

**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 памяти  
доктора юридических наук, профессора  
В.К. Пучинского**

*17 октября 2015 г.*

**Москва  
Российский университет дружбы народов  
2015**

УДК 340.5:341.9(063)  
ББК 67  
С75

Утверждено  
РИС Ученого совета  
Российского университета  
дружбы народов

**С75**      **Сравнительное право и проблемы частноправового регулирования в России и зарубежных странах :** сборник статей Международной научно-практической конференции памяти доктора юридических наук, профессора В.К. Пучинского. 17 октября 2015 г. – Москва : РУДН, 2015. – 437 с.

ISBN 978-5-209-06921-8

Материалы публикуются в авторской редакции.

УДК 340.5:341.9(063)  
ББК 67

ISBN 978-5-209-06921-8

© Коллектив авторов, 2015  
© Российский университет дружбы народов,  
Издательство, 2015

## Оглавление

<i>Кудрявцева Е. В. Взгляды профессора В.К.Пучинского на стадию подготовки гражданских дел к судебному разбирательству</i> .....	7
<i>Асылбекова А. А. Особенности примирительных процедур по новому гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан</i> .....	12
<i>Беликова К. М. Общие подходы к построению системы предпринимательских товариществ в Китае</i> .....	15
<i>Нурашева Б. Ш. Перспективы развития и пути совершенствования защиты профсоюзам трудовых прав работников в Республике Казахстан</i> .....	20
<i>Муромцев Г. И. Происхождение права: новые подходы</i> .....	25
<i>Улетова Г. Признание и Исполнение Иностранных Судебных Решений Российскими Судиами: Некоторые Проблемы и Современные Тенденции</i> .....	31
<i>Артёмьева Ю. А. Соглашение об алиментировании несовершеннолетних граждан в РФ</i> ...	44
<i>Бадаева Н. В. Право собственности и доверительная собственность (траст) в Индии</i> .....	50
<i>Бексултанова Р. Т. Упрощенное Производство В Гражданском Судопроизводстве Республики Казахстан</i> .....	55
<i>Белова Д. А. Сущность и значение трехступенчатого теста (п.5 ст.1229 ГК РФ)</i> .....	61
<i>Ермакова Е. П. Разрешение гражданских споров судами шариата в Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах</i> .....	67
<i>Ивановская Н. В. Медиация в Индии</i> .....	74
<i>Протопопова О. В. Наследственное право Китая</i> .....	78
<i>Русакова Е. П. Судебная система Малайзии</i> .....	83
<i>Сангинов Д. Ш. Услуга как объект предпринимательской деятельности</i> .....	91
<i>Ситкарева Е. В. Антиисковые обеспечительные меры в защиту арбитражной оговорки: подходы европейского права</i> .....	99
<i>Уксузова Е. Е. Взаимосвязи гражданского процессуального права и других отраслей права (законодательства)</i> .....	104
<i>Уруков В. Н. К вопросу унификации международного вексельного права: Конвенция ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях</i> 122	
<i>Dr. Willy TADJUDJE What is Mediation? Attempted Systematization of a Widely-Used, But Seldom-Clarified concept</i> .....	128
<i>Assanov A Y. The Legal Status Of The Private Bailiff</i> .....	140

