.

³⁸¹ Медведев И.Г. Международное наследование в нотариальной и судебной практике // Закон. - 2006. - №10 - Ст. 64.

³⁸² Code civil. Art. 1132.

³⁸³ Сокольская Л.В. Взаимодействие правовых культур в историческом процессе // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2013. № 4. С. 178.

Швейцарский Гражданский кодекс был принят 10 ноября 1907 г. и затем вступил в силу с 1 января 1912 г. Кроме того, в это же время Виргиль Россел и Бренно Бертони опубликовали переводы Кодекса на французском и итальянском языках, что также способствовало его распространению и росту популярности³⁸⁴.

Главным образом, основу Швейцарского Гражданского кодекса составляют положения и принципы Французского Гражданского кодекса и Германского Гражданского уложения. В первую очередь Швейцарский Гражданский кодекс унаследовал французскую форму кодекса без общей части, терминологию и стиль изложения правовых норм. Также Кодекс Наполеона повлиял и на нормы Предварительного титула и другие нормы, например, регулирующие право собственности, семейное и наследственное право.

После принятия Кодекса, он претерпевал многочисленные и порой значительные изменения, которые затрагивали как отдельные нормы, так и целые главы.

На данный момент Гражданский кодекс Швейцарии включает в себя Предварительный титул и четыре книги или пять, если учитывать Кодекс «Об обязательственном праве». Предварительный титул состоит из десяти статей, определяющих общие положения о правах и обязательствах, порядок применения закона, сферу его действия на федеральном и кантональном уровнях и определяет бремя доказывания. В соответствии со ст. 1 данного титула, судья, при отсутствии положения в законе, разрешает вопрос в соответствии с правовыми обычаями, а в случае их отсутствия он вправе разрешать спор самостоятельно, руководствуясь положениями юриспруденции и доктрины.

Первая книга называется «Права лиц» и содержит ст. 11-89bis и определяет основные правила о правовом положении физических лиц, об актах гражданского состояния и о правовом статусе юридических лиц в общем и отдельных категориях.

Во вторую книгу, «Семейное право», входят ст. 90-456, распределённые на три части, регулирующие вопросы, связанные с супругами, детьми, родителями

³⁸⁴ Захватаев В.Н. Кодекс Наполеона – М.: Инфотропик Медия, 2012. Ст. 402.

и опекой. Первая часть содержит нормы, регулирующие заключение брака, режим имущественных отношений между супругами, его расторжение и другие вопросы. Вторая часть включает в себя нормы о правовом статусе детей, правах и обязанностях родителей, об установлении происхождения ребёнка и о семейном имуществе. В третьей части, касающейся опеки, Кодекс определяет органы опеки, их права, обязанности и ответственность, условия и требования для назначения опекуна или попечителя.

Третья книга называется «Наследственное право» (ст. 457-640) включает в себя две части: о наследниках и о наследовании. Первая часть содержит нормы о статусе наследников, о завещании и его видах, об обязательной наследственной доле и об исполнителях завещания. Во второй части урегулированы вопросы, связанные с открытием наследства, его принятием, разделом наследственного имущества и последствиями его принятия.

Четвёртая книга, «О вещных правах» содержит ст. 641-977 и разделена на три части: 1) о собственности, где рассматриваются общие положения о вещных правах, о движимой и недвижимой собственности; 2) об иных вещных правах включающая нормы о сервитуте, usufrukte, залоге, ипотеке, а также документах о праве собственности на землю; 3) о владении и реестре прав на недвижимую собственность.

Последние две главы Кодекса: «О применении прежнего и нового права» и «Меры исполнения» в совокупности составляют завершающий титул «О вступлении Гражданского кодекса в силу и о его применении».

В первой главе содержатся нормы об общих принципах данного Кодекса, включая запрет применения положений предыдущих законов, если они противоречат настоящему Кодексу, ретроактивность касательно правоотношений, возникших до его принятия, положения о добрых нравах и о публичном порядке, об объявлении лица безвестно отсутствующим, об исполнении гражданских прав, о вещных правах, о наследственном и семейном праве, о форме договоров и их давности. Вторая глава отменила все действующие ранее гражданские законы в кантонах, определив новые права и обязанности кантонов, связанные с применением отдельных положений

Гражданского кодекса Швейцарии. Кроме того, он содержал нормы, регулирующие вопросы о соотношении национального и иностранного права³⁸⁵, о концессиях в отношении государственных водных ресурсов, о банкротстве, об иском о взыскании долгов, а также и другие положения³⁸⁶.

Необходимо отметить, что в январе 1912 г. в Швейцарии вступил в силу Кодекс «Об обязательственном праве», принятый 30 марта 1911 г., и в настоящее время его принято рассматривать как часть Гражданского кодекса, а точнее, как пятую книгу. Она подразделена на пять частей. В первой закреплены общие положения об обязательствах, во второй рассматриваются отдельные виды договоров и связанные с ними обязательства, в третьей расположены нормы о торговых товариществах и кооперативах, в четвёртой – о торговой регистрации, торговых фирмах и коммерческом учёте, и, наконец, пятая книга содержала положения о ценных бумагах³⁸⁷.

Подводя итоги, можно сделать вывод о том, что ещё до момента принятия Гражданского кодекса Франции в 1804 г. уже существовали предпосылки для расширения его влияния на право Швейцарии, в частности, благодаря тому, что на тот момент французское право, хотя и не было лишено недостатков, всё-таки было более развитым, чем у многих государств того времени. Таким образом, в связи с захватом территории швейцарской Конфедерации Францией, их территориальной близостью, а также благодаря французским учёным и правоведам, французское право послужило образцом для становления и развития швейцарского права.

³⁸⁵ Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. Ред. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2009, Ст. 1096.

³⁸⁶ Там же, Ст. 1178.

³⁸⁷ Захватаев В.Н. Кодекс Наполеона – М.: Инфотропик Медия, 2012. Ст. 403.

Судебная система Канады

Симбагаева Х.А.

Студентка 3 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
Адрес: ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия

Судебная система Канады определена Конституционным актом 1867 г. (Акт о Британской Северной Америке 1867).³⁸⁸ Судебная власть является одной из ветвей государственной власти и ее задачами являются: рассмотрение и принятие решений по уголовным, гражданским и административным делам, рассмотрение конституционных споров, а также иные полномочия по осуществлению правосудия.

Как и во всех британских колониях, в Канаде утвердилась система английского общего права, по которой решения судов высокого ранга, не только местных, но и британских, получают обязательную силу судебного прецедента. Это связано с распространением принципа "убедительного прецедента", когда судебное решение, утвержденное в одной судебной иерархии обязательным прецедентом, то есть источником права, может показаться столь же убедительным для суда другой судебной иерархии (в том числе другой страны), что суд может принять свое решение на его основе, и иностранный прецедент, таким образом, станет источником права страны суда. Более того, в Канаде применяются и в известной мере сохраняют самостоятельное значение нормы так называемого права справедливости, выработывавшегося в решениях Суда канцлера в Лондоне в XV-XIX вв. и действовавшего параллельно с нормами общего права.

Судебная власть в стране принадлежит королеве (главе судебной системы страны) и Королевским судам. Все провинциальные и федеральные суды организованы по принципу четырёхуровневой пирамиды.

³⁸⁸ Конституционный акт 1867 г. (Акт о Британской Северной Америке 1867) // http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/canada/canada-r.htm

Судебная система Канады включает Верховный суд, федеральные судебные органы, налоговый суд, суды провинций и военные суды.

Верховный Суд Канады (Supreme Court of Canada)³⁸⁹ образован в 1875 г. Является высшей судебной инстанцией в стране, которая выносит окончательное решение по вопросам правосудия. Суд рассматривает жалобы на постановления по гражданским и уголовным делам, вынесенные высшими судебными инстанциями провинций и Федеральным судом, и принимает по ним окончательные решения. Жалобы на решения судов по гражданским делам могут быть поданы только с разрешения судей, которые вынесли судебные решения, или самого Верховного суда, если тот признает, что проблемы, которые возникли в ходе рассмотрения дела, выходят за пределы непосредственных интересов сторон судебного разбирательства. Верховный суд рассматривает жалобы лишь по делам о более тяжких уголовных преступлениях, преследуемых по обвинительному акту, если первоначальный оправдательный приговор был отменен вышестоящим судом либо если при разбирательстве дела возник спор по вопросу права. По просьбе Генерал-губернатора или Правительства Верховный суд может в качестве консультативного органа рассматривать вопросы, связанные с толкованием конституционных актов, проверкой конституционности законов, принимаемых Парламентом и законодательными собраниями провинций, и споры между ними о компетенции.

Главный судья Канады, а также 8 младших судей Верховного суда назначаются пожизненно Генерал-губернатором по представлению Премьер-министра. Они принимают присягу перед Генерал-губернатором. Обязательно в состав Верховного суда должны входить 3 судьи, которые представляют Квебек. Для принятия судебного решения, как правило, достаточно участия в заседании 5 его членов.

Суд проводит заседание в Оттаве, хотя стороны могут представлять свои выступления и из отдаленных мест с помощью системы видео-конференции. Слушания Суда открыты для публики. Большинство слушаний записывается для показа по телевидению на двух официальных языках Канады (английский и

³⁸⁹ Supreme Court of Canada <http://www.scc-csc.ca/>

французский). Верховный суд проводит три сессии в год и рассматривает, в среднем, до 80 апелляций на год. Каждая сессия длится три месяца. Первая сессия начинается в январе, вторая - в апреле, а третья - в октябре. В течение сессии Суд заседает с понедельника по пятницу, заслушивая по две жалобы на день. Для заслушивания дела нужен кворум из пяти членов. Большинство дел заслушивает группа специалистов из семи или девяти судей.

Федеральный суд Канады образован в 1971 г. Единственный суд в Канаде, деятельность которого ограничивается применением только федеральных законов. Все другие суды применяют законы федерации и законы провинций. В состав федерального суда входят председатель и 32 судьи. Весь судебный состав назначается Генерал-губернатором пожизненно. В федеральном суде рассматриваются гражданские иски претензии к федеральным властям от их имени, споры о гражданстве, жалобы по вопросам налогов, патентов и торговых марок, споры между Федеральным правительством и органами исполнительной власти провинций и др.

Суды провинций рассматривают гражданские дела первой инстанции, как правило, по иску от 300 до 3000 долларов, а также уголовные дела средней тяжести. Гражданские дела на сумму до 300 долларов рассматриваются магистратскими судами.

Каждая канадская провинция и территория имеют свои апелляционные суды, высшие суды и суды низшей инстанции.

Апелляционные и высшие суды провинций создаются на основании Конституционного акта 1867 г., который дает федеральному Правительству право назначать судей. Однако управление этими судами и их содержание осуществляется провинциями. Эти суды занимаются рассмотрением апелляций и обычно не проводят судебные разбирательства и не заслушивают свидетелей.

Суды низшей судебной иерархии создаются на основании внутренних законов провинций и рассматривают дела, подпадающие под юрисдикцию этих законов.

Налоговый суд Канады создан в 1983 г., в соответствии с Законом о Налоговом суде Канады. Налоговый суд является высшей судебной инстанцией,

которая рассматривает обращения физических лиц и компаний по вопросам, связанным с налогами на прибыль, налогам на товары и услуги, а также с выплатой пособия по безработице. Роль налоговых судей заключается в том, чтобы решить, истец обязан уплатить спорный налог на прибыль или налог на товары и услуги, или обладает ли он правом на получение пособия по безработице или других выплат в рамках пенсионной программы.

Военные суды Канады рассматривают дела о преступлениях военнослужащих, в том числе по несению военной службы, которые совершены на территории воинских частей. Правовую основу канадской системы военного правосудия составляет Кодекс военной службы, который является важной составной частью Закона о национальной обороне 1985 г. Решения военных судов могут быть обжалованы в Апелляционном суде военного суда. Особенность этого суда заключается в том, что он существует вне компетенции вооруженных сил и состоит из гражданских судей, которые являются членами Федерального суда, Федерального апелляционного суда или высших судов провинций.

Судебная система Канады гарантирует, что суды доступны для каждого гражданина и что слушания являются открытыми, прозрачными и свободными от вмешательства правительства.

Тезисы о материальном и процессуальном эстоппелях в российском праве

Старцев Д. Д.

Студент магистратуры юридического факультета
Российский университет дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
Тел.: +7 (916) 321-09-38, email:altdies@mail.ru
Научный руководитель: к.ю.н., доц. Ковалев С. И.

В статье рассматривается доктрина эстоппель. Её истоки, основная классификация и существование в российском законодательстве.

Ключевые слова: эстоппель, материальный эстоппель, процессуальный эстоппель, эксепция, estoppel, promissory estoppel, judicial estoppel.

1. **Общие положения об Эстоппеле.** Эстоппелем называется доктрина-принцип, согласно которому сторона делающая заявление, совершающее действие или осуществляющее своё поведения лишается возможности ссылаться на иное противоречивое заявление, действие, поведение, если оно дало другой стороне возможность полагаться на первоначальное заявление, действие или поведение.

2. **В Риме.** Нельзя не обратить внимания на очевидную связь данной правовой конструкции с древнеримскими эксепциями (*exceptio*) - процессуальными возражениями. Конструкция эксепций так или иначе была воспринята всеми правовыми системами. Она не допускает очевидно «не честных возражений сторон». В связи с этим можно поставить под сомнение оригинальность английского estoppel и его сравнительную молодость. Эстоппель является средством, *блокирующим* требования или возращения стороны по спору ввиду их противоречия принципу добросовестности (*bona fides*), несмотря на формальную обоснованность такого требования или возращения. И эстоппель и эксепция имеют процессуальный характер. Они направлены на запрет ссылаться в суде на определенные обстоятельства. Правило *exceptio doli generalis*, ограничивало притязания стороны в споре на нечто несправедливое по самой своей сути, несмотря на соответствие этого требования нормам *ius civile*.³⁹⁰

³⁹⁰ Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: Учеб. М., 2002. С. 105

3. **В Англии и США.** Эстоппель это доктрина-принцип, суть которой состоит в том, что лицо «останавливается» в защите определенных прав или в ссылке на определенные обстоятельства, включая слова и действия, когда это противоречит ранее совершенным фактам.³⁹¹

4. Принцип был разработан в Англии. Первые упоминания датируются XVI веком н.э., тогда как само слово имеет французское происхождение (*estop(p)er, estouper*). Дословно переводится «остановить возжами». Впервые термин упомянут Лордом Эдвардом Коуком следующим образом:

*«это называется эстоппелем или закрытием, когда слова, действия или согласия человека закрывают ему рот, дабы тот не мог утверждать что-то или возражать что-то, что влечет нечестность».*³⁹²

5. Принцип часто смешивают с доктриной «отказа от права» (*waiver*), при котором одна из сторон отказывается от одного права в угоду другому. Хотя, очевидно, что последний зависит от воли стороны, а не суда, и лишь утверждается судом, при наличии оснований, тогда как эстоппель инициируется судом в случае перемены лицом своей позиции.³⁹³ Принцип также перекликается с доктриной «небрежных действий», по которой одна из сторон затягивает совершение процессуальных или иных действий, дабы создать неблагоприятные последствия для другой стороны.³⁹⁴ Помимо эстоппеля и доктрины отказа от прав в Англии существует ещё две похожие доктрины: доктрина вариации и доктрина выбора.³⁹⁵ Если отказ от права всегда связан с анализом наличия встречного удовлетворения (*consideration*)³⁹⁶, то доктрина вариации направлена на анализ содержания и формы договора, в целях

³⁹¹ Wilken and Villiers, para 9-03; The Commonwealth v Verwayen (1990) 170 CLR 394 at 444 per Deane J.

³⁹² См. подробнее: 2 Coke, Littleton 352a

³⁹³ <http://www.chadbourn.com/files/Publication/d9d03dc9-d437-4490-a508-7ab848670861/Presentation/PublicationAttachment/986063ac-1f5d-4813-899f-7fd3d205a78f/Hall%20Smith%20NYLJ%20reprint%2012%2010.pdf>

³⁹⁴ Fort, Kathryn E. (2009). "The New Laches: Creating Title Where None Existed". *George Mason Law Review* 16: 357.; Bray, Samuel (2014). "A Little Bit of Laches Goes a Long Way: Notes on *Petrella v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*" (PDF). *Vanderbilt Law Review* En Banc 67: 1–18.

³⁹⁵ См. подробнее: URL: <http://www.drukker.co.uk/publications/reference/waiver/>; URL: <http://www.slideshare.net/paultaylor243/promissory-estoppel-waiver-and-election-power-point-2>.