<i>Arkhangelskaia A. A. NONPROFIT ORGANIZATIONS FACING COMPETITION (английский)</i> .....	146
<i>Ivanov A. S. Theoretical aspects of nature of aboriginal title in Canada</i> .....	149
<b>Банников И. А.</b> Обеспечение участия граждан в осуществлении гражданского судопроизводства .....	154
<b>Бронников А. М.</b> Реализация имущества должников (банкротов) в странах СНГ .....	161
<b>Горохов А. В.</b> Особенности правового регулирования договора банковского кредитования в странах Латинской Америки .....	166
<b>Губочкин А. Б.</b> Процедура усыновления по Гражданскому кодексу Аргентины 2015 года ..	171
<b>Долова М. О.</b> Вклад профессора Пучинского В.К. в развитие науки гражданского процессуального права .....	176
<b>Канатов Р. К.</b> К вопросу о гармонизации источников правового регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг стран ЕАЭС .....	184
<b>Коришунов И. С.</b> Проблема обращения взыскания на общее имущество супругов в рамках процедуры банкротства на примере США .....	190
<b>Краснова Т.С.</b> Отдельные аспекты учения о сервитутах в современном российском и зарубежном праве .....	196
<b>Купчина Е. В.</b> Рассмотрение споров в сфере интеллектуальной собственности Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации .....	203
<b>Кухаренко А. С.</b> Арбитрабельность корпоративных споров в Германии .....	211
<b>Мохамед Омер (Судан)</b> Понятие и главные черты исламской системы страхования .....	216
<b>Пономарева О. С.</b> Регистрация совместного проживания как основание получения подданства Королевства Испания .....	223
<b>Пулик А. В.</b> Значение принципа справедливости в гражданском праве Польши .....	230
<b>Пухарт А. А.</b> Неустойка в системе мер, обеспечивающих исполнение договорных обязательств .....	237
<b>Сапаров Н. Ч.</b> Понятие и содержание корпоративного договора .....	240
<b>Севрюгина З. А.</b> Этапы развития законодательства в области регулирования рынка ценных бумаг в Китае .....	245
<b>Севрюгина З. А.</b> Коллизионное регулирование трудовых отношений в странах БРИКС на примере России и Китая .....	248
<b>Сергеева В. В.</b> Правовая природа соглашений об уплате алиментов по законодательству РФ .....	252

<i>Смольников Д. И. Учение о доказательствах в работах профессора В.К. Пучинского</i> .....	258
<i>Трубина М. В. Предмет акционерного соглашения</i> .....	265
<i>Фалилеев О. О. Правовая природа существенного изменения обстоятельств в теории зарубежного и отечественного права</i> .....	270
<i>Черепанов В. А. Источники правового регулирования доказательств в гражданском судопроизводстве Гонконга, Сингапура и Малайзии</i> .....	275
<i>Чжан Лянвэй Китайская гражданско-правовая наука в период между концом династии Цин и началом Китайской Республики</i> .....	282
<i>Чумаченко И. Н. Право банка на удержание имущества должника как институт гражданского права Индии</i> .....	285
<b>МОЛОДЫЕ ГОЛОСА</b> .....	289

<i>Бондарева А. А. К вопросу о видах личных неимущественных прав авторов произведений в РФ</i> .....	289
<i>Боров З. Р. Разрешение споров в области исламского банкинга в Индонезии</i> .....	293
<i>Вавренюк Д. Международный коммерческий арбитраж в Украине</i> .....	296
<i>Даутов Э. Международный коммерческий арбитраж в Англии и Уэльсе</i> .....	299
<i>Джоценидзе Г. Договорные товарищества в Грузии</i> .....	303
<i>Дисани Теута О правовом статусе совета директоров в предпринимательских корпорациях США: историко-правовой аспект.</i> .....	313
<i>Дорджи-Горяев А. С. Иностраннный институт “astreinte” в российском гражданском праве</i> .....	320
<i>Дудов К. О. Альтернативные способы урегулирования споров в Китайской Народной Республике.</i> .....	323
<i>Ильина И. А. Определение размера долей при разделе общего имущества супругов в РФ..</i>	326
<i>Крамаренко В. О. Понятие и виды завещаний в праве стран ЕАЭС</i> .....	331
<i>Кузьмина А. О. Доктрина alter ego при присоединении третьей стороны к рассмотрению споров в международном коммерческом арбитраже</i> .....	336
<i>Лашина М. В. Алиментные обязательства супругов и бывших супругов в странах ЕАЭС (на примере России, Киргизии и Армении)</i> .....	340
<i>Майстрович Е. В. Возникновение идеи унификации гражданского судопроизводства в Европейском Союзе</i> .....	344
<i>Мититюк В. М. Разрешение споров в сфере исламского банкинга в Малайзии</i> .....	348