³⁹⁶ Если нельзя наделить правовой защитой обязательственные требования, которым не корреспондируют какие-либо встречные права контрагента по договору, а из поведения одной из сторон контракта явным образом следует, что она не намерена использовать определенные права по договору, то давать ей правовую защиту в случае, когда она в нарушение своих заверений намеревается реализовать эти права, было бы несправедливым

предотвращения недобросовестных действий, доктрина выбора же предотвращает ситуацию, когда одна из сторон выбрав одно из действий (например, расторгнуть договор) пытается в дальнейшем реализовать другое свое право (например, понуждить к исполнению договора).

6. **Виды эстоппеля: I.** Эстоппель основанный на доверии: а) лишение права на возражение в связи с данным обещанием³⁹⁷ Английский пример, с которым связывают создание эстоппеля, основанного на доверии, является дело *Hughes v. Metropolitan Ry (1877)*³⁹⁸. В данном деле выработалось правило, что арендодатель, который пообещал арендатору, что он не расторгнет договор аренды с ним, на что положился арендатор, и который в последствии попытался реализовать своё право на расторжение договора, уведомив предварительно арендатора, не может ссылаться на своё право расторгнуть такой договор в связи с данным обещанием; б) эстоппель основанный на заверениях о фактах³⁹⁹. В отличие от предыдущего зависит не от какого-то обещания, а от совершенных действий, либо иных юридически значимых фактов; в) земельный эстоппель вступает в силу, когда истец совершил ошибку, полагая, что у него есть право на землю, при этом опираясь на заверения ответчика, а ответчик знал о том, что у истца нет прав на землю и воспользовался тем, что истец положился на этот факт, подогревая уверенность истца в наличии его прав на землю. Примером является английское дело, в котором отец заверил сына, что он передал сыну земельный участок, а сын, уверенный в этом, стал облагораживать его, хотя в действительности права на участок не переходили. В последствии отец был лишен права на возражение против отсутствия надлежащего перехода прав и отсутствия договора между сыном и отцом; г) лишение права на возражение по причине предшествующего поведения. В английском деле *Aspex Eyewear v. Clariti Eyewear* создатель оправ для очков Аспекс подал иск на своего конкурента Сларити за нарушение патентных прав. Как было установлено судом Ответчик делал *Waltons Stores Ltd v Maher (1988)*запрос Истцу по вопросу

³⁹⁷ *Cobbe v Yeoman's Row* [2008] UKHL 55 ; [Hughes v. Metropolitan Railway Co](#) ; [Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd](#) ; дело *Hughes v. Metropolitan Ry (1877)* ; Дубинчин А. А. Английское контрактное право. М., Берлин, 2010. С. 205

³⁹⁸ *Hughes v. Metropolitan Ry (1877)*

³⁹⁹ *Halsbury's Laws of England*, vol 16(2), 2003

наличия или отсутствия исключительных прав на промышленный образец, на который не последовало ответ. Иск был подан через три года после такого уведомления, дав таким образом, Истцу возможность рассчитать большую сумму ответственности. Суд указал на недобросовестное поведение Истца и отказал в праве ссылаться на факт нарушения Ответчиком патентных прав Истца, отказав в иске полностью.⁴⁰⁰; **II.** Другой вид эстоппеля: *конвенционный эстоппель*, используется в ситуации, когда сторона сделала ошибку при формировании контракта и пытается опираться не на сам договор, а на переговоры, которые существовали до заключения договора. Вступает в силу, когда обе стороны разделяли одинаковое мнение по поводу условий договора и обе стороны заключали подобные сделки с одинаковым убеждением по условиям.⁴⁰¹; **III.** Эстоппель в силу молчания применяется в ситуации, когда одна сторона даёт другой предупреждение о некоторых фактах, а другая не отвечает в течение разумного периода времени; **IV.** Договорной эстоппель действует, когда сторона, *исполнявшая* договор, пытается его оспорить.⁴⁰² **V.** Эстоппель под печатью. Когда договор заключается под печатью, презюмируется, что все стороны одинаково понимают условия договора и не могут истолковывать их в свою пользу. **V.** деловой эстоппель представляет собой обычную преюдицию в российском понимании.⁴⁰³ **VI.** Судебный эстоппель – остановка права на возражение, когда сторона приняла другую позицию в судебном процессе (часто именуют процессуальным эстоппелем). И иные виды эстоппеля.

7. Одним важным прецедентом о правиле эстоппель является дело *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd (1947)* <6>. В данном деле требования, идущие вразрез с устоявшимися отношениями между сторонами были признанными недобросовестными.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ См. подробнее: <http://www.finnegan.com/Publications/federalcircuit/FCCDetail.aspx?pub=dca53489-0782-44a4-8a27-2271860c44d6>

⁴⁰¹ *Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. v Texas Commerce International Bank Ltd* [1982] QB 84

⁴⁰² *Peekay Intermark Ltd v Australia and New Zealand Banking Group Ltd* [2006] EWCA Civ 386

⁴⁰³ *Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police* (1982)

⁴⁰⁴ Дубинчин А. А. Английское контрактное право. М., Берлин, 2010. С. 224

8. **Критерии и элементы.** Существует три критерия для того, чтобы «запустить» доктрину эстоппель (обещание, сторона должна положиться на обещание, несправедливое поведение).⁴⁰⁵

9. Важнейшим элементом доктрины эстоппель является то, что эта доктрина используется только как средство защиты, а не как средство нападения.⁴⁰⁶ В деле *Combe v Combe* муж после развода пообещал платить жене ежемесячные выплаты, но не смог выполнить своего обещания, тогда жена обратилась в суд заявив требования о взыскании денежных средств с мужа, сразу заявляя эстоппель против его возражений. Суд однако указал, что обещание мужа не нарушило прав жены и не дало ей оснований для предъявления требований, выработав знаменитую фразу, что эстоппель это «щит, а не меч». Хотя практика порой была противоречива по этому вопросу.⁴⁰⁷

10. В США дополнительным критерием для эстоппеля является – наличие ущерба.

11. **В международном праве.** Эстоппель был воспринят в первую очередь международной правовой доктриной и именуется в Европе как *принцип определенности* (principle of certainty). Данный принцип можно усмотреть в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (данный правовой принцип означает утрату государством права ссылаться на какие-либо факты или обстоятельства в обоснование своих международных притязаний). Принцип не применяется, если договор был заключен под влиянием силы.

12. **Принцип эстоппель в Российском гражданском материальном и гражданском процессуальном праве.**

13. В российской судебной практике встречаются примеры использования правила эстоппель как в **процессуальном**, так и в **материальном** аспекте (хотя такое деление, как уже было показано, не соответствует классификации принятой в Англии в виду отсутствия в Англии деления права на материальное и процессуальное). Как пример использования этого правила в материальном аспекте можно привести правовую позицию, согласно которой

⁴⁰⁵ *Waltons Stores Ltd v Maher* (1988)

⁴⁰⁶ *The Proodos C* (1980), <11> Как было указано в деле *Combe v. Combe* (1951),

⁴⁰⁷ См. например: *Evenden v Guildford City AFC* [1975] QB 917 ; *Employment v Globe Elastic Thread Co Ltd*[1980] AC 506

после исполнения условий договора сторона не может ссылаться на его незаконность или недействительность, так как своими действиями она уже подтвердила наличие воли на его исполнение. В данном случае уместно сравнить применение правила о **запрете предъявлять возражения по причине предшествующего поведения сторон** и применение норм об оспоримых недействительных сделках, которые также могут быть реализованы стороной спора только в судебном порядке. В этом смысле данные нормы, безусловно, являются материально-правовыми. Следует отметить определенную связь между этими правовыми институтами. При отсутствии возражений стороны спора о том, что заключенная сделка является недействительной, другая сторона может применить правило эстоппель, подтверждающее действительность сделки, ввиду отсутствия заявления об обратном в течение выделенного в п. 2 ст. 181 действующего ГК РФ "срока подозрительности".

14. Первое упоминание доктрины в судебной практике можно усмотреть в **Постановлении Президиума ВАС РФ от 22.03.2011 N 13903/10 по делу N А60-62482/2009-С7.**

Открытое акционерное общество "Свердловэнергосбыт" (обратилось в Арбитражный суд Свердловской области с иском к открытому акционерному обществу "Екатеринбургская электросетевая компания" (далее - компания) о взыскании неосновательного обогащения, возникшего в результате переплаты за услуги по передаче электроэнергии,

В последствии было заключено мировое соглашение с зачетом встречных требований, вытекающих из суммы задолженности и иных обязательств.

Однако истец после заключения мирового соглашения повторно обратился в суд с требованием о взыскании процентов.

Суд указал, что Истец не может взыскивать проценты, так как мировое соглашение предполагало прекращение спора между сторонами, а мировое соглашение по вопросу уплаты процентов хоть

и не указано в мировом соглашении, но оно презюмируется. Таким образом, истцу следует отказать в защите права (эстоппель).⁴⁰⁸

К данному делу было также приложено особое мнение судьи С. Сарбаша, где тот указал, что мировое соглашение есть сделка. В данном случае, направленная на погашение основного долга, а не процентов.⁴⁰⁹ Отметим, что английская практика в похожей ситуации указала на невозможность выдвижения новых требований в похожей ситуации.⁴¹⁰

Ситуацию также не разрешил и проект Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации Москва 2014 г. «О примирительных процедурах». В п. 16 данного проекта содержатся два варианта решения данной ситуации. Как основанный на решении № 13903, так и основанный на особом мнении судьи С. Сарбаша.⁴¹¹

15. Другие примеры: В **Постановлении от 14.06.2011 N 1787/11 по делу N А40-4113/10-25-33 Президиум ВАС РФ** пришел к выводу, что сторона спора, рассмотренного международным арбитражем, не вправе требовать отказа в выдаче исполнительного листа на признание и приведение в исполнение этого решения, ссылаясь на некомпетентность такого суда, если она активно участвовала в рассмотрении спора в третейском суде и не оспаривала его в государственных судах по месту рассмотрения спора.⁴¹²

16. Исполнение, либо иное признание существования договора (его действительности или заключенности) является основанием для запрета ссылаться на незаключенность или недействительность такого договора.⁴¹³

⁴⁰⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 22.03.2011 N 13903/10 по делу N А60-62482/2009-С7.

⁴⁰⁹ ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ВЫСШЕГО АРБИТРАЖНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ПО ДЕЛУ АРБИТРАЖНОГО СУДА СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ N А60-62482/2009-С7 от 22 марта 2011 г. N 13903/10

⁴¹⁰ Colchester BC v. Smith (1992),

⁴¹¹ См. подробнее: Проект Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации Москва 2014 г. «О примирительных процедурах».

⁴¹² Постановление от 14.06.2011 N 1787/11 по делу N А40-4113/10-25-33 Президиум ВАС РФ, См. похожую практику: Постановление Президиума ВАС РФ от 02.02.2010 N 13211/09 по делу N А54-3028/2008-С10, Определение ВАС РФ от 26.05.2011 N ВАС-4369/11 по делу N А05-10560/2010.

⁴¹³ См.: Постановление ФАС Московского округа от 08.12.2010 N КГ-А40/14289-10 по делу N А40-12488/10-141-128, Определение ВАС РФ от 18.03.2011 N ВАС-2594/11 по тому же делу, Постановления ФАС Уральского округа от 24.08.2010 N Ф09-6171/10-С3 по делу N А60-7179/2010-С2, от 18.08.2010 N Ф09-6473/10-С4 по делу N А50-25063/2009, Восьмого ААС от 11.10.2010 по делу N А46-2864/2010, Восемнадцатого ААС от 09.12.2009 N 18АП-8674/2009 по делу N А07-7653/2009.

17. Договор аренды, который исполняется длительное время также не может быть признан недействительным сторонами, а стороны, пытающиеся оспорить его должны быть ограничены в таком праве.⁴¹⁴

18. Очень часто встречающаяся практика по подведомственности суда, либо арбитража, когда сторона согласилась с арбитражем путем подачи иска, либо с судом путём заявления по существу спора.

19. Другое хрестоматийное дело, уже связанное с процессуальным эстоппелем, можно встретить в *Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ по делу № 303-ЭС14-31 от 09.10.2014.*

В данном деле Пароходство обратилось с иском к ЗАО “РИМСКО” о взыскании вознаграждения за спасательную операцию, проведенную им в отношении судна “Берег Надежды”. В первой инстанции ЗАО “РИМСКО” утверждало, что является ненадлежащим ответчиком по делу, поскольку территория нахождения судна являлась зоной чрезвычайной ситуации, а значит, расходы на спасательную операцию являются расходным обязательством Российской Федерации.

Данное дело несколько раз возвращалось из кассационного разбирательства в первую инстанцию.

В итоге попав в КЭС ВС РФ Ответчик заявил, что не является собственником судна и поэтому является ненадлежащим ответчиком. Суд применил правило эстоппель и отказал Ответчику в замене стороны.⁴¹⁵

20. **Противоположная практика по эстоппелю** связана со ст. 9 ГК РФ (осуществление гражданским прав и недопустимость отказа от прав). В *Постановлении ФАС МО от 24 февраля 2012 г. по делу N А40-71837/11-58-398.* Обещание не предъявлять требования о взыскании процентов было расценено судом от недопустимый отказ от права, сохранив, таким образом, за стороной

⁴¹⁴ Постановление ФАС Московского округа от 16.03.2011 N КГ-А40/1388-11 по делу N А40-67023/10-16-566.

⁴¹⁵ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ по делу № 303-ЭС14-31 от 09.10.2014.

право взыскать проценты за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ).

21. В **Постановлении ФАС ПО от 26 августа 2013 г. по делу N А55-13226/2009** обещание не предъявлять претензий к МИФНС, выраженное в гарантийном письме, также было расценено судом как отказ от права, что не допустимо по ст. 9 ГК РФ.

22. **Во что вылилось?** Законодательство отреагировало на то, что общественные отношения так или иначе стали формировать принцип эстоппеля. В Ст. 166. П. 2 последний абзац. И п. 5 указано:

«...Сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли...

*Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки».*⁴¹⁶

23. Минусом данной нормы является сведение доктрины до частного случая. Плюс же её является введение, как минимум, одного из видов эстоппеля в гражданском материальном праве.

В главе 3 Концепции Единого гражданского процессуального кодекса указан принцип эстоппель:

*«3.3. Новеллами являются положения доктрины эстоппель, ограничивающей возражения против неподведомственности или неподсудности дела со стороны ответчика моментом первого заявления по существу дела во избежание злоупотреблений процессуальными правами».*⁴¹⁷

⁴¹⁶ "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016)

⁴¹⁷ "Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации" (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 N 124(1))

24. Плюсами всё также является признание законодателем существования принципа, а также введение его в процессуальный кодекс, что даст возможность развиваться этой доктрине. Однако у данной концепции есть и минусы:

Принцип снова сводится до одного частного случая; как уже указывалось, эстоппель не может быть средством нападения, а из текста концепции следует, что она применяется в качестве меры нападения истцом; данное положение направлено исключительно на возможность его использования Истцом, тогда как злоупотребления Истца по вопросу подведомственности оно не ограничивает, то есть нарушается баланс в процессуальных возможностях сторон, а значит нарушается принцип процессуального формального равенства сторон (*equity and justice*).⁴¹⁸

⁴¹⁸

Основания и порядок банкротства физических лиц по законодательству Российской Федерации

Сулайманов Р.А.

Студент магистр юридического факультета
Российский университет дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198

В статье освещаются основания и порядок банкротства физических лиц по законодательству Российской Федерации

Ключевые слова: порядок банкротства, основания банкротства, Россия, физические лица.

Положения Закона о банкротстве, регулирующие процедуры, применяемые в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, вступили в силу с 1 октября 2015 года.

В соответствии с пунктом 1 статьи 213.1 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» отношения, связанные с банкротством граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, регулируются параграфами 1.1 и 4 главы X Закона, а при отсутствии специальных правил, регламентирующих особенности банкротства этой категории должников - главами I - III.1, VII, VIII, параграфом 7 главы IX и параграфом 2 главы XI Закона.

В данной статье мною будут рассмотрены основания и порядок банкротства физических лиц.

В соответствии со ст.213.3 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» правом на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании гражданина банкротом обладают гражданин, конкурсный кредитор, уполномоченный орган.

Заявление о признании гражданина банкротом принимается арбитражным судом при условии, что требования к гражданину составляют не менее чем пятьсот тысяч рублей и указанные требования не исполнены в течение трех месяцев с даты, когда они должны быть исполнены, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом.