<i>Моргачева М. Е. Правовое регулирование залога прав по договору банковского счета. ....</i>	353
<i>Нарита А. Ф. Транснациональные компании: признаки и основные черты .....</i>	357
<i>Нгуен Тхи Ким Ань Общие положения гражданского процессуального права во Вьетнаме .....</i>	361
<i>Новик К. В. Наследование авторских прав в Российской Федерации, Республике Беларусь и Республике Казахстан .....</i>	364
<i>Пронин М. Н. Особенности залога обязательственных прав в РФ .....</i>	369
<i>Сидоров А. Е. Реформа гражданского процессуального законодательства Франции в области применения альтернативных способов разрешения споров .....</i>	375
<i>Симбагаева Х. А. Гражданский процесс Японии .....</i>	381
<i>Старцев Д. Д. Тезисы о доктринах участия третьих лиц в арбитражном соглашении .....</i>	384
<i>Сулайманов Р. А. Правовое регулирование страхования жилья и строений в Российской Федерации .....</i>	390
<i>Абдул Вассе Тахмина Международный арбитражный центр Дубая (DIAC) .....</i>	394
<i>Уразова Э. Н. Гражданский процессуальный кодекс - основной источник регулирования гражданского судопроизводства КНР .....</i>	397
<i>Фаградян Г. Г. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений в системе международных договоров по авторскому праву .....</i>	402
<i>Фам Тхи Бао Нгок Проект Гражданского процессуального кодекса Вьетнама 2015г .....</i>	406
<i>Фараджов Э. Т. Правовое регулирование пенсионного страхования в РФ .....</i>	409
<i>Фаталиев Г. Банковское страхование .....</i>	412
<i>Хошобина Н. А. Институт ограниченных вещных прав в законодательстве России, Белоруссии и Армении: история, теория, тенденции развития .....</i>	417
<i>Шек С. С. Роль международного договора в регулировании гражданского процесса Японии .....</i>	423
<i>Черкашин Д. М. Правовое регулирование обязательного страхования гражданско-правовой ответственности владельцев наземных транспортных средств в Украине .....</i>	426
<i>Чуманова А. Н. Раскрытие информации арбитрами как одна из важнейших процедур в международном коммерческом арбитраже .....</i>	429
<i>Яралова А. А. Судебная система и основы гражданского процесса в Испании .....</i>	434

## **Взгляды профессора В.К.Пучинского на стадию подготовки гражданских дел к судебному разбирательству**

**Е.В.Кудрявцева**

*Д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова.  
119234, Москва, Ленинские Горы, 1, к. 13.*

В статье исследуются основные идеи, высказанные профессором В.К.Пучинским в монографии «Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству», вышедшей в 1962 г.

**Ключевые слова:** подготовка гражданских дел к судебному разбирательству, задачи стадии, процессуальные действия.

Десять лет, как нет с нами выдающегося ученого заслуженного деятеля науки Российской Федерации, доктора юридических наук, профессора Василия Клементьевича Пучинского. С его именем связано целое направление в развитии науки гражданского процессуального права, он является основоположником сравнительно-правовых исследований в отечественной науке гражданского процессуального права<sup>1</sup>. Но нельзя забывать и те фундаментальные работы по советскому (российскому) гражданскому процессу, которые на сегодняшний день можно смело назвать классическими, которые внесли серьезный вклад в развитие советского (российского) гражданского процесса и законодательства. Среди таких работ хочется отметить монографию «Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству».

Время издания этой работы – 1962 год, т.е. уже приняты Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик, началась интенсивная работа над созданием гражданских процессуальных кодексов во всех союзных республиках, в том числе и в Российской Федерации. Актуальность работы В.К.Пучинского для того времени вне всяких сомнений, но прочитывая работу сегодня еще раз, понимаешь, что она не утратила своей актуальности, значимости и в наши дни, когда прошло уже больше пятидесяти лет с момента ее издания, уже приняты после ее написания два гражданских процессуальных кодекса и готовится проект третьего единого ГПК. Очень радует факт, что индекс цитирования этой монографии В.К.Пучинского - один из самых высоких в большом количестве диссертаций по данной проблематике.