Согласно п.8 Постановления Пленума ВС РФ Заявление конкурсного кредитора или уполномоченного органа о признании должника банкротом принимается арбитражным судом, если требования к должнику с учетом абзаца четвертого пункта 2 статьи 4 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»

составляют в совокупности не менее чем пятьсот тысяч рублей и указанные требования не исполнены в течение трех месяцев со дня, когда они должны были быть исполнены⁴¹⁹.

Обязанность должника по обращению в арбитражный суд с заявлением о признании себя банкротом на основании пункта 1 статьи 213.4 Закона о банкротстве возникает при одновременном наличии двух условий:

- размер неисполненных должником денежных обязательств и (или) обязанности по уплате обязательных платежей (как с наступившим сроком исполнения, так и с ненаступившим) в совокупности составляет не менее чем пятьсот тысяч рублей независимо от того, связаны они с осуществлением предпринимательской деятельности или нет;
- удовлетворение требования одного или нескольких кредиторов приведет к невозможности исполнения обязательств и (или) обязанностей по уплате обязательных платежей перед другими кредиторами.

При реализации должником права на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании его банкротом на основании пункта 2 статьи 213.4 Закона о банкротстве учитывается наличие обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что должник не в состоянии исполнить денежные обязательства и (или) обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок, и признаков неплатежеспособности и (или) недостаточности имущества у должника⁴²⁰. Размер неисполненных обязательств в этом случае значения не имеет.

Для начала суд утверждает финансового управляющего, который по предъявляемым к нему требованиям соответствует арбитражным управляющим по делам о банкротстве юридических лиц. Если суд заявление о банкротстве признает обоснованным, то финансовому управляющему дается 15 дней на извещение о деле всех известных ему кредиторов. Он предлагает им заявить свои требования, а затем проводит очное или заочное собрание кредиторов.

⁴¹⁹ П.2 ст. 33 и п.2 ст. 213.3 Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О несостоятельности (банкротстве)" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016) // СПС КонсультантПлюс

⁴²⁰ П.3 ст.213.6 Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О несостоятельности (банкротстве)" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016) // СПС КонсультантПлюс

Скрывать информацию об имуществе и обязательствах от управляющего должнику запрещается под угрозой административного штрафа в 5000–10000 руб. или уголовного наказания – взыскания до 500 000 руб. или заключения на три года.

Суд может утвердить между должником и кредиторами мировое соглашение⁴²¹, но только если погашен долг перед кредиторами первой и второй очереди. Гражданин может добиться реструктуризации задолженности, но не более чем на три года. Это возможно при соблюдении ряда условий: гражданин имеет источник дохода, у него нет неснятой или непогашенной судимости за умышленное преступление в сфере экономики, а также он не подвергался административной ответственности за мелкое хищение, умышленное уничтожение или повреждение имущества, фиктивное или преднамеренное банкротство или у него уже истек срок, в течение которого наказание считается наложенным⁴²². При этом реструктурировать задолженность суд не будет, если человек воспользовался ранее этой процедурой и с этого момента не прошло восемь лет, либо пять лет с момента признания его банкротом.

Если ни мировое соглашение, ни план реструктуризации не утверждены либо гражданин предоставил недостоверные сведения, то арбитражный суд может вынести определение о признании гражданина банкротом и введении реализации имущества гражданина. На данный момент уже существует весьма обширная практика признания гражданина несостоятельным и введение процедуры реализации имущества гражданина. Вот одно из таких решений: Решение Арбитражного суда Республики Алтай № А02-2313/2015

Ирkitова Айжан Акчабаевна обратилась в Арбитражный суд Республики Алтай с заявлением о признании ее несостоятельным (банкротом). В заявлении указано, что должник имеет кредитные обязательства в общем размере 689149 рублей 82 коп., возможность исполнения которых у него отсутствует. У заявителя имеется недвижимое имущество – жилой дом и земельный участок приблизительной стоимостью 50 000 руб., ноутбук, принтер, цифровой аппарат

⁴²¹ ст. 213.31 Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О несостоятельности (банкротстве)" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016) // СПС КонсультантПлюс

⁴²² ст. 213.13 Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 29.12.2015) "О несостоятельности (банкротстве)" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016) // СПС КонсультантПлюс

на общую сумму 20 000 руб. Доходы отсутствуют. Имеется несовершеннолетний ребенок- Иркитов Кирсан Николаевич 22.07.2003 года рождения. Согласно представленным документам, у гражданки Иркитовой А.А. в собственности имеется недвижимое имущество: одноэтажный жилой дом площадью 38.4 кв.м. и земельный участок площадью 1300 кв.м. Также, согласно заполненной форме, у Иркитовой А.А. имеется ноутбук Acer, принтер Samsung, цифровой аппарат Nikon. Ориентировочная стоимость указанного имущества (ценностей) составляет 70 000 рублей. На иждивении должника находится несовершеннолетний сын- Иркитов Кирсан Николаевич 22.07.2003 года рождения. Таким образом, суд приходит к выводу о несоответствии Иркитовой А.А. требованиям для утверждения плана реструктуризации долгов. Руководствуясь статьями 6, 20.2, 20.6, 45, 213.2, 213.4, 213.6, 213.9, 213.24 ФЗ от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», статьями 167-170, 176, 223 АПК РФ, арбитражный суд решил: Признать Иркитову Айжан Акчабаевну несостоятельным (банкротом) и ввести процедуру реализации имущества должника-гражданина на срок до 13 июля 2016 года.

Однако есть случаи когда граждане не желают проходить процедуру реструктуризации и обращаются с заявлением о признании их банкротом минуя стадию реструктуризации долгов, что не всегда получается. В качестве примера можно привести определение Арбитражного суда Архангельской области № А05-12113/2015:

15 октября 2015 года в Арбитражный суд Архангельской области поступило заявление Ермолаева Владимира Николаевича (далее – должник) о признании его несостоятельным (банкротом). Определением Арбитражного суда Архангельской области от 16 ноября 2015 года заявление принято, возбуждено производство по делу о банкротстве. Ермолаев В.Н. представил ходатайство о введении в отношении него процедуры реализации имущества без процедуры реструктуризации долгов. Вместе с тем, оснований для удовлетворения указанного ходатайства суд не усматривает. Учитывая, что на дату судебного заседания у заявителя имеется доход (зарботная плата), имеются основания полагать, что должник имеет иные доходы, сведения о которых суду не

представлены, отсутствуют иные перечисленные выше препятствия для представления плана реструктуризации его долгов, суд полагает введение реализации имущества должника на настоящий момент преждевременным. Арбитражный суд Архангельской области, руководствуясь 184, 185, 223, 224 АПК РФ статьями 45, 213.1, 213.4, 213.6, 213.9, 213.11 ФЗ от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», ОПРЕДЕЛИЛ: Признать заявление Ермолаева Владимира Николаевича о признании его несостоятельным (банкротом) обоснованным. В удовлетворении ходатайства о введении процедуры реализации имущества отказать. Ввести в отношении Ермолаева Владимира Николаевича процедуру реструктуризации долгов гражданина⁴²³.

После признания гражданина банкротом начинается реализация его имущества, на которую отводится полгода. Из конкурсной массы исключается лишь имущество, на которое по ГПК РФ нельзя обратить взыскание. В конкурсную массу может включаться имущество, составляющее долю банкрота в общем имуществе, на которое может быть обращено взыскание в соответствии с гражданским законодательством, семейным законодательством. Кредитор вправе предъявить требование о выделе доли гражданина в общем имуществе для обращения на нее взыскания.

Если денег от реализации имущества не хватило на погашение всех долгов, то они все равно считаются закрытыми. Это правило не распространяется на случаи возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью, о выплате заработной платы и выходного пособия, о возмещении морального вреда, о взыскании алиментов. Также кредиторы смогут добиться дополнительного взыскания средств с банкрота, если выяснится впоследствии, что должник скрыл некоторое имущество.

Физическое лицо не освобождается от обязательств, если доказано, что он совершил неправомерные действия при банкротстве, допустил преднамеренное или фиктивное банкротство. Также гражданин не освобождается от обязательств, если не предоставил необходимые сведения или предоставил заведомо недостоверные сведения финансовому управляющему или

⁴²³ http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/f374cb7e-dfe5-4c09-bdea-de35861ab391/%D0%9005-12113-2015__20160113.pdf

арбитражному суду либо доказано, что при возникновении или исполнении обязательства гражданин действовал незаконно, в том числе совершил мошенничество, злостно уклонился от погашения кредиторской задолженности, уклонился от уплаты налогов и сборов, предоставил кредитору заведомо ложные сведения при получении кредита, скрыл или умышленно уничтожил имущество.

По мнению некоторых юристов из этого видно, что закон в этой части определен не четко, так как не освобождает должника от обязательств, при возникновении или исполнении которых он действовал незаконно, однако под такую формулировку попадает слишком большое для исключения из общего правила число обязательств. В том числе не указан и характер вины должника, влекущий сохранение обязательства⁴²⁴.

⁴²⁴ <http://pravo.ru/review/view/122366/>

Основы гражданского судопроизводства Италии

Уразова Э.Н.

*Студентка 3 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
адрес: улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия,
117198 e-mail: elina-uraz@mail.ru*

В статье анализируются основные нормативные источники гражданского процессуального права Италии, приводится сравнительный анализ базовых положений источников права Италии и России, а также рассматриваются система судов и способы обжалования судебных актов в Италии.

Ключевые слова: источники гражданского процессуального права Италии, Конституция Италии 1947 г., Гражданский процессуальный кодекс Италии 1942 г., принципы гражданского судопроизводства, система судов, способы обжалования судебных актов Италии.

Италия - страна с древнейшей историей, исключительность которой нашла свое отражение и в правовой культуре. На настоящем этапе развития Италия представляет собой одну из ведущих капиталистических стран, которую отличает уникальность ее правовой системы. Базовые принципы, положенные в основу формирования правовой системы Италии в целом подобны общим тенденциям развития правовых систем во всем мире. Однако следует отметить, что правовой системе в Италии свойственна и определенная специфика, обусловленная в основном особенностями исторического развития государства. Не осталось без воздействия и гражданское процессуальное право Италии.

В данной связи следует провести сравнительный анализ ключевых положений, касающихся гражданского судопроизводства в Италии и в России. Наиболее значимый вопрос заключается в следующем: какие нормативные источники регулируют гражданский процесс в данных государствах?

В первую очередь, следует уделить особое внимание основополагающему нормативному акту – Конституции. В системе действующего законодательства Италии ключевую роль играет **Конституция 1947 г.**, признанная одной из наиболее демократических западных конституций прошлого столетия. Настоящая Конституция существенным образом воздействовала на последующее реформирование кодексов и иных законов Италии. Особую роль

играют Общие положения о законе, устанавливающие иерархию источников права (законов, подзаконных актов и обычаев). Кроме того, в Конституции Италии освещается и вопрос регулирования **судебной системы**, в форме закрепления основополагающих принципов судостройства. В соответствии с положениями Конституции:

- «Судебная власть представляет собой одну из ветвей власти, являющуюся автономной и независимой от всех других властей»⁴²⁵;

- «Правосудие осуществляется от имени народа. Судьи подчиняются только закону»⁴²⁶ Настоящий принцип закрепляет независимость судебной власти. В частности, следует отметить, что данный принцип имеет отношение именно к представителям судебной власти, которые реализуют ее при осуществлении своих полномочий.

- «Судебные функции осуществляются обычными судьями, должности которых учреждены и деятельность которых регулируется нормами о судостройстве. Не могут учреждаться должности чрезвычайных или специальных судей»⁴²⁷;

- В частности, следует отметить, что на Конституционный суд Италии возложены полномочия по рассмотрению конституционности законодательства, а также разрешению споров в отношении разделения полномочий органов государственной власти.

Вышеизложенные положения Конституции Италии имеют сходство с положениями **Конституции РФ 1993 г.**, в соответствии с которой:

- «Правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом»;⁴²⁸

- «Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону»;⁴²⁹

- «Судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией Российской Федерации и федеральным конституционным законом. Создание чрезвычайных судов не допускается.»⁴³⁰

⁴²⁵ Ст. 104 Конституции Итальянской Республики от 22 декабря 1947 года

⁴²⁶ Ст. 101 Конституции Итальянской Республики от 22 декабря 1947 года

⁴²⁷ Ст. 102 Конституции Итальянской Республики от 22 декабря 1947 года

⁴²⁸ Ст. 118 п. 1 Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года

⁴²⁹ Ст. 120 п. 1 Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года

• Конституционный суд РФ в соответствии со ст. 125 Конституции России рассматривает вопросы о соответствии законодательства РФ Конституции, кроме того участвует в разрешении споров между органами государственной власти.

Основываясь на вышеизложенном можно сделать вывод о том, что положения Конституций Италии и России имеют существенные сходство по вопросам базовых принципов судостройства государства, а также некоторых органов судебной власти и их компетенции.

Следующим источником, регулирующим гражданское судопроизводство в Италии является **Гражданский процессуальный кодекс Италии**. ГПК Италии является основным источником итальянского гражданского процессуального права. Иное название ГПК - "Кодекс 40 - 42". Причиной подобному названию является тот факт, что после его принятия был установлен двухлетний срок для введения его в действие (*vacatio legis*). До принятия ныне действующего Кодекса в Италии действовал Кодекс 1865 г., который, в свою очередь, оказал существенное влияние на "Кодекс 42". Для создания более полного понимания о нормативно правовой базе, регулирующей гражданское судопроизводство на современном этапе, следует обратиться к историческому аспекту данного вопроса.

Первым этапом можно назвать принятие в 1865 г. в Италии Гражданского, Торгового, Гражданского процессуального и Уголовно-процессуального кодексов. В целом данная реформа законодательства способствовала прогрессивному развитию и унификации права на всей территории государства. Гражданский и Гражданский процессуальный кодексы 1865 г., разработанные на базе соответствующих наполеоновских кодексов, предусматривали современную специфику итальянских условий развития общественных отношений.

Следующий этап развития законодательства в сфере частного права характеризуется значимыми изменениями, произошедшими в 1942 г. Речь идет о принятии новых Гражданского и Гражданского процессуального кодексов.

⁴³⁰ Ст. 118 п. 3 Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года

Здесь вопрос стоит о существенных нововведениях, выразившихся в отказе Италии от дуализма частного права, что естественным образом повлияло и на процессуальное регулирование.

Ныне действующий ГПК Италии довольно подробно и четко регламентирует гражданское судопроизводство. И как один из основных вопросов, в ГПК достаточно емко раскрыт вопрос судебных органов, осуществляющих правосудие на территории Италии, и, кроме того, подробно описаны инстанции, в рамках которых действуют данные судебные органы (суды).

В компетенцию рассмотрения итальянских судов общей юрисдикции входят гражданские и уголовные дела. Исключение представляют вопросы, отнесенные к компетенции специальных судов. **В гражданском судопроизводстве:**

- Суд первой инстанции представлен трибуналом (Tribunale). Положения об этой инстанции содержатся в разделе 1 книги II ГПК Италии;

- Суд второй инстанции - апелляционный суд (Corte d'Appello). Положения о данной инстанции содержатся в разделе 3 книги II ГПК Италии;

- Суд третьей инстанции - Кассационный суд (Corte di Cassazione), который не разрешает спор (дело) по существу, вместо этого только оценивает правильность применения закона.

Однако в отдельных случаях процедура может быть отличной. Например, при рассмотрении незначительных дел с малой ценой иска дело рассматривается мировым судьей (Giudice di Pace). Положения о рассмотрении дел у мирового судьи содержатся в разделе 2 книги II ГПК Италии. Подобные решения, в свою очередь, обжалуются в трибунал.

Кроме того, следует отметить тот факт, что сравнительно недавно в Италии ввели обязательную процедуру **медиации** в отношении некоторых гражданских дел. В соответствии с которой Сторона, перед обращением в суд, обязана обратиться сначала к медиатору (посреднику). Лишь в случае, если сторона не удовлетворена результатом рассмотрения дела профессиональным посредником (медиатором), она получает право на обращение в суд.

Следующий немаловажный вопрос, проистекающий из вопроса, указанного выше – это вопрос о **способах обжалования судебных актов** в Италии. В ст. 323 ГПК перечислены пять: регулирование компетенции, апелляция, кассация, пересмотр (ревизия) и оппозиция третьих лиц.

Регулирование компетенции подразумевает соблюдение конституционного принципа о рассмотрении дела надлежащим судом, предусмотренным ст. 25 Конституции Италии.