Структурно работа состоит из трех глав. Уже из названия каждой главы прослеживается четкое понимание В.К.Пучинским значения этой стадии процесса. В первой главе автор формулирует задачи подготовки дела к судебному разбирательству, вторая глава

---

<sup>1</sup> См., Кудрявцева Е.В. Реформирование гражданского процессуального права России и зарубежных стран (Памяти профессора В.К.Пучинского) // Гражданское и гражданское процессуальное право в России и зарубежных странах: тенденции развития и перемены. Сборник статей./сост. Е.П.Ермакова, Е.В.Ситкарева. М., 2011. С.45

характеризует подготовку дела к судебному разбирательству как стадию советского гражданского процесса, а последняя посвящена процессуальным действиям судьи по подготовке дела к судебному разбирательству. Объем этой монографии небольшой (около 5 п.л.), но сколько идей, четкости при изложении основных моментов этой стадии, сколько примеров из судебной практики, подтверждающих тот или иной тезис. Через всю монографию красной нитью проходит мысль автора работы – улучшить гражданское процессуальное законодательство, совершенствовать стадию подготовки дел к судебному разбирательству, чтобы решения, которые выносятся на стадии судебного разбирательства были законными и обоснованными, чтобы не было оснований у вышестоящих судов их отменять.

Без сомнения, у судебной защиты основная цель – реальная защита прав и свобод человека и гражданина. Именно поэтому не является удивительным тот факт, что профессор В.К. Пучинский начинает свою работу именно с постановки данной конкретной задачи: «защищать действительно существующие права граждан и организаций, в каждом конкретном случае отыскивать истину объективную»<sup>2</sup>. И нельзя не согласиться с тем фактом, что не только при непосредственном рассмотрении дела в суде может происходить поиск объективной истины, напротив, именно стадия подготовки дела к судебному разбирательству является первым и важнейшим шагом для вынесения справедливого, законного и обоснованного решения. «Образцово провести подготовку, - значит совершить все, что требуется для установления истины по делу, вынесения законного и обоснованного решения в первом же судебном заседании».<sup>3</sup>

Неопровержим тезис о самостоятельном значении стадии подготовки дела к судебному разбирательству. По мнению В.К. Пучинского, подготовка гражданского дела – это именно особая стадия гражданского процесса. Во-первых, потому что принципы на этом этапе процесса действуют иначе. Например, неприменимы в полной мере такие принципы, как коллегиальность, устность, гласность, непосредственность, непрерывность. Однако можно говорить о действии независимости судей, диспозитивности, состязательности, равенства сторон в полном объеме.

Во-вторых, подготовка дела к судебному разбирательству не может носить технический характер и имеет прямое отношение к работе органов правосудия.

В-третьих, центральным для исследователя является вопрос, с чего начинается и чем заканчивается подготовка дела к судебному разбирательству. Процесс производства по делу в целом бесспорно начинается после подачи заявления. Разграничение принятия заявления и

---

<sup>2</sup> См.: Пучинский В.К. Указ. соч. С.4.

<sup>3</sup> Там же.



подготовки дела имеет четкое практическое значение с точки зрения соблюдения прав граждан и юридических лиц. Окончание стадии, по мнению профессора Пучинского, не носит четкого характера, поскольку может продолжаться и после фактического начала судебного заседания (например, в случае отложения судебного заседания).

Необходимо разграничивать подготовку дела как правовую деятельность и подготовку судебного заседания как организационную сторону (назначение дела к слушанию, извещения и вызовы) деятельности суда.

В-четвертых, анализ Постановлений Пленума Верховного Суда СССР от 1935 и 1947 гг. дает основание В.К. Пучинскому полагать, что досудебная подготовка гражданских дел является безусловно обязательной для правильного разрешения дела. Поскольку суду всегда надлежит предварительно ознакомиться с делом и определить вектор для эффективного его рассмотрения.

Для успешного осуществления поставленных на этой стадии задач профессор выделяет четыре основных направления деятельности судьи:

- 1) установление круга фактов, имеющих значение для разрешения данного дела;
- 2) определение необходимых доказательств для подтверждения или опровержения таких фактов;
- 3) решение вопроса о составе лиц, которые должны участвовать в процессе;
- 4) обеспечение представления необходимых доказательств и явку лиц, участвующих в деле, в судебное заседание.

Далее вслед за автором монографии следует рассмотреть каждое из этих направлений в отдельности.

*Установление круга фактов, имеющих значение для разрешения спора.* Без обращения к закону, как пишет В.К.Пучинский, круг фактов, необходимых для разрешения спора, вообще невозможно определить, поэтому при подготовке дела судья должен отыскать именно те правовые нормы, которые подлежат применению в данном конкретном случае. Далее анализируя данную задачу, профессор приходит к выводу о том, что для более скорого и правильного разрешения дела суду в некоторых случаях необходимо помогать сторонам в определении точного круга фактов. Такая помощь может быть необходима по ряду причин: действительно, сам истец не всегда может самостоятельно в силу своей юридической неграмотности осветить в заявлении все стороны своего спора, также истец может умолчать о каких-то фактах, свидетельствующих не в его пользу, или же представить искаженные факты. В данном случае суд в силу своего опыта может указать сторонам на то, какие конкретно факты необходимо доказать в заседании. В.К. Пучинский приводит показательный пример установления фактов по делу о взыскании алиментов. Для этого

необходимо установить факты рождения ребенка, наличия зарегистрированного брака между родителями, нахождения ребенка на содержании истца, выяснение суммы заработка ответчика<sup>4</sup>.

*Определение необходимых доказательств.* Эта задача является одной из самых важных, поскольку, как верно отмечает проф. Пучинский, если к моменту вынесения решения доказательств окажется недостаточно, или они не будут подтверждать выводы суда, такое решение будет подлежать отмене. Также автор обращает особое внимание на относимость и допустимость доказательств, исследуемых в гражданском процессе. Действительно, рассматриваться судом в деле должны именно те доказательства, которые являются существенными для дела (относимость), и, безусловно, они должны соответствовать установленным законом нормам (допустимость). В обоснование своих доводов В.К. Пучинский приводит обширную судебную практику, которая наглядно демонстрирует вред, наносимый процессу, в случае неверного определения круга доказательств.

Важным является и вопрос, поднимаемый автором: может ли судья уже на стадии подготовки дела к судебному разбирательству оценить представленные доказательства? Исходя из анализа представленной судебной практики, профессор Пучинский приходит к выводу о том, что судье все же стоит быть более внимательным к исследованию и оценке доказательств, поскольку в противном случае время рассмотрения дела значительно увеличивается.

*Определение круга лиц, участвующих в процессе.* Рассматриваемая задача, несомненно, является важной, т.к. без ее правильной реализации невозможна правильная и полная защита прав и свобод граждан и организаций. Автор обращает внимание на проблемы установления надлежащих истцов и ответчиков, их замены в случае ошибки, поиск свидетелей, процессуальных соучастников, проблемы определения круга прав третьих лиц, участия в процессе прокурора и т.д. Обобщая обширный круг рассмотренных проф. Пучинским вопросов, нельзя не согласиться с его выводом о том, что суду необходимо как можно внимательнее и точнее определять круг лиц, участвующих в процессе, именно на стадии подготовки дела. Как показала представленная автором судебная практика, если суд не предпримет таких необходимых действий, на стадии непосредственного рассмотрения дела по существу могут возникнуть ошибки, на которые непременно обратят внимание вышестоящие суды, отменяя решение. Более того, при неправильном определении круга лиц нарушается основная задача правосудия: защита прав и свобод граждан и организаций.

---

<sup>4</sup> См.: Пучинский В.К. Указ. соч. С.7.

*Обеспечение представления необходимых доказательств и явку лиц, участвующих в деле, в судебное заседание.*

Анализируя эту задачу, В.К.Пучинский указывает на ее важность. Даже при правильном разрешении судьей перечисленных задач на практике судам иногда приходится откладывать рассмотрение дела и это случается, если обнаруживается, что стороны или другие лица не извещались о времени рассмотрения дела или еще не поступили данные о вручении им повесток не вызваны в суд свидетели, эксперты и т.д. «Таким образом, судье при подготовке дела приходится иметь в виду ряд факторов, влияющих на исход судебного разбирательства»<sup>5</sup>.

В случае если судом при подготовке дела к судебному разбирательству было уделено должное внимание рассмотренным задачам, можно с большей вероятностью предположить, что гражданский спор будет разрешен действительно быстро и правильно, права будут восстановлены.