Апелляция - это наиболее широко используемое средство судебной защиты. Процедура апелляции регулируется ст. ст. 339 - 359 ГПК Италии, в соответствии с которыми она представляет собой несогласие одной из сторон спора с первоначально принятым решением (не в ее пользу). Стороны апелляционного производства: **апеллянт** – подающий апелляцию, и **ответчик** - тот, кто на нее отвечает.

Понятие «**кассация**» можно употреблять и по отношению к суду, и по отношению к средству правовой защиты. Как было отмечено выше, Кассационный суд - суд последней (третьей) инстанции в Италии. Кассация считается третьим уровнем юрисдикции, следующим после апелляции. Решения Кассационного суда зачастую принимаются не по существу спора, а по вопросу толкования закона.⁴³¹ Ключевая роль Кассационного суда заключается именно в обеспечении правильного применения правовых процедур нижестоящими судами.

Ревизия, как средство защиты от несправедливого судебного решения, нацелено, во-первых, на отмену действия предполагаемого несправедливого решения, во-вторых - на замену данного решения новым. Исчерпывающий перечень оснований для пересмотра решения в порядке ревизии закреплен в ст. 395 ГПК Италии. (Пример, если к принятию решения привели обманные действия одной из сторон; если решение основано на подложных доказательствах и другие основания.)

Оппозиция третьих лиц – это право лица, не являющегося участником процесса, выступить против законной силы решения, принятого в процессе, при

⁴³¹ Ст. 65 Закона о судостроительстве (Королевский декрет от 30 января 1941 г. N 12)

условии, что данное решение затрагивает права этого лица. Данное средство защиты регламентируется положениями ст. 404 ГПК Италии.

Что же касается российского законодательства, то следует отметить разделы 2, 3 и 4 Гражданского процессуального кодекса РФ. В настоящих разделах подробно регламентированы вопросы производства в судах разных инстанций. Обобщая положения данных разделов следует отметить то, что в России существуют следующие судебные инстанции рассмотрения гражданских дел: 1 инстанция (раздел 2 ГПК РФ), 2 инстанция – апелляционная (раздел 3 глава 39 ГПК РФ), 3 – кассационная (раздел 4 глава 41 ГПК РФ), 4 – надзорная (раздел 2 глава 41.1 ГПК РФ).

Таким образом, можно сделать вывод о том, что основные положения нормативных актов Италии и России имеют определенные сходства, особенно в части, касающейся базовых принципов судостройства данных государств. Однако не стоит забывать и о специфике гражданского процессуального регулирования каждой страны. Данная специфика прослеживается в отличиях итальянской системы способов обжалования судебных решений от российской.

Современное правовое регулирование обязательного пенсионного страхования в РФ

Фараджов Э.

Основой всех правоотношений, в том числе и возникающих по обязательному пенсионному страхованию, является Конституция РФ⁴³². Так, ст. 7 Конституции РФ гласит, что Российская Федерация - социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. В РФ охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты. Кроме того, ст. 39 Конституции РФ для каждого гражданина РФ установлены государственные гарантии социального обеспечения по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом. Государственные пенсии и социальные пособия устанавливаются законом.

Поощряются добровольное социальное страхование, создание дополнительных форм социального обеспечения и благотворительность. Далее в тексте статьи указано законодательство о налогах и сборах и Закон об обязательном пенсионном страховании. Данный Закон и обновленная пенсионная система в целом изменили отношения работник - работодатель в том плане, что материальное благосостояние работника при достижении им пенсионного возраста и ухода на пенсию напрямую зависит от отчислений пенсионных взносов в системе обязательного пенсионного страхования работодателем за каждого работника в Пенсионный фонд РФ.

Статья 2 Закона об обязательном пенсионном страховании указывает, что законодательство Российской Федерации об обязательном пенсионном страховании состоит из Конституции Российской Федерации, указанного

432 Конституция Рос Федерации от 12 дек. 1993 г. // Рос. газ. – 1993. – 25 дек. - № 237.

Федерального закона, Федеральных законов «Об основах обязательного социального страхования», «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования»⁴³³, «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» и «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования»⁴³⁴, иных федеральных законов и принимаемых в соответствии с ними нормативных правовых актов Российской Федерации.

Естественно, что законодательная база, являющаяся основой обязательного пенсионного страхования, не ограничивается вышеперечисленными Федеральными законами, и поэтому далее в тексте статьи 2 Закона об обязательном пенсионном страховании указаны иные федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними нормативные правовые акты РФ.

К данной категории можно отнести, во-первых, Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в РФ»⁴³⁵, которым устанавливаются правовые основы отношений по формированию и инвестированию средств пенсионных накоплений, предназначенных для финансирования накопительной части трудовой пенсии, определяются особенности правового положения, права, обязанности и ответственность субъектов и участников отношений по формированию и инвестированию средств пенсионных накоплений, а также устанавливаются основы государственного регулирования контроля и надзора в сфере формирования и инвестирования средств пенсионных накоплений. Во-вторых, прямое отношение к законодательному регулированию обязательного пенсионного страхования имеют Федеральный закон от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ

433 О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования: Федер. закон от 24 июля 2009 г. № 212-ФЗ (ред. от 18.07.2011) // Рос. газ. – 2009. – 28 июля. - № 137.

434 Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования: Федер. закон от 01 апр. 1996 г. № 27-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // Рос. газ. – 1996. – 10 апр. - № 68.

435 Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации: Федер. закон от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // Рос. газ. – 2002. – 30 июля. - № 138-139.

«О негосударственных пенсионных фондах»⁴³⁶ и Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 14-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О негосударственных пенсионных фондах»⁴³⁷. Федеральным законом № 75-ФЗ регулируются правовые, экономические и социальные отношения, возникающие при создании негосударственных пенсионных фондов, осуществлении ими деятельности по негосударственному пенсионному обеспечению, обязательному пенсионному страхованию и профессиональному пенсионному страхованию и ликвидации указанных фондов, а также устанавливает основные принципы государственного контроля за их деятельностью. Статья 2 указанного Закона дает определение негосударственных пенсионных фондов.

Федеральным законом № 14-ФЗ в указанный законодательный акт внесены изменения, которые касаются реализации негосударственными пенсионными фондами обязанностей в качестве страховщиков в системе обязательного пенсионного страхования, а также право каждого гражданина временно отказаться от получения накопительной части пенсии и передать свои пенсионные накопления в негосударственные пенсионные фонды.

В-третьих, это законодательные акты, регламентирующие правоотношения, возникающие в ходе профессионального пенсионного страхования.

Пунктом 2 ст. 2 Закона об обязательном пенсионном страховании регламентировано, что правоотношения, связанные с обязательным пенсионным страхованием в РФ за счет средств бюджета Пенсионного фонда РФ, в том числе за счет средств, направляемых в бюджет Пенсионного фонда РФ из федерального бюджета, регулируются законодательством РФ. В основе данной нормы лежат положения ст. 72 Конституции РФ, в соответствии с которой все вопросы социальной защиты граждан, в том числе и социальное обеспечение, находятся в совместном ведении РФ и ее субъектов. По предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ издаются федеральные законы и принимаемые в

436 О негосударственных пенсионных фондах: Федер. закон от 07 мая 1998 г. № 75-ФЗ (ред. от 11.07.2011) // Рос. газ. – 1998. – 13 мая. - № 90.

437 О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "О негосударственных пенсионных фондах": Федер. закон от 10 янв. 2003 г. № 14-ФЗ // Рос. газ. – 2003. – 14 янв. - № 4.

соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ (ч. 2 ст. 76 Конституции РФ). На основе вышеуказанных положений Конституции РФ, в Законе об обязательном пенсионном страховании имеется норма о том, что все вопросы обязательного пенсионного страхования за счет средств Федерального бюджета должны быть законодательно разрешены нормативной базой РФ, то есть федеральным законодательством. Это положение также основывается на том, что в соответствии со ст. 16 Закона об обязательном пенсионном страховании, средства бюджета Пенсионного фонда РФ являются федеральной собственностью, не входят в состав других бюджетов и изъятию не подлежат, следовательно, являются средствами федерального бюджета, а в соответствии со ст. 71 Конституции РФ, средства федерального бюджета относятся к ведению РФ.

Также правоотношения, связанные с уплатой обязательных платежей на обязательное пенсионное страхование, в том числе в части осуществления контроля за их уплатой, регулируются Федеральным законом «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования», если иное не предусмотрено Федеральным законом об обязательном пенсионном страховании.

Корпоративный договор и его виды в российском законодательстве.

Федоров В. А.

Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
Email: fedorov_vl@bk.ru

В настоящей статье рассматривается понятие корпоративного договора, особенности применения его в гражданских правоотношениях, разновидности корпоративного договора.

Ключевые слова: корпоративный договор, договор о голосовании определенным образом, договор о согласованном голосовании, договор о согласованной продаже (покупке) долей участия, договор об осуществлении согласованных действий, связанных с управлением обществом, с созданием, деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества.

В зарубежной практике акционерные соглашения давно стали инструментом, который позволяет эффективно регулировать отношения между участниками корпорации, организовать управление компанией, предусмотреть пути разрешения конфликтных ситуаций. Потребность в использовании акционерных соглашений связана с объективной невозможностью урегулирования многих отношений внутри корпорации посредством учредительных документов общества. Использование договорного механизма в корпоративных отношениях позволяет юридически обеспечить согласованный их участниками баланс интересов, который в каждой конкретной ситуации является уникальным и подвержен постоянным изменениям⁴³⁸.

В России подобные виды договоров появились относительно недавно: в 2008-2009 гг. были внесены изменения в Федеральный закон Российской Федерации от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" и Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об

⁴³⁸ Корпоративное право учебник для студентов ВУЗов под редакцией доктора юридических наук И. С. Шиткиной.

акционерных обществах". В п.3 ст.8 Закона об ООО новый институт получил название договор об осуществлении прав участников общества, а в ст.32.1 Закона об АО – акционерное соглашение. Правовая сущность и того и другого договора идентична. Показательно, что ни то, ни другое название нового института корпоративного права не соответствовало сути данного явления. Во-первых, это не было акционерное соглашение в том смысле, какой этому придется в иностранной практике, прежде всего потому, что наше акционерное соглашение не могло влиять на само Общество, ни на органы его управления. Договор об осуществлении прав участников также не вполне точен, и отражает только часть возможностей, которые закон предоставил участникам согласовывать под защитой закона. Чтобы не путаться в дальнейшем, мы по тексту статьи будем именовать и акционерное соглашение и договор об осуществлении прав участников - «корпоративный договор».

По смыслу новой нормы, корпоративный договор имеет целью согласовать действия его участников, связанные с управлением обществом, его созданием, деятельностью, реорганизацией и ликвидацией. Закон довольно четко определил, что именно можно согласовать в корпоративном договоре, тем не менее, список этот не является закрытым, поскольку предусмотрено, что кроме четко определенных законом действий участники вправе согласовывать некие «иные действия, связанные с управлением обществом, с созданием, деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества».

При этом необходимо учитывать, что корпоративный договор не может:

- обязывать его участников голосовать в соответствии с указаниями органов общества;
- обязывать участника отчуждать право на участие в управлении отдельно от его доли (акции), в том числе право голосовать на общем собрании участников;
- определять структуру органов общества и порядок принятия ими решений в противоречии с правилами Гражданского кодекса и закона о хозяйственных обществах;

- содержать другие условия, противоречащие Гражданскому кодексу, закону о хозяйственных обществах и (или) нарушающие права других участников общества, а также не соответствующие существу корпоративных отношений.⁴³⁹

Правовая конструкция любого договора всегда имеет одно незыблемое условие – условие о предмете договора. Именно по предмету договора, в первую очередь, производится отграничение одного вида договора от другого. Традиционно в российской правовой доктрине под предметом договора понимается «право на чужие действия». Это означает, что одно лицо, являющееся стороной в договоре (например, кредитор) вправе требовать от другого лица (должника) совершения определенных действий, то есть кредитор имеет так называемое право требования.

Корпоративный договор в Гражданском кодексе РФ не поименован, в виду чего возникает неопределенность - какими правовыми нормами следует пользоваться при регулировании отношений по такому договору. Понятно, что поскольку корпоративный договор это все-таки гражданско-правовой договор, то к нему должны применяться нормы части первой ГК РФ. Что касается возможности применения к корпоративному договору положений специальной части Гражданского кодекса РФ, то она зависит от того, как будет квалифицирован корпоративный договор в системе гражданского права. Иными словами, к какой категории договоров поименованных в гражданском кодексе он будет отнесен. Вопрос правовой квалификации корпоративного договора является весьма важным еще и потому, что законы о корпорациях практически не содержат регулятивных норм и правил, относящихся к корпоративному договору.

Поскольку разграничение видов договоров идет по предмету, а предмет любого договора представляет собой определенные действия, то, прежде всего, следует определить, какие-действия являются предметом корпоративного договора?

По предмету корпоративный договор можно разделить на следующие виды:

⁴³⁹ Восковский А.: Реформирование законодательства о юридических лицах ("Новая бухгалтерия", 2010, n 12)

Договор о голосовании определенным образом.

Прежде всего, можно договориться голосовать определенным образом на общем собрании участников общества по тому или иному вопросу повестки дня. Например, по вопросу избрания генеральным директором Иванова И.И. участники договорились голосовать «против». Здесь участники договариваются о том, что каждый из них обязуется или распорядиться принадлежащими ему голосами определенным образом или не распорядиться своими голосами недопустимым для всех участников договора образом.

Предмет договора – голосование определенным образом или воздержание от голосования недопустимым образом. Прежде всего, обращает на себя внимание тот факт, что данный договор не является взаимным, поскольку обязанности каждого участника договора голосовать определенным образом не корреспондирует встречное обязательство другого участника договора голосовать своими акциями определенным образом. У другого участника договора также имеется обязанность проголосовать определенным образом, но оно является не встречным, а параллельным обязательством. То есть независимо друг от друга и независимо от того, исполнили ли другие участники договора свои обязанности или нет, участник обязан распорядиться своими голосами именно так как указано в договоре. Отсутствие взаимности автоматически исключает корпоративный договор практически из всех категорий договоров, поскольку единственной разновидностью договора с параллельными обязательствами сторон, предусмотренной ГК РФ, является договор простого товарищества, однако корпоративный договор не может быть отнесен к договорам простого товарищества в силу того, что последний предполагает объединение неких вкладов участников, а также их совместные действия для достижения общей цели.

Таким образом, ни к одному из поименованных в ГК РФ типов договоров договор о голосовании определенным образом не может быть отнесен. Из непоименованных в ГК РФ, но все же широко применяемых типах договора он ближе всего стоит к организационным договорам, поскольку предметом организационного договора является организация отношений сторон, которая по

своей природе имуществом, работой или услугой не является⁴⁴⁰. Ярким примером организационного договора является договор об учреждении общества с ограниченной ответственностью, в котором стороны – будущие участники общества – регламентирует порядок совместной деятельности учредителей по учреждению общества, размер уставного капитала, порядок, размер и срок оплаты долей учредителями и т.п.

Договор о согласованном голосовании.

Закон указывает как на одну из допустимых разновидностей действий, которые могут быть предметом корпоративного договора, на возможность согласовывать с другими участниками определенный вариант голосования.

По сути, речь идет о проведении некоего «собрания» на котором участники, объединенные договором согласовывают сценарий голосования на предстоящем общем собрании участников Общества.

В данном случае, как и в предыдущем, обязанности сторон договора являются параллельными. Однако здесь имеется также и совместная деятельность сторон, в виде участия в согласовании определенного варианта голосования. Однако квалифицировать в качестве договора простого товарищества данную разновидность корпоративного договора также не представляется возможным в виду отсутствия главного признака – объединения вкладов. Данный вид договоров также следует отнести к категории организационных договоров.

Договор о согласованной продаже (покупке) долей участия.

Предметом данной разновидности договора являются определенные действия участника в части распоряжения своей доли в той или иной ситуации. При этом закон предлагает следующие возможные ситуации:

- участники обязаны будут продать свою долю при наступлении определенных обстоятельств;
- при наступлении определенных обстоятельств участники обязаны будут продавать долю только по определенной договором цене;

⁴⁴⁰ Подузова Е.Б. Организационные договоры в гражданском праве: монография. - М.: "Проспект", 2015.

- участники обязаны воздерживаться от отчуждения доли или части доли до наступления определенных обстоятельств;

Данную разновидность корпоративного договора следует отличать от широко известного гражданскому праву предварительного договора. Так, единственной обязанностью сторон по предварительному договору является обязанность заключить основной договор на определенных условиях. П.4 ст. 429 Гражданского кодекса РФ не предусматривает возможность поставить заключение основного договора под отлагательное условие, то есть связать возникновение обязанности заключить основной договор с неким обстоятельством, относительно которого неизвестно - наступит оно или нет. По общему правилу стороны должны будут заключить основной договор не позднее чем через год после предварительного, если в последнем не указан меньший срок⁴⁴¹.

В корпоративном договоре о согласованной продаже доли, вообще не известно - состоится ли такая продажа. Кроме того, предметом предварительного договора являются действия сторон по заключению (подписанию) основного договора на ранее согласованных условиях, а предметом договора о согласованной продаже доли является согласование условий, при наступлении которых такая продажа должна состояться, а также согласование цены продажи.

Второе отличие в том, что предварительный договор заключается между теми же лицами, между которыми предполагается впоследствии заключить основной договор. В корпоративном договоре стороны - это всегда участники общества, причем совершенно не обязательно, что продавать свою долю по согласованной цене или при согласованных обстоятельствах они будут также друг другу.

А вот в случае, когда из условий корпоративного договора следует, что покупателем доли выступает один из участников общества, такой договор следует квалифицировать как договор купли-продажи доли, совершенный под отлагательным условием.

⁴⁴¹ Хохлов В. А.: Корпоративный договор как организационный договор российского права

Остановимся сначала на договорах о согласованных продажах доли между участниками общества. В зарубежных правовых порядках широко распространены условия акционерных соглашений, согласно которым при наступлении определенных условий определенный участник обязуется продать свои акции (доли) определенному участнику по определенной цене. То есть устанавливается своего рода право преимущественной покупки.

Право преимущественной покупки доли вообще и право преимущественной покупки доли по заранее определенной цене регламентированы п.п. 4-6 статьи 21 Закона об ООО. Из указанных правовых норм можно сделать следующие выводы: преимущественное право покупки доли по цене предложения возникает у участников общества только при продаже доли третьим лицам. При продаже доли участникам общества право преимущественной покупки не возникает. Вправе ли участники договором между собой установить такое право – закон не разъясняет.

Таким образом, договоры о согласованной продаже долей хотя и могут рассматриваться как элемент саморегулирования корпоративных отношений, но по своей внешней оболочке все-таки представляют собой договоры купли-продажи, правовое регулирование которых достаточно определенное.

Договоры, в которых предполагается продажа доли по согласованной цене третьим лицам, вообще не являются договорами купли-продажи и в этом смысле более соответствуют природе корпоративного договора.

Вправе ли третье лицо требовать исполнения такого договора в натуре, если он не был исполнен? Согласно ст.428 Гражданского Кодекса РФ покупатель вправе требовать передачи вещи в натуре, только если с ним заключен договор купли-продажи. Требовать понуждения к заключению договора купли-продажи у третьего лица тоже нет, так как корпоративный договор не является предварительным, а третье лицо не является его стороной.

Однако, если участник общества, заключивший договор, устанавливающий обязательство совершить при возникновении определенных обстоятельств или исполнении другой стороной встречного обязательства сделку, направленную на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества, неправомерно

уклоняется от нотариального удостоверения сделки, направленной на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества, приобретатель доли или части доли, совершивший действия, направленные на исполнение указанного договора, вправе потребовать в судебном порядке передачи ему доли или части доли в уставном капитале общества. В этом случае решение арбитражного суда о передаче доли или части доли в уставном капитале общества является основанием для государственной регистрации вносимых в единый государственный реестр юридических лиц соответствующих изменений. Об этом говорится в п.11 ст.21 Закона об ООО.

Таким образом, можно говорить о том, что данный вид корпоративного договора по своей природе напоминает предварительный договор, однако не является таковым.

Договор об осуществлении согласованных действий, связанных с управлением обществом, с созданием, деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества.

Предметом данного договора являются согласованные действия, связанные с созданием общества. Однако стоит отметить, что согласованию действий учредителей, направленных на создание общества, посвящен договор об учреждении общества, и вряд ли целесообразно дублировать соответствующие положения в другом договоре.

С реорганизацией и ликвидацией общества также ситуация неясна. Согласно статье 33 Закона об ООО, решение о реорганизации или ликвидации общества относится к исключительной компетенции общего собрания. В дальнейшем участие участников общества в процессе реорганизации ограничивается утверждением на общем собрании различных реорганизационных документов. Поэтому единственное, о чем могут договориться участник в договоре о согласованных действиях при реорганизации – это каким образом они будут голосовать по тем или иным вопросам реорганизации общества, что, по сути, повторяет договор о голосовании определенным образом.

Действия участников по управлению обществом также сводятся к голосованию определенным образом.

Есть случаи, в которых закон допускает осуществление права при наличии определенной совокупности голосов у группы акционеров. Так, ст. 10 Закона об ООО гласит, что участники общества, доли которых в совокупности составляют не менее десяти процентов уставного капитала общества, вправе требовать в судебном порядке исключения из общества участника.

В подобных случаях закон допускает осуществление соответствующего права совместно лицами, владеющими необходимым размером участия в уставном капитале общества. Объединение долей участия для осуществления определенного права вполне может являться предметом корпоративного договора.

Это единственный случай, когда корпоративный договор обладает всеми признаками договора простого товарищества, поскольку предполагает как объединение вкладов (голосов), так и совместные действия (обращение за реализацией права) участников.

Правовое регулирование интеллектуальной собственности в Республике Корее

Хван Ен Ын

Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Макляя, д. 6, Москва, Россия, 117198

В данной статье дана характеристика законодательства об интеллектуальной собственности в Республике Корее

Ключевые слова: Республика Корея, интеллектуальная собственность, патентное право, право на дизайн, право на товарный знак, авторское право, право на защиту новых сортов растений, право на полезную модель, право на проектирование расстановки, право на торговые секреты, судебное решение, патентный суд, патентное ведомство

Проблема интеллектуальной собственности в отношениях между странами состоит в том, что существуют различия в правовом регулировании защиты прав интеллектуальной собственности, и из-за различия правовых систем возникают споры между странами. В настоящее время, в эпоху быстрого распространения информации некоторые страны, потратив значительное время на подготовку и обучение рабочей силы, получили различный объем научной информации и технологической культуры. Это все стремительно распространяется незаконным путем в другие страны. Поэтому передовые страны все больше ожесточают меры защиты интеллектуальных прав.

В последние годы возникла проблема защиты таких интеллектуальных прав как технологии генной инженерии и продуктов компьютерного программного обеспечения. Республика Корея в декабре 1986 года приняла новый Закон о защите компьютерного программного обеспечения. И с 2009 года этот Закон вошел в состав Закона об авторском праве Кореи. Технологии генной инженерии в большинстве стран, в том числе и в Корее, охраняются патентом. Республика Корея с 1973 г. по 1979 г. принимала участие во Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) качестве наблюдателя, но не в качестве участника. С 1979 года Корея стала полноправной страной-участником ВОИС. В октябре 1987 года Корея официально присоединилась к Международной конвенции об авторском праве (УСС).

Корейские законы, связанные с правом интеллектуальной собственности, подразделяются на патентный, закон об авторском праве, закон о праве на полезную модель, закон об дизайне, закон о товарных знаках, закон о защите изобретения и т.п. Чтобы защитить указанные права существуют международные договоры и конвенции, такие как Парижская конвенция о промышленной собственности', Конвенция "О соглашении взаимной защите товарного знака" и тому подобное.

В последние годы с развитием передовой технологии и культуры интеллектуальная собственность становится все более разнообразной. Появляются такие сферы защиты как защита коммерческой тайны и защита полупроводниковых чипов макетирования. В перспективе можно прогнозировать появление новых разновидностей интеллектуальной собственности.

В настоящее время в Корее промышленная собственность находится в ведении Патентного ведомства, а авторское право находится в ведении Министерства культуры, спорта и туризма.

Патентный закон, закон о защите прав полезную модель, закон о защите торговой марки, закон о продвижении изобретения, закон о предотвращении недобросовестной конкуренции, закон о защите полупроводниковых типов находятся в ведении Патентного агентства. Охрана новых сортов растений находится в ведении Министерства сельского хозяйства, продовольствия и сельских дел и Министерства океанов и рыболовства. В 2011 г. на основании ст.6 основного Закона об интеллектуальной собственности был создан Президентский совет по интеллектуальной собственности, а с 2012 года появился Центр реагирования и оспаривания интеллектуальной собственности. Кроме этого, в каждой области существует децентрализованная система управления. В 1988 году для решения споров интеллектуальной собственности был создан Патентный суд. Уровень патентного суда находится наравне с Верховным судом. Патентный суд может рассматривать дела в качестве первой и второй инстанции.

Виды интеллектуальной собственности и защита в Республике Корея

Вид права		Виды на которые осуществляется защита	Законы
Право на промышленную собственность	Патентное право и право на полезную модель	Изобретение полезной модели	Закон о патенте и закон о полезной модели
	Право на товарный знак	Производство, изготовление, обработка, сертификат	Закон о товарном знаке
	Защита дизайна	Дизайн продукт	Закон о защите дизайна
Авторское право	Идеи или чувства которые выражены в произведении (смежные права, право на публикацию)		Закон об авторском праве
Другие	Изобретение	Продвижение изобретения	Закон о продвижения изобретения
	Коммерческая тайна	Коммерческая тайна	Закон о недобросовестной конкуренции
	Право на проектирование расстановки	Проектирование расстановки	Закон о защите полупроводниковых чипов
	Право на защиту новых сортов растений	Сорт	Право на защиту новых сортов растений

Министерство промышленности и торговли Республики Корея и Патентное бюро вместе с Корейским институтом интеллектуальной собственности объявили результаты проведенных исследований. Министерство торговли каждый год проводит обследование, касающееся случаев нарушения прав интеллектуальной собственности, защиты прав на изобретения и защиты прав на использование интеллектуальной собственности. С 2011 года такие исследования проводятся в сотрудничестве с Патентным бюро. В 2011 г. было выявлено 4,3 % нарушений, а уже в 2013 г. – 5,6 %.

Нарушения прав интеллектуальной собственности в 2013 г. можно разделить на следующие виды; а) патентное право - 39,7%, б) право на торговые марки -27,7%, в) право на дизайн - 21,9%, г) право на полезные модели - 5,0%, д) право на торговые секреты - 2,3%. За 2011 год были нарушены права на: патенты (40,5%), товарные знаки (14,3%), дизайн (40,9%), полезные модели (3,7%), торговые секреты (0,6%).

Так как по статистике больше всего было нарушено прав на дизайн, то можно более подробно рассмотреть судебные решение об охране права дизайнера в Корее.

По делу о нарушении права дизайна корейской компанией было вынесено решение 21 августа 2015 году Сеульским центральным районным судом. Истцом являлся Эджакикликко Габушикигаиша (Японская компания) а ответчиком ООО Лотте Джега (Корейская компания).

Истец Эджакикликко Габушикигаиша продавал кондитерское изделие под названием "Батонгдор" в своей дизайнерской коробке в Японии, но ответчик ООО Лотте Джега скопировал ту же коробку у японской компании и начал продавать печенье "Пеперо" в Корее. Японская компания обратилась в суд, что Корейская компания незаконным путем использует свой оригинальный дизайн на коробку. Суд пришел к выводу, что схожесть коробки в том, что, во-первых, они в S-образной форме. Во-вторых, боковая сторона передней части обладает кривой поверхностью, а боковая сторона задней части с плоской поверхностью. В-третьих, если связать эти 2 стороны, то середина где встречаются эти стороны становится нетипичной формой. Если посмотреть, что с формой S или с нетипичной формой и другие. Эти все признаки характеризуют схожесть обеих коробок.

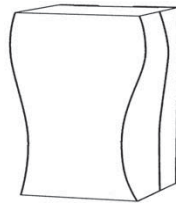


Рис. 1. Дизайн коробки

Суд признал, что, во-первых, это нарушает право на дизайн, во-вторых, ответчик скопировал форму товара, а в-третьих, это действие несправедливой конкуренции и решил отклонить возражение на основании Закона о защите прав дизайна (ст.ст. 33,36) и Закона о предотвращении недобросовестной конкуренции (ст. 2).

В Законе о защите прав дизайна перечислены случаи, когда нельзя использовать права на дизайн:

1. До подачи заявки на регистрацию дизайна в стране или за рубежом уже известен этот дизайн.

2. До подачи заявки на регистрацию в стране или за рубежом были опубликованы в издании об этом дизайне (ст. 33 закона).

В ст. 36 Закона о защите прав дизайнера предусмотрено, что если человек хочет применить право на какой-либо дизайн, то он должен предоставить в письменной форме документы в Управление интеллектуальной собственности или к директору Патентного суда.

Под недобросовестной конкуренцией понимаются широко известные в стране имя другого человека, товарные знаки, дизайн упаковки товаров. Кроме этого, если упаковка товара совпадает с другой упаковкой, и этот товар с аналогичной упаковкой продавали, распространяли, импортировали, экспортировали, и все это привело к путанице с другим товаром. (ст. 2 Закона о предотвращении недобросовестной конкуренции).

Подводя итоги всему вышесказанному, можно сделать вывод, что в Корею стремительным образом изменяется законодательство в сфере интеллектуальной собственности, но существует еще ряд нерешенных проблем. Отсутствуют специализированные суды по вопросам интеллектуальной собственности, кроме Патентного суда. Не урегулирован мирный способ разрешения споров. Для того чтобы предотвратить неэффективность разрешения правовых споров (чтобы меньше тратить времени и затрат) в 2014 году была создана организация IPAC. Это организация была создана с целью подготовки специалистов для разрешения споров мирным способом в области интеллектуальных прав. Также государство способствует сокращению времени патентной экспертизы и планирует инновационную политику для патентной экспертизы.

Исключительные права как предмет залога в России и Казахстане

Хошобина Н.А.

Студентка 4 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6
email: khoshobkin@mail.ru

В статье рассматривается вопрос об исключительных правах как предмете залога в Российской Федерации и в Республике Казахстан с учетом новелл российского законодательства в указанной сфере.⁴⁴²

Ключевые слова: Россия, Казахстан, исключительные права, залог, залоговые отношения.

Институт залога известен с римского права, которое определяло его как право на чужую вещь - *jura in re aliena*⁴⁴³. Причем залог существовал в трех формах: фидуция (*fiducia*), пигнус (*pignus*) и ипотека (от греч. *hypotheke*). Под фидуцией понималась продажа закладываемой вещи с дальнейшим правом ее выкупа. Пигнус подразумевал под собой передачу в обеспечение залога вещи кредитору во владение (но не в собственность, что имело место в фидуции). Существовал также институт ипотеки как особого вида залога, по которому заложенная вещь не передавалась кредитору и оставалась у владельца на праве собственности. Следовательно, в римский период объектом залога могли быть только вещи, обязательства в качестве таковых не рассматривались.

Долгое время институт залога воспринимался в качестве исключительно вещного права. Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что в качестве объекта залога могут выступать только вещи в материальном смысле слова, т.к. право залога является вещным правом⁴⁴⁴. Также он указывал на то, что обязательства не могут быть предметом залога в силу отсутствия двух признаков вещных прав:

⁴⁴² Статья подготовлена в ходе работы по гранту Президента РФ для государственной поддержки молодых ученых - кандидатов наук с темой "Перспективы гармонизации частного права в странах ЕврАзЭС (ЕАЭС)" МК-6290.2015.6 (Н.рук. – Бадасва Н.В.).

⁴⁴³ Гражданское право: учебник в двух томах Том II. / Под ред. д.ю.н., проф. Е.А. Суханова. – М.: Издательство "Волтерс Клувер", 2004. С. 40.

⁴⁴⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.1. Изд-во: М.: Статут, 2005. С. 32.

во-первых, отсутствия материализованного предмета (если рассматривать обязательства), а во-вторых, отсутствия возможности реализовать вещь. Подобного мнения придерживались и иные ученые дореволюционного периода, а также некоторые советские юристы⁴⁴⁵. Однако уже в XIX в. стал все чаще подниматься вопрос о природе института залога.