Впечатляет четкость изложения материала, прекрасное знание взглядов других ученых, высказанных в монографиях (К.С.Юдельсона и П.В.Логинова, посвященных этой стадии и изданных ранее), иллюстрация всех теоретических положений примерами из судебной практики и, конечно, выводы автора о значении этой стадии.

Несомненно, труд В.К.Пучинского не забыт, а его идеи нашли свое воплощение в двух следующих гражданских процессуальных кодексах. Следует констатировать, что к идеям, которые были предложены в теоретическом труде прислушались, и они нашли свое законодательное закрепление. Хотелось бы, чтобы так было и в настоящее время, чтобы мысли ученых о совершенствовании судебной системы, российского процессуального законодательства действительно оказали влияние на развитие законодательства.

---

<sup>5</sup> Пучинский В.К. Указ.соч. С.37

## **Особенности примирительных процедур по новому гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан**

**Асылбекова Айгуль Ахметовна**

*доктор PhD, старший преподаватель*

*кафедры гражданского и гражданского процессуального права*

*Университет АО КазГЮУ*

*г. Астана Республики Казахстан*

31 октября 2015 года Президент Республики Казахстан Н.А.Назарбаев подписал новый Гражданский процессуальный кодекс, который будет действовать с 1 января 2016 года. Хотелась быть рассмотреть вопрос об особенностях примирительных процедур по новому ГПК РК.

На сегодняшний день по новому ГПК РК 17 глава полностью посвящена вопросам примирительных процедур. Согласно статье 174 п. 2 стороны могут урегулировать спор в полном объеме взаимных требований либо в части, заключив мировое соглашение, соглашение об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации или соглашение об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры либо используя иные способы в порядке, установленном ГПК РК.

Здесь можно увидеть, что стороны могут прийти не только к мировому соглашению и урегулированию спора в порядке медиации, а также по новому ГПК РК к партисипативной процедуре. В действующем ГПК РК этот институт отсутствует.

Что касается мирового соглашения по новому ГПК РК, то можно отметить следующие важные моменты. Согласно статье 175 ч. 1 мировое соглашение может быть заключено на любой стадии судебного разбирательства до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций, а также при исполнении судебного акта<sup>1</sup>. А если посмотреть по действующему ГПК РК ст.173-2 мировое соглашение может быть заключено сторонами на любой стадии процесса и при исполнении судебного акта<sup>2</sup>. То есть согласно нормам ГПК РК в новой редакции имеется точное указание - на каких стадиях можно заключить мировое соглашение. А также закрепляется, что мировое соглашение заключается до удаления суда в совещательную комнату.

Согласно статье 173-3 п. 3 действующего ГПК, если в мировом соглашении отсутствует условие о распределении судебных расходов, суд разрешает этот вопрос при утверждении мирового соглашения в общем порядке, установленном ГПК РК. В новом ГПК РК в ст.176 п.4 закрепляется - если в мировом соглашении отсутствует условие о распределении

---

<sup>1</sup> Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 377-V ЗРК

<sup>2</sup> Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411

судебных расходов, они считаются взаимно погашенными. Таким образом, различия заключаются в том, что в действующем ГПК вопрос о распределении расходов разрешается судом, а в новом ГПК суд не разрешает вопросы о распределении расходов.

По утверждению мирового соглашения, согласно ст.173-4 п.4 действующего ГПК, по результатам рассмотрения вопроса об утверждении мирового соглашения суд выносит определение. А по новому ГПК РК (ст.177 п.3) по результатам рассмотрения суд выносит определение об утверждении мирового соглашения и прекращении производства по делу либо отказе в утверждении мирового соглашения. Иными словами, новый ГПК РК конкретно указывает - какое определение должен вынести суд.

Конечно, в действующем ГПК (ст.247 п.4) одним из оснований прекращения производства является заключение мировых соглашений сторон, которое утверждается судом. Также и в новом ГПК РК (ст.277 п.5) мы можем увидеть эту же норму как и действующем, однако в новом ГПК норма была дополнена.

Поскольку положения о медиации, его порядке и разрешении, очень схожи с нормами, регулирующими мировое заключение, в целях избежания коллизий в ст.179 нового ГПК РК полностью раскрывается вопрос об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации. Особенностью урегулирования медиации является то, что оно стороны вправе до удаления суда в совещательную комнату в судах первой, апелляционной, кассационной инстанций заявить ходатайство об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации.