Полемика относительно определения залога в качестве обязательственного или вещного права не прекращается и на сегодняшний день⁴⁴⁶. Ряд ученых относят залог к числу вещных прав, иные – к обязательственным правам, последние же говорят о смешанной природе залога. Так, Е.А. Суханов указывает, что залог является вещным правом в том случае, если его объектом является вещь. На двойственную природу данного института указывает В.А. Белов при определении залога как комплекса правоотношений, в основе которого лежит абсолютное правоотношение, которое обеспечивается путем установления ограниченного господства над чужим имуществом с возможностью дальнейшего удовлетворения требований кредитора в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств должником⁴⁴⁷. Важно отметить, что в данной формулировке содержится понятие «имущество», которое включает как сами вещи, так и вещные права.

Так, залог как вещно-правовой институт имеет следующие характеристики:

- следование права залога за вещью, а не за лицом (так, в случае реализации имущества, находящегося в залоге, право залога сохраняется);
- абсолютность отношений, выражающаяся в праве залогодержателя истребовать имущество, находящееся под залогом, а также требовать устранения обстоятельств, нарушающих порядок осуществления его прав;
- залогодержатель обладает преимущественным правом требования по сравнению с иными кредиторами.

Однако институт залога имеет и ряд черт, отличающих данный институт от вещных прав. В первую очередь, это цель залога – обеспечение обязательств. Право собственности на заложенное имущество не переходит к кредитору, но в

⁴⁴⁵ Муратова С.А., Смердина Ю.С. Правовая природа права залога // Армия и общество. 2014. N 2 (39). С. 1.

⁴⁴⁶ Ахметьянова З.А. О правовой природе залога // Актуальные проблемы экономики и права. 2010. N 3 (15). С. 139.

⁴⁴⁷ Ахметьянова З.А. Указ. соч. С. 140.

случае неисполнения требования и его исполнения ненадлежащим образом имущество может быть реализовано.

Данный вопрос российские законодатели решили, расположив нормы о залоге в разделе III «Общая часть обязательственного права»⁴⁴⁸. В Гражданском Кодексе Казахстана от 27.12.1994⁴⁴⁹ залог также рассматривается как институт обязательственного права и располагается в параграфе 3 раздела III «Обязательственное право». На протяжении долгого времени возможность залога исключительных прав отрицалась. Однако гражданское законодательство в настоящий период претерпело значительные изменения.

Сначала вопрос целесообразности участия таких прав в гражданском обороте начали поднимать непосредственно в кругах лиц, которым была выгодна данная конструкция. И только спустя определенное время исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности были закреплены в законодательстве⁴⁵⁰.

В Российской Федерации данный вопрос был решен с принятием Федерального закона «О внесении изменений в часть первую, вторую и четвертую гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 12.03.2014 N 35-ФЗ⁴⁵¹, когда была введена ст. 358.18 ГК РФ «Залог исключительных прав», которая позволила рассматривать исключительные права как предмет залога. В Республике Казахстан данной нормы на сегодняшний день нет.

В ст. 299 ГК РФ указывается, что залогом признается такой способ обеспечения исполнения обязательства, по которому залогодержатель имеет право, в случае неисполнения должником своих обязательств, получить

⁴⁴⁸ Белая О.В., Ерохина М.Г. К вопросу о правовой природе залога в свете реформирования гражданского законодательства России // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2014. N 9. С. 68.

⁴⁴⁹ Гражданский Кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27.12.1994 г. – Сайт «Законодательство Казахстана» URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061

⁴⁵⁰ Кучеренко А.В. Залог исключительных прав по-новому // Вестник Амурского государственного университета. Серия: гуманитарные науки. 2015. N 68. С. 45.

⁴⁵¹ Федеральный закон «О внесении изменений в часть первую, вторую и четвертую гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 12.03.2014 N 35-ФЗ – СПС КонсультантПлюс. – URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=160073;fld=134;dst=100009;rnd=189271.3729582142550498;ts=018927106591749773360789>

удовлетворение из стоимости заложенного имущества⁴⁵². Кроме того, в соответствии со ст. 301 ГК РК, в качестве предмета залога может выступать любое имущество (в т.ч. вещи и имущественные права), кроме требований, неразрывно связанных с личностью кредитора (требования об алиментах, возмещению вреда и др.). Исключением также являются изъятые из оборота вещи, в соответствии с п. 2 ст. 116 ГК РК, а также личные неимущественные блага и права, являющимися неотчуждаемыми (п. 4 ст. 116 ГК РК).

При этом о залоге исключительных прав прямо не говорится, однако, по смыслу ст. ст. 299 и 301 ГК РК, они также могут быть предметом залога, но это пока не получило должное закрепление в гражданском законодательстве. По общему правилу исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и средство индивидуализации могут быть предметом залога⁴⁵³. Отдельно об исключительном праве говорится только в п. 2 ст. 309 ГК РК⁴⁵⁴, где при ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все движимое и недвижимое имущество, а также права требования и исключительное право, если законом или договором не будет установлено иное.

Говоря о залоге исключительных прав, стоит отметить, что они не могут носить вещно-правовой характер. Следует указать, что эти права связаны с результатами интеллектуальной деятельности, перечисленными в ст. 1225 ГК РФ. Ст. 1228 ГК РФ гласит, что автором результата интеллектуальной собственности является его автор, который является и собственником исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. К числу интеллектуальных прав относятся исключительное право, неимущественные права, а также иные права.

В соответствии с п. 1 ст. 1229 ГК РФ исключительное право представляет собой имущественное право, предоставляющее его автору возможность использовать такой результат или средство по своему усмотрению, если это не

⁴⁵² Ст. 229 Гражданского Кодекса Республики Казахстан (Общая часть) от 27.12.1994 г. – Сайт «Законодательство Казахстана» URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061

⁴⁵³ Идрышева С.К. Мониторинг законодательства Республики Казахстан в сфере исключительных прав на некоторые средства индивидуализации субъектов гражданского оборота и производимых ими товаров, работ и услуг // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. 2012. N 4 (28). С.25.

⁴⁵⁴ Ст. 309 Гражданского Кодекса Республики Казахстан (Общая часть) от 27.12.1994 г. – Сайт «Законодательство Казахстана» URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061

будет противоречить закону. В ст. 1233 ГК РФ предусматривается распоряжение исключительным правом посредством его отчуждения или предоставления права использовать результаты интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации другому лицу. В ст. 964 ГК РК⁴⁵⁵ также в качестве исключительного права на результат интеллектуальной творческой деятельности или средство индивидуализации признается имущественное право их обладателя использовать объект интеллектуальной собственности любым способом по своему усмотрению. Таким образом, распоряжение исключительным правом по законодательству обоих государств допускается.

Распоряжение личными неимущественными правами или иными интеллектуальными правами не допускается, в т. ч. они не могут выступать в качестве предмета залога.

При этом можно выделить два вида залогов как то, залог на результаты интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации. При этом залогодержатель имеет полное право распоряжаться исключительными правами, за исключением их отчуждения.

На основании п. 2 ст. 358.18 ГК РФ предусматривается процедура государственной регистрации такого залога. Причем если до 01.10.2014 г. подлежал регистрации сам договор по отчуждению исключительного права (или по его использованию), то на данный момент следует подавать заявление одной стороной или обеими сторонами. Регистрация осуществляется на общих основаниях, т.е. в соответствии с п. 1 ст. 339.1 ГК РФ, по которой залог подлежит государственной регистрации, если должны быть зарегистрированы права, закрепляющие принадлежность такого имущества определенному лицу. Так, обязательной государственной регистрации в Роспатенте подлежат исключительные права на программы для электронно-вычислительных машин, товарные знаки, знаки обслуживания и патенты, изобретение, полезную модель и т.д.⁴⁵⁶. Перечень всех исключительных прав, а также порядок и условия

⁴⁵⁵ Гражданский Кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 01.07.1999 г. N 409-І. – Сайт «Законодательство Казахстана» URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880&doc_id2=1013880#sub_id=1000004024&sub_id2=9610000&sel_link=1000004024

⁴⁵⁶ Кучеренко А.В. Залог исключительных прав по-новому.// Вестник Амурского государственного университета. Серия: гуманитарные науки. 2015. N 68. С. 46

регистрации договоров о распоряжении ими содержатся в двух постановлениях Правительства РФ от 24.12.2008 г. N 1020⁴⁵⁷ и от 30.04.2009 N 384⁴⁵⁸.

В Казахстане вопрос регистрации залога решается аналогичным образом. Согласно ст. 308 ГК РК регистрация залога имущества в обязательном порядке осуществляется только в отношении имущества, права на которое должны быть зарегистрированы. В соответствии со ст. 962 ГК РК исключительное право должно получить должную охрану от компетентных органов, проще говоря, должно быть зарегистрировано. Такой же порядок установлен для залога исключительного права.

При этом в соответствии с п. 5 ст. 1233 ГК РФ исключительные права на произведения науки, литературы, искусства либо объекты иных смежных прав могут быть переданы правообладателем в безвозмездное использование.

Наиболее проблематичной процедурой в залоговом механизме является обращение взыскания на результаты интеллектуальной деятельности⁴⁵⁹. Так, в соответствии с п. 1 ст. 349 ГК РФ стороны могут обговорить в договоре порядок обращения взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке. Если они этого не сделали, то данная процедура осуществляется в соответствии со ст. 350 ГК РФ в рамках вынесенного судебного решения путем продажи с публичных торгов заложенного имущества (проводится в форме аукциона). Согласно п. 1 ст. 318 ГК РК также предусматривается обращение взыскания на заложенное имущество в рамках проведения торгов (аукциона).

Судебная практика по вопросу реализации исключительных прав на сегодняшний день не сложилась, т.к. такие права нечасто служат предметом залога. Если рассматривать общую процедуру, то лицо, выигравшее торги, а также организатор торгов подписывают протокол о результатах торгов, в

⁴⁵⁷ Постановление Правительства РФ от 24.12.2008 N 1020 «О государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных и перехода без договора исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных» - СПС КонсультантПлюс – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_83595/

⁴⁵⁸ Постановление Правительства РФ от 30.04.2009 N 384 «Об утверждении Правил государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на селекционное достижение и перехода такого права без договора» КонсультантПлюс – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_87529/

⁴⁵⁹ Мордвинова М.М. Залог исключительных прав и механизм обращения взыскания на предмет залога // Интеллектуальная собственность: теория и практика: Сборник докл. научно-практической конференции «Петербургские коллегияльные чтения — 2010». 2010. N 18. С. 100.

соответствии с которым реализованное имущество передается залогодержателю и оформляется соответствующим актом приема-передачи. Учитывая новизну данного института, а также его узкую специализацию, говорить о повсеместном применении норм о залоге исключительных прав не приходится.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что законодательствами обоих государств допускается залог исключительного права. Разница состоит в том, что в ГК РФ с 01.07.2014 г. введена ст. 358.18 ГК РФ, прямо предусматривающая залог исключительного права, а в ГК РК регулирование данного вопроса еще не получило должного развития и осуществляется по общим правилам для залоговых правоотношений.

Сравнительно-правовой анализ оснований ответственности родителей за нарушение родительских обязанностей в Англии и Германии

Цивильская Т. А.

Магистрант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: ttsivilskaya@gmail.com

В статье рассматриваются нормы законодательства Англии и Германии в части привлечения к ответственности родителей за несоблюдение своих родительских обязательств, выделяются их общие и различные черты.

Ключевые слова: Англия, Германия, Европейский союз, Закон о детях 1989 года, Гражданское уложение Германии 1896 года, ограничение родительских прав, лишение родительских прав.

Любое вмешательство государства в вопросы, связанные с воспитанием ребенка, несомненно, является достаточно серьезным, и поэтому возможно только при весомах на то основаниях. В соответствии с Конвенцией ООН о правах ребенка «Государство обязано делать все возможное для того, чтобы не отлучать ребенка от его/ее родителей против их воли за исключением случаев, когда компетентные органы установят, после тщательного рассмотрения в суде, проведенного в соответствии с действующими законодательством и процедурами, что такое отлучение необходимо в интересах ребенка».⁴⁶⁰

Отлучение ребенка от родных, передача его в другую семью или в специализированное учреждение ведет за собой изменение положения родителей. Таким образом, родители значительно ограничиваются в правах на заботу о ребенке. Соответственно, государство, уполномоченные органы и соответствующие учреждение приобретают права на решение вопросов, касающихся дальнейшей судьбы несовершеннолетнего, наравне или вместо законных представителей.

В различных странах вопросы вмешательства государства в воспитание ребенка регулируются по-своему. Это зависит от уровня жизни и семейных условий, поэтому основания и меры различны, а так же приводят к разным

⁴⁶⁰ Конвенция о правах ребенка, Принята [резолюцией 44/25](#) Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 года, (Статья 9.1).

последствиям. Очевидно, что все меры должны быть направлены прежде всего на сохранение благополучия ребенка, его нормального развития в социуме.

В данной статье рассматриваются схожие и различные черты законодательства Англии и Германии, касающиеся ограничения и лишения родительских прав вследствие нарушения ими своих обязательств.

В Англии среди законодательных актов, регулирующих вопросы нарушения родительских обязательств и как следствие государственной опеки над детьми, следует выделить Закон о детях (Children Act), принятый Парламентом Великобритании в 1989 году и вступивший в силу в октябре 1991 года.

По вопросу ответственности родителей за нарушение родительских обязанностей в Германии, прежде всего следует обратиться к Гражданскому уложению 1896 года.

Кроме того, обе указанные страны при решении вопроса об опеке руководствуются принципами международных стандартов, принятых Европейским Союзом. Это обусловлено тем, что в Европейском Союзе в качестве основного принципа действует принцип приоритета права Союза над национальным правом государств-членов, а также принцип прямого действия интеграционного права.⁴⁶¹ В этой связи необходимо отметить принятую в 2000 году Хартию Европейского Союза об основных правах. Данный документ, который является составной частью первичного права Европейского Союза, не обходит стороной вопросы прав несовершеннолетних и средств их защиты.

В соответствии с нормами Закона о детях 1989 года Англии, основаниями для применения мер ответственности в отношении родителей, не исполняющих свои обязательства по уходу за детьми, являются, прежде всего, доказательства о том, что ребенку грозит или наносится существенный вред. Такой вред или риск его причинения определяется тем, что уход, получаемый ребенком от своих родителей, является недостаточным тому, который вполне обоснованно может быть обеспечен; или же уход не осуществляется вовсе. В таком случае суд, по

⁴⁶¹ Мещерякова О.М. «Наднациональность в Европейском союзе и принципы действия коммунитарного права». Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2011. № 4. С. 172-179.

ходатайству заинтересованных лиц, принимает соответствующее решение о воспитании и надзоре в форме приказа.

В Англии существует несколько видов судебных приказов, ограничивающих права родителей в отношении своих детей, так как наряду с лишением родительских прав существует понятие дисквалификации, то есть временное ограничение прав родителей и помещение ребенка в «фостерную семью» или специализированное учреждение. В первую очередь рассмотрим приказы, связанные с временным ограничением родительских прав.

Первый из них – так называемый «приказ о воспитании», является основанием для передачи ребенка на воспитание соответствующего органа местного самоуправления. Именно он решает, где и с кем несовершеннолетний будет жить и возлагает родительские обязательства, которые имеют ограниченный характер, так как исключают право на согласие или отказ на усыновление или назначение опекуна.

Следующий – «приказ о защите в чрезвычайных ситуациях», которой выносится судом по заявлению заинтересованных лиц и имеет краткосрочный характер. Заявление может быть подано родственниками ребенка или иными лицами, которые фактически заботятся о нем при наличии доказательств о том, что несовершеннолетний содержится в условиях очевидной опасности. В таком случае, при вынесении решения суд возлагает родительские обязанности на заявителей.

Следует отметить, что при временном помещении ребенка вне дома, родители сохраняют свои права и обязанности, а так же имеют возможность сотрудничать с органами местного управления или лицами, временно осуществляющими «родительскую власть». Кроме того, родители могут исполнять свои обязанности независимо от властей при условии, что это не противоречит судебному приказу (например, перемещение ребенка из места, в которое он был помещен, без разрешения). Однако орган исполнительной власти может не позволить родителю исполнять свои родительские обязанности независимо от властей, если это необходимо для защиты или улучшения благополучия ребенка.

Последним судебным решением является «приказ об усыновлении». Он является исключительной мерой, так как разрывает все законные связи с семьей, лишая родителей всех прав и обязанностей по отношению к ребенку безвозвратно. Ребенок становится полноправным членом новой семьи, берет соответствующую фамилию, и получает те же права и привилегии, как если бы он был родным ребенком семьи, включая право наследования. Усыновление является нерасторжимым. Именно по этим причинам наиболее приемлемым и благоприятным для ребенка считается так называемое «внутрисемейное» или родственное усыновление. Кандидат юридических наук, доцент Татаринцева Е.А. в своей статье отмечает: «В Великобритании законодательная политика в середине 70-х гг. XX столетия оказывала сопротивление родственному усыновлению по причине боязни потенциального искажения семейных отношений из-за сокрытия правды о происхождении ребенка (например, усыновление ребенка его бабушкой), одновременно не предусматривая способов, посредством которых родственники ребенка или лица, долгое время заботившиеся о нем, могли приобрести правовой статус, не разрывая при этом связи ребенка с его биологической семьей. Сегодня, как и в США, родственное усыновление рассматривается одним из наилучших способов сохранения ребенком его индивидуальности».⁴⁶²

В Германии, как в Англии, среди мер со стороны государства выделяют временное ограничение родительских прав и полное лишение родительских прав.

Основания ограничения родительских прав образуют две группы.

В первую группу входят основания, связанные с неправомерными действиями или бездействиями родителей, то есть наличием вины. Это связано с физическим и психическим состоянием ребенка, которое подверглось риску или существует такая угроза. Кроме того, сюда входят ненадлежащее воспитание ребенка, отсутствие заботы о нем, явное пренебрежение своими обязанностями со стороны родителей. Так, Гражданское уложение Германии гласит: «Родителей можно лишать права на воспитание и опеку, если физическое,

⁴⁶² Татаринцева Е.А. Типы усыновления в странах общего права: от традиционной модели к современным вариантам ЕврАзЮж № 12 (31) 2010

психическое или психологическое благополучие или имущество ребенка находятся под угрозой вследствие:

- злоупотребления правом родительской опеки;
- неисполнения обязанностей в отношении ребенка;
- безответственной неспособности родителей;
- плохого поведения третьей стороны,

и если родители не хотят или не могут предотвратить опасность, то суд по опеке может лишить родителей права на воспитание и опеку, и принять все необходимые меры для устранения этой опасности».⁴⁶³

Как мы видим, при решении вопроса об ограничении родительских прав, первостепенным и важнейшим является сохранение благополучия ребенка. То есть, санкции имеют цель не наказать и осудить родителей, а обеспечить интересы несовершеннолетнего. Полноценное развитие ребенка как личности это главная вещь, ради которой применяются меры принудительного характера.

В законодательстве Германии отсутствует норма о юридических последствиях для родителей, не исполняющих свои обязательства в отношении ребенка. Говорится только о лишении родительских прав как исключительной меры. Однако, суд при рассмотрении дела может вынести и другое решение. Такое решение выносится на основе принципа пропорциональности. Это означает, что, поскольку родительские права и обязанности включают в себя целый комплекс различных обязательств, суд выносит решение таким образом, чтобы меры были достаточны и уместны для исправления сложившейся ситуации. Это может быть терапевтическая помощь в рамках государственной помощи молодежи или дополнительное обучение в интернате или других специализированных учреждениях.

Вторую группу образуют основания, не связанные с виной родителей. В данном случае германским законодательством вводится понятие «приостановление осуществления родительской заботы в случаях препятствия правового и фактического характера». К их числу относят, например, признание одного из родителей недееспособным или ограниченно дееспособным. Тогда

⁴⁶³ Гражданское уложение Германии 1896 года.

родитель, на основании статьи 1673 Гражданского уложения Германии, лишается права законного представительства и несет свои обязательства наряду с представителем, назначенным судом. Еще одно основание содержится в статье 1674, которая гласит, что родитель может быть лишен своих прав и обязанностей в отношении ребенка на определенный срок в связи с невозможностью осуществления своих обязательств в течение длительного времени. Орган опеки обязан предложить суду кандидатуры лиц, которые будут выступать по отдельным вопросам в качестве индивидуальных опекунов или индивидуальных попечителей. Кроме того, орган обязан контролировать деятельность этих лиц для обеспечения выполнения ими законодательно установленных обязательств. Сюда входит так же проведение регулярных консультаций между отдельными опекунами и попечителями и органом по делам детей и молодежи. Суд по делам опеки может также назначить в качестве опекуна или государственного попечителя и сам орган по делам детей и молодежи. Решение о временном приостановлении родительских прав может быть отменено, если суд установит, что все основания для него отпали, и родитель способен возобновить заботу о ребенке.

Единственным последствием для родителей, не исполняющих свои обязательства перед несовершеннолетним ребенком, точно закрепленным в Гражданском уложении Германии, является лишение родительских прав. На основании статьи 1684, такое решение может быть принято только при наличии фактов о том, что в противном случае благополучие ребенка подверглось бы риску.

Интересно, что суды при рассмотрении решения о полном лишении родительских прав ставят высокие барьеры перед уполномоченными органами, желающими отлучить ребенка от семьи, так как права родителей по Основному закону государства являются одними из самых приоритетных. В таком случае, заинтересованные органы должны приложить максимум доказательств о необходимости применения данной меры. Так органы по делам молодежи должны представить Суду по опеке весь комплекс мер, которые уже были

проведены в семье на благо ребенка. И только после тщательного изучения всех материалов, суд выносит решение о лишении родителей их прав на ребенка.

Если такое решение все же вынесено, органы государственной власти делают все возможное благополучного воспитания ребенка в приемной семье. Так, органы по делам детей и молодежи предлагают свое содействие в вопросах образования, терапии и в оказании иной бесплатной помощи для предотвращения опасностей или предотвращения опасности остановки в развитии несовершеннолетнего; сотрудничество на основе партнерства с приемной семьей.

Подводя итог, можно проследить некоторые различия в вопросах ответственности родителей за нарушение своих обязанностей двух стран. В Англии основанием ответственности является общее положение о том, что ребенку грозит или наносится существенный вред. В Германии же основания для ответственности образуют две группы: основания, связанные с виновным причинением вреда и не связанные с виной.

Однако, не смотря на некоторые политические, социальные, культурные и исторические особенности, страны имеют и схожие черты в области разрешения вопроса о нарушении родителями своих обязательств в отношении своих детей, принудительных мер для обеспечения дальнейшего благоприятного развития ребенка. Кроме того, Европейский Союз оказывает не маловажную помощь странам-членам, устанавливая основы и разрабатывая наиболее приемлемые принципы защиты прав ребенка, оставшегося без должных благоприятных условий, которые должны обеспечивать его родители.

Охрана товарных знаков в ЕС: преодоление правовых коллизий

Шортанов И.А.

Магистрант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
ул. Миклухо-Маклая, д.6, Москва, Россия, 117198

В статье исследуются проблемы формирования механизма охраны товарных знаков в странах-членах ЕС.

Ключевые слова: товарный знак, Европейский Союз, интеллектуальная собственность, правовая коллизия, гармонизация и унификация европейского права.

"Товарные знаки представляют собой обозначения, служащие для индивидуализации товаров. Знаки обслуживания являются знаками, служащими для индивидуализации выполняемых работ и услуг".⁴⁶⁴

Согласно положению ст. 1477 Гражданского Кодекса РФ, на товарный знак, то есть на обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, признается исключительное право, удостоверяемое свидетельством на товарный знак.

По мнению И. Фархутдинова, первопричиной начала процессов унификации и гармонизации патентного права в Европейском Союзе явилась не сама по себе проблема повышения эффективности правовой охраны интеллектуальной собственности. Проблема лежала в несколько иной плоскости: насущная и актуальная необходимость скорейшего создания внутреннего единого рынка ЕС, составной частью которого и являлся сам механизм правовой охраны интеллектуальной собственности, единый для всех стран Сообщества. Иными словами, требуемая унификация режима охраны товарного знака, заставила европейцев создавать новые нормы.⁴⁶⁵

В период формирования и становления правовой охраны интеллектуальной собственности в ЕС возникало немало различных проблем. Обратим наше внимание на некоторые из них:

⁴⁶⁴ Е.А. Суханов "Российское гражданское право" учебник в 2 т. Т.1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / М.: Статут, 2016. стр. 859.

⁴⁶⁵ Цит. по: Фархутдинов И. "Некоторые проблемы формирования и становления правовой охраны товарных знаков в Европейском Союзе" // http://www.eurasiaweb.ru/index.php?catid=224:2011-05-31-09-24-42&id=4604:2013-08-06-05-32-15&option=com_content&view=article ; (Дата обращения: 08.03.2016).

1. Гармонизация правовой охраны товарных знаков, в отличие от патентного права, изначально осуществлялась в рамках коммунитарного права. Схожесть многих знаковых изображений и интересы экономик стран ЕС требовали использовать большую лояльность при регистрации товарного знака, чем это предусмотрено для регистрации объектов патентного права. Однако, ожидаемый результат от этого эффекта в течение длительного времени был не в полной мере определенным. С целью добиться эффективности с учетом обозначенных реалий была создана специальная рабочая группа во главе с видным исследователем и практиком в сфере интеллектуальной собственности Де Хааном. Результаты работы этой группы и ее предложения легли впоследствии в основу принятого Регламента Совета ЕС № 40/94 о товарном знаке Сообщества от 20 декабря 1993 г.⁴⁶⁶

2. Создание единой (унифицированной) системы правовой охраны товарных знаков в ЕС, тем не менее ослаблялось конкурентным существованием соответствующих национальных правовых систем стран-членов ЕС. Наличие данной коллизии стала существенной проблемой при создании единого механизма правового регулирования. В целях смягчения эффекта несоответствия и в целях сделать национальное законодательство более совместимым с Регламентом о товарном знаке Сообщества в 1988 г. была принята Первая Директива Совета, направленная на сближение законодательства государств-членов о товарных знаках на базе ст. 95 Договора о ЕС. Однако, она касалась сближения ограниченного числа положений национальных законодательств и не осуществляла полной гармонизации национального права о товарных знаках в пределах ЕС. По мнению профессора Г. Козна Йорама, в связи с ней можно было говорить лишь об очень незначительном результате.⁴⁶⁷

Очередная директива была принята 22 октября 2008 года, в которой закреплялось весьма важное, принципиальное положение о том, что практика

⁴⁶⁶ Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark // http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=126861 (дата обращения 12.03.2016)

⁴⁶⁷ Фархутдинов. И статья " Некоторые проблемы формирования и становления правовой охраны товарных знаков в Европейском Союзе" // http://www.eurasialaw.ru/index.php?catid=224:2011-05-31-09-24-42&id=4604:2013-08-06-05-32-15&option=com_content&view=article ;Дата обращения:09 .03.2016.

использования товарного знака должна подчиняться положениям Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года⁴⁶⁸. В случае, если возникает противоречие норм Парижской конвенции и норм национального законодательства, оно должно быть разрешено с помощью согласованных действий государств-членов. Было также принято решение разработать наднациональный механизм охраны прав на товарный знак, который предполагает регистрацию права на товарный знак в едином ведомстве, действие которой будет иметь эффект на всей территории Европейского Союза.

Товарному знаку подобно еще одно средство индивидуализации товаров-наименование места происхождения товара. Защиту географическим обозначениям и местам происхождения сельскохозяйственных товаров и продуктов питания представляет специальный регламент, принятый Советом 14 июля 1992 г. В соответствии с ним географические наименования, свидетельствующие об определенном регионе изготовления продукта, который придает продукту специфику, защищаются на территории всего Европейского Союза после включения их в регистр посредством издания отдельного регламента. Этот регламент поддержан также и практикой Суда ЕС.

На основании упомянутого выше регламента 1992 года сформировалась концепция создания Ведомства Европейского союза по гармонизации на внутреннем рынке (впоследствии переименованного в Офис Европейского Союза по интеллектуальной собственности). Деятельность данного ведомства направлена на гармонизацию внутреннего рынка. В нем осуществляются процессы регистрации товарных знаков и разноплановых промышленных образцов. Штаб-квартира Ведомства Европейского союза расположена в Испании, в городе Аликант. Ведомство выполняет роль полноправного органа Евросоюза и имеет в своем составе несколько уполномоченных подразделений:

- экспертный отдел (место рассмотрения заявок);
- отдел по обращению с возражениями против регистрации товарных знаков (отдел "возражений и примечаний");

⁴⁶⁸ <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=5111> (Дата обращения- 14.03.2016)

- отдел правового обеспечения и товарных знаков. Данный отдел непосредственно относится к Реестру товарных знаков и представителей;
- отдел по аннулированию ранее зарегистрированных товарных знаков;
- отдел по принятию жалоб, касающихся экспертных решений всех вышеперечисленных отделов (апелляционный отдел)⁴⁶⁹.

Таким образом, в настоящее время Европейский Союз сформировал вполне эффективную систему, согласно которой все "молодые" товарные знаки проходят регистрацию. Документ, который получает владелец знака, (сертификат) действителен во всех странах, входящих в состав Еврoзоны.

⁴⁶⁹ <http://pattrade.ru/services/42/> (дата обращения-12.03.2016).

Исламский банкинг в странах Азиатско-Тихоокеанского региона: общие положения

Юренив П.

Российский университет дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198

Азиатско-Тихоокеанский регион богат примерами государств, в чьих правовых системах заметную роль играют нормы мусульманского права. Как правило, нормами ислама в этом регионе регулируются брачно-семейные отношения, вопросы наследования и завещания. В некоторых странах этого региона существует целая система судов шариата, рассмотрения дел в которых производится согласно нормам ислама. Учитывая стремительное развитие стран Азиатско-Тихоокеанского региона, такой вопрос, как регулирование банковской деятельности нормами ислама, не мог остаться без внимания. Во второй половине XX века начались первые попытки регулирования банковской деятельности нормами ислама. Для понимания сути этого процесса, а так же вопросов и проблем, связанных с осуществлением исламского банкинга, нужно рассмотреть основные положения ислама, регулирующие данный вопрос.

Основной проблемой на пути в банковской деятельности в странах, где нормы ислама тесно переплетаются с законодательством, является тот факт, что право шариата содержит прямой запрет на ссудный процент. Такой запрет обозначается термином «риба». Норма, содержащая данный запрет, закреплена в фикхе, а так же этической доктрине ислама. Первым ученым, предложившим решение этой проблемы, был Анваль Икбар Куреши. Он предлагал строить отношения между исламским банком и клиентом по принципу партнерства. Однако он не дал четкого определения партнерства, предложив, чтобы капитал обеспечивала одна сторона, а работу – другая, тогда как прибыль и убытки возлагались на обе⁴⁷⁰. Такая схема, при которой банк выступал, по сути, в качестве инвестора, крепко утвердилась в деловом обороте многих мусульманских стран. Важным является тот факт, что в сфере исламского

⁴⁷⁰ Islamic banking: History and development Chowdhury Shahed Akba.

банкинга деньги не рассматриваются как товар, в отличие от классической банковской системы.

Запрет на ссудный процент можно назвать своеобразным принципом, на котором базируется не только исламский банкинг в частности, но и вся совокупность финансовой деятельности, регулируемой правилами ислама, и получившая название исламской финансовой системы. При этом принципы исламского банкинга и принципы функционирования исламской финансовой системы зачастую совпадают.

Из первого принципа вытекает другой принцип исламского банкинга. Он заключается в том, что банк и клиент в большей степени выступают как деловые партнеры, делящие прибыль и убытки поровну. Этот принцип и его неукоснительное соблюдение является предметом особой гордости исламского банковского сектора, а также причиной стремительной популяризации исламского банкинга в странах, не относящихся к традиционно мусульманским странам.

В исламском банке, в силу запретов содержащихся в Коране, является невозможным проведение банковских операций, направленных на совершение сделок, так или иначе связанных с алкоголем, производством свинины и азартными играми⁴⁷¹. В некоторых государствах данный запрет распространяется на кинематограф и музыкальную индустрию. При этом не имеет значение, кто является конечным потребителем продукции, перечисленных выше сфер деятельности. Запрет действует даже если это не мусульмане.

Исламский банкинг, как и вся исламская финансовая система, придерживается принципа реальности активов и операций с данными активами. Именно этот принцип делает невозможным проведение фьючерсных сделок в исламской финансовой системе.

Исламский банкинг наряду с набором принципов функционирования имеет и свои инструменты банковской деятельности. Выделяют следующие инструменты банковской деятельности:

⁴⁷¹ <http://ajvazov.ru/articles/islamskij-sposob-organizatsii-biznesa.html>

- Мурабаха - является по сути сделкой купли продажи, при которой банк приобретает товар, для того чтобы в последствии продать его с наценкой. Наценка в данном случае и является доходом банка от проведенной операции.

- Мудароба - тип финансирования предприятия при котором лицо предоставляет средства производства, а банк в свою очередь выступает в качестве инвестора. Клиент осуществляет полный контроль над деятельностью предприятия. В случае успеха предприятия, прибыль делится между участниками, согласно достигнутых заранее договоренностей. Однако в случае, если предприятие становится убыточным, владелец капитала несет все издержки самостоятельно.

- Мушакара – вид совместной деятельности банка и иных лиц, строящийся на принципах равноправного партнерства. В данном случае финансированием предприятия занимается не только банк, но и его клиент, с которым и заключается данное соглашение. При этом прибыль и убытки распределяются в заранее оговоренных долях.

- Иджара – вид сделки, при котором банк приобретает какой либо актив у поставщика и передает его в аренду клиенту. В процессе пользования активом, клиент выплачивает банку арендную плату⁴⁷². После истечения срока аренды, актив передается банку.

- Салам – является инструментом исламского банкинга, на первый взгляд противоречащий принципу, который запрещает банкам операции, связанные с фьючерсными сделками. Дело в том, что этот инструмент используется для финансирования, как правило, крупных предприятий, с целью получения ими оборотного капитала для закупки средств производства. Поскольку речь идет о физическом продукте на выходе контракта, нарушение принципа реальности активов признается несущественным в силу высокой вероятности того, что к означенному сроку товар будет наличествовать⁴⁷³. Это исключение из правил

⁴⁷² ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ИСЛАМСКОГО БАНКИНГА Хусейнова Д. К. Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал №3 2012

⁴⁷³ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ИСЛАМСКОГО БАНКИНГА Хусейнова Д. К. Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал №3 2012

ярко показывает, что исламский банкинг способен проявлять гибкость в интересах экономики.

Помимо перечисленных инструментов существуют и другие, менее распространенные инструменты исламского банкинга. В качестве их отличительной черты можно назвать их социальную ориентированность. Например, в ряде исламских банков существует практика, при которой состоятельные мусульмане открывают денежные счета, средства с которых идут на беспроцентные ссуды для других лиц. Экономическое поведение мусульман связано принципами, которые заставляют исламские банки и их клиентов строить отношения на религиозной основе, а не на денежном вознаграждении. Поэтому очень велика доля безвозмездной помощи предоставляемой исламскими банками.

В исламских финансах существует целый ряд стандартных форм взаимодействия банка и предпринимателя, которые схожи в одном: риск банка - это всегда и прежде всего инвестиционный риск; собственно кредитный риск, схематично говоря, являющийся главным в традиционном банковском деле, имеет место редко и в остаточном виде⁴⁷⁴.

В заключение, хотелось бы отметить, что исламский банкинг является довольно новым явлением в мировой экономике, однако его развитие и принятие происходит быстрыми темпами. Несмотря на его непринятие классических принципов ведения банковской деятельности, исламский банкинг является эффективным. Особо стоит подчеркнуть его социальную ориентированность, которая продиктована нормами Корана, а так же этической доктриной ислама.

474 ИСЛАМСКИЕ БАНКИ МАЛАЙЗИИ АНДРЕЙ ЖУРАВЛЕВ АНАЛИТИЧЕСКОЕ ОБОЗРЕНИЕ "ТЕНДЕНЦИИ" - # 0 (1) ДЕКАБРЬ 2004

Государственная Регистрация Прав На Недвижимое Имущество В Германии и Франции

Ястребов В. В.

Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Аннотация. Статья посвящена вопросам, связанным с регистрацией прав на недвижимое имущество в России и Италии. Рассмотрены основные проблемы связанные с регистрацией прав на недвижимое имущество в Германии и Франции.

Ключевые слова: регистрация, недвижимое имущество, объект, кадастровый учет, сделка, аренда, договор.

Государственная регистрация прав на объекты недвижимости производится в Германии при участковых судах (это самая низшая ступень судебной системы) и осуществляется помощниками судьи. Функцию единого государственного реестра прав выполняет Поземельная книга.

Основными нормативно-правовыми актами, регулирующими регистрацию прав на недвижимое имущество в Германии, являются:

1. Германское гражданское уложение BGB (далее - ГГУ), существующее с 1897 г.
2. Положение о ведении кадастровых (поземельных) книг (GBO, (далее – ППК), от 26 мая 1994 г.
3. Положение о проведении кадастрового учета (GBV)
4. Закон об упорядочении земельного кадастра (GGBerG)
5. Положение о наследственном праве застройки (ErbbauVO)
6. Положение о правовых сделках с земельными участками (GVO)
7. Закон о налоге на приобретение земельной собственности (GrEStG)
8. Положение о федеральном нотариате (BNotarO)
9. Закон об установлении обязательной формы документации (BeurkG)
10. Закон о служащих суда (RPfIG)
11. Закон о государственном регистраторе прав, от 5 ноября 1996 г.
13. Гражданское процессуальное уложение (ZPO)

14. Закон о принудительной продаже имущества с аукциона и о принудительном управлении (ZVG)⁴⁷⁵.

В Германии возможно приобретение земельного участка с условием, что продавец в качестве заказчика или главного подрядчика построит на нем здание⁴⁷⁶.

Поземельные книги ведутся специальными поземельными учреждениями, действующими при общих судах первой инстанции по месту нахождения объекта недвижимости.

В соответствии с законодательством регистрацией прав в Поземельной книге занимаются регистраторы, которые прошли обучение и им вменена в обязанность проверка полномочий лиц, которые считают себя заинтересованными сторонами. Регистрационная система, в соответствии с Германским Гражданским Уложением (далее – ГГУ)⁴⁷⁷, построена на принципах внесения сведений о любых изменениях в объектах недвижимости, подлежащих регистрации. Система предусматривает возможность получения любым заинтересованным лицом информации из поземельной книги в отношении того или иного земельного участка. Она также позволяет определить старшинство вещных прав, когда преимущество отдается тому праву, запись в Поземельную книгу о котором совершена раньше.

Регистрация земли в поземельной книге производится по заявлению любого лица, право которого затрагивается такой регистрацией либо в пользу которого она осуществляется (§ 885 ГГУ)⁴⁷⁸. Если для регистрации недвижимости требуется нотариальное удостоверение, то регистрация может производиться нотариусом от имени лица, право которого затрагивается такой регистрацией (§ 313 ГГУ). Кроме того, для признания действительности сделки отчуждения недвижимости в германском праве предусмотрена особая процедура. Решение оформляется отдельным документом, требующим нотариального удостоверения

⁴⁷⁵ Портал внешнеэкономической информации - <http://www.ved.gov.ru>

⁴⁷⁶ Закон «О государственной регистрации прав на недвижимость в Германии» от 02.08.2013 - <http://www.ved.gov.ru>

⁴⁷⁷ Германское гражданское уложение (ГГУ) (Гражданский кодекс (ГК) 1896 г.) - <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht>

⁴⁷⁸ Германское гражданское уложение (ГГУ) (Гражданский кодекс (ГК) 1896 г.) - <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht>

с обязательным одновременным присутствием сторон или их уполномоченных представителей (§ 925 ГГУ)⁴⁷⁹.

Согласно § 883 ГГУ, в поземельную книгу могут вноситься предварительные записи о заключенных договорах отчуждения недвижимости. Данная запись позволяет покупателю недвижимости требовать исполнения договора, а также предостерегает иных лиц от заявления прав требования на данную недвижимость. Распоряжение, осуществленное после регистрации в поземельной книге предварительной записи об отчуждении земельного участка или права, не считается действительным. Система поземельной записи обеспечивает в Германии высокую степень прозрачности и гласности сделок с землей и иной недвижимостью.

Существует несколько особенностей регистрации прав на недвижимое имущество в Германии.

Во-первых, действующее законодательство Германии в качестве предмета регистрации в поземельной книге рассматривает: 1) Субъективные гражданские вещные права (право собственности и ограниченные вещные права). Устанавливаемый ГГУ перечень таких прав носит исчерпывающий характер. 2) Факты, имеющие юридическое значение для осуществления вещных прав, а именно: - относительные ограничения в праве распоряжения (например, конфискация в связи с принудительной продажей или принудительным управлением) и тд.

Во-вторых, германское право допускает возможность внесения предварительной записи в поземельную книгу. Как правило, предварительная запись осуществляется в целях обеспечения требования об уступке или отмене права на земельный участок или права, обременяющего земельный участок. Внесение предварительной записи допускается также в обеспечение будущего или условного требования (п. 1 § 883 ГГУ). Предварительная запись в поземельной книге в принципе производится лишь в случае, если лицо, которого

⁴⁷⁹ Германское гражданское уложение (ГГУ) (Гражданский кодекс (ГК) 1896 г.) - <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht>

касается планируемая регистрация, уже внесено в поземельную книгу (§ 39 ППК)⁴⁸⁰.

В-третьих, процедура регистрации в поземельной книге носит универсальный характер. Органы, ведущие поземельные книги, осуществляют регистрацию лишь на основании заявления (§ 13 ППК)⁴⁸¹, получив заявление, они обязаны проверить выполнение условий, необходимых для законного перехода прав.

В четвертых, для регистрации права на недвижимое имущество в Германии характерен принцип бесповоротности. Согласно этому принципу добросовестное лицо, приобретшее право на недвижимое имущество лица, чье право зарегистрировано в поземельной книге, становится правообладателем даже в случае, если его отчуждатель в действительности (из-за ошибки, допущенной при регистрации) эти правом не обладал.

Если должностным лицом допущена ошибка, то оно обязано по закону предоставить сторонам возможность внести исправление (§ 894 ГГУ, § 22 ППК). В этом случае должностному лицу необходимо заявить административное возражение (§ 53 ППК), поскольку запись была сделана с нарушением законодательных предписаний и содержание поземельной книги недостоверно, а указанная ошибка еще не исправлена. Запись возражения, как уже отмечалось, производится на основании распоряжения суда или с согласия лица, право которого затрагивается исправлением поземельной книги. Для вынесения распоряжения суда не является обязательным подтверждение наличия опасности в отношении права лица, заявившего возражения. Административное возражение против достоверности записи в поземельной книге исключает добросовестное приобретение третьим лицом (§ 892 ГГУ). Но оно (административное возражение) не используется, если в промежуточный период было осуществлено новое добросовестное приобретение от неправомочного лица.

⁴⁸⁰ Положение о ведении кадастровых (поземельных) книг (GBO), от 26 мая 1994 г. включая изменения до 11.08.2009. – Германский фонд международного правового сотрудничества - <http://www.irz.de>

⁴⁸¹ Положение о ведении кадастровых (поземельных) книг (GBO), от 26 мая 1994 г. включая изменения до 11.08.2009. – Германский фонд международного правового сотрудничества - <http://www.irz.de>

Примером иного подхода к регистрации служит система регистрации прав на недвижимые имущества во Франции. Здесь не предусматривается ведение Поземельной книги в привычном понятии, так как основу информации составляет не земельный объект, а правообладатель⁴⁸². Порядок регистрации заключается в группировании сведений непосредственно о правообладателе в Ипотечных книгах. Регистрирующим же органом во Франции, в судебном округе, является бюро, так называемое Хранилище ипотек, в котором осуществляются и централизуются все действия, направленные на фиксирование прав поземельной собственности, а также ипотек и привилегий путем внесения записей о них в публичные реестры. Поэтому, если правообладатель владеет несколькими объектами недвижимости в разных округах Франции, то в каждом на него имеются сведения о наличии недвижимости, а единого реестра прав на всю недвижимость, которой он владеет, не существует. В Ипотечных книгах Франции записи совершаются целиком (это так называемые Транскрипции), т.е. сделки купли-продажи или, в сокращенном виде, Инскрипция, – сделки по залогу. Вышеуказанное бюро управляется «хранителем ипотек», который является чиновником администрации, входящей в структуру министерства финансов. В отличие от германской модели, во Франции государство не несет материальной ответственности за ущерб, который может быть нанесен правообладателю недвижимости ошибкой в записях, делаемых хранителем ипотеки. Ответственность налагается непосредственно на последнего, который при назначении на указанную должность закладывает свое имущество, в том числе недвижимое, или вносит залогом денежную сумму.

Характеризуя систему государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним Франции, можно выделить некоторые её особенности.

1) Предметом регистрации являются не вещные права, а правоустанавливающие документы;

⁴⁸² "Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)" от 21.03.1804 (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011) информационный банк "Международное право" - <http://base.consultant.ru>

2) Регистрация правоустанавливающих документов не является обязательной, за исключением документов о преимущественных правах и ипотеке, с обязательным указанием суммы и описанием объектов;

3) Обязательной регистрации также подлежат следующие акты:

- акты и решения, утверждающие передачу или установление реальных прав на недвижимость в случае смерти правообладателя;

- акты, определяющие соглашения о временном запрете на отчуждение объекта недвижимости или любые иные ограничения права распоряжения объектом;

- договоры аренды на срок более 12 лет;

- заявления в суд о лишении прав на недвижимое имущество и акты (решения), констатирующие лишение прав;

- протоколы, составляемые в обязательном порядке кадастровыми службами (например, о строительстве или разрушении здания);

4) законодательством предусмотрен предельный срок для записей о преимущественных правах. Если запись не возобновлена до истечения предельного срока, то она становится недействительной на следующий день по истечении предельного срока;

5) могут быть зарегистрированы только нотариально удостоверенные документы, что вынуждает стороны нести существенные расходы по оплате услуг нотариуса⁴⁸³.

В соответствии с французским законодательством сделки об установлении или перенесении прав на недвижимое имущество должны храниться в официальном реестре у «хранителя ипотек». Хотя в запись в поземельной книге не является условием возникновения права собственности.

Отличительной особенностью данной ипотечной системы считается то, что сделки с недвижимостью осуществляются посредством договоров, составляемых в произвольной форме и не зависящих от непосредственного факта регистрации изменения права. Таким образом, отсутствуют какие либо

⁴⁸³ Кирсанов А.Р. Сравнительно-правовой анализ регистрации прав на недвижимое имущество в России и за рубежом // Государственная регистрация прав на недвижимость: Проблемы регистрационного права. М., 2003. С.45

гарантии актуальности состояния регистра и соответственно нет защиты против того, чтобы право на один и тот же объект недвижимости могло быть зарегистрировано на листах разных лиц. Поэтому ипотечная книга не рассматривается как регистр, направленный на обеспечение юридической достоверности записей о зарегистрированных правах. Актовую систему фиксирования прав при совершении сделки также необходимо рассматривать через «чистоту титула», каковая означает владение имуществом на протяжении последних 30-ти лет⁴⁸⁴.

Каждое такое бюро управляется «хранителем ипотек» – простым чиновником администрации «Главной Дирекции записей в реестры, – домен и марок», входящей в структуру министерства финансов. В отличие от германской модели, государство здесь не берет на себя материальную ответственность за ущерб, который может быть нанесен владельцу недвижимости ошибкой в записях, делаемых хранителем ипотеки, - эта ответственность лежит непосредственно на последнем. Для обеспечения этой ответственности лица, назначаемые на эту должность, закладывают свое недвижимое имущество или вносят в виде залога определенную денежную сумму.

Постановления судов о признании актов, на основании которых зарегистрировано право, недействительными не подлежат ни при транскрипции, ни при инскрипции – соответствующее право просто аннулируется.

Таким образом, мы не обнаруживаем здесь четкой структуры записей, которой характеризуется немецкая Поземельная книга – записи, регистрирующие то или иное право, следуют подряд. Можно сделать вывод о том, что для Германии характерна титульная система (среднеевропейская система регистрации прав на недвижимое имущество), а для Франции - характерна консенсуальная модель регистрации прав на недвижимость.

⁴⁸⁴ Этот срок обусловлен тем, что 30 лет открытого владения недвижимостью с претензией на право собственности признается как срок давности, на основании которого за лицом, осуществляющим это владение, признается право собственности, даже если позже выяснятся обстоятельства, говорящие о неправомерности его претензий. Если в течение этого срока имела место череда сделок с объектом недвижимости, и среди них не обнаружено ничтожной сделки, то все они признаются правомерными на основании того, что признается бесспорным право того, кто 30 лет назад был владельцем этой недвижимости и начал исследуемую цепь сделок с нею. - <http://www.fpa.su>.

Научное издание

**СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО
И ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ**

Издание подготовлено в авторской редакции

Технический редактор *Н.А. Ясько*
Дизайн обложки *М.В. Рогова*

Подписано в печать 17.05.2016 г. Формат 60×84/16.
Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура Таймс.
Усл. печ. л. 20,23. Тираж 100 экз. Заказ 592.

Российский университет дружбы народов
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Типография РУДН
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. 952-04-41