Если говорить о партисипативном процедуре, в новом ГПК данная процедура является новеллой. Наша страна является демократическим государством. Поэтому внесение этого нового института является не только важным в части совершенствования гражданско-процессуального законодательства, но и закрепляет новые возможности альтернативного внесудебного способа разрешения споров.

Особенностью партисипативной процедуры является обязательное участие с двух сторон адвокатов, что дает юридически профессионально разрешать споры. В соответствии со ст. 181 п. 2 партисипативная процедура проводится без участия судьи путем проведения переговоров между сторонами при содействии урегулированию спора адвокатами обеих сторон.

Целью включения данного института в казахстанское законодательство было, кроме предоставления гражданам возможности альтернативного внесудебного способа разрешения споров, разгрузить суды в связи с большой их загруженности. Также важным является то, что стороны имеют право прийти к соглашению о разрешении споров по партисипативной процедуре до удаления суда к совещательной комнате.

Если рассмотреть зарубежный опыт, то можно отметить в качестве позитивного примера Францию, где за 2010-2011 годы была проведена последняя крупная реформа альтернативных форм урегулирования споров, в результате которой, помимо прочего, во французской правовой системе получил законодательное закрепление такой новый альтернативный способ урегулирования споров, как партисипативная процедура (participative). Таким образом, сегодня во Франции законодательно урегулированы и практикуются следующие альтернативные способы урегулирования споров: переговоры; медиация; консилиация (согласительная процедура); мировое соглашение; экспертиза; арбитраж (третейский суд) и партисипативная процедура.<sup>3</sup>

Основой для создания партисипативной процедуры во Франции стал позитивный опыт применения «коллаборативного права» (collaborative law) в Северной Америке и «партисипативной юстиции» (justice participative) в Канаде. Впервые предложение о создании такого способа урегулирования споров во Франции прозвучало в Докладе комиссии под руководством Сержа Гиншара «Обоснованное стремление к мирному правосудию» от 30 июня 2008 г. (предложение № 47). В результате в разработанном Верховным Судом Республики Казахстан проекте нового Гражданского Процессуального Кодекса перечень таких способов был дополнен новым для казахстанского законодательства институтом партисипативной процедуры.

В данной статье попытаемся подробнее рассказать о партисипативной процедуре и разъяснить сходство и разницу между различными примирительными процедурами. В статье 48 нового ГПК РК указывается, что стороны могут окончить дело мировым соглашением или соглашением об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, либо соглашением об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры по правилам, предусмотренным статьями 169, 170, 171 и главой 17 настоящего Кодекса. Суд не принимает отказа истца от иска, признания иска ответчиком и не утверждает мировое соглашение сторон или соглашение сторон об урегулировании спора (конфликта) в порядке медиации, либо соглашение об урегулировании спора в порядке партисипативной процедуры, если эти действия противоречат закону или нарушают чьи-либо права, свободы и законные интересы.

Это показывает, что наша страна, принимая новые институты альтернативных способов разрешения споров, заботится не только о защите прав и интересов граждан, но и снимает нагрузку судей а также повышает эффективность судебной системы.

---

<sup>3</sup><http://otyrar.kz/2015/10/partisipativnaya-procedura-eshhe-odin-alternativnyj-metod-uregulirovaniya-sporov/>

## Общие подходы к построению системы предпринимательских товариществ в Китае<sup>1</sup>

**К.М. Беликова**

*Профессор кафедры гражданского и трудового права, доктор юридических наук*

*Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: [BelikovaKsenia@yandex.ru](mailto:BelikovaKsenia@yandex.ru)*

В настоящее время нормальный гражданский оборот как в странах с рыночной системой хозяйствования, так и в странах социалистической ориентации с элементами рыночной экономики при прочих равных условиях невозможен без участия юридических лиц, основной целью деятельности которых является извлечение прибыли. Наиболее распространенная форма коллективного предпринимательства во всех странах мира – это хозяйственные (предпринимательские, торговые) товарищества,<sup>2</sup> как являющиеся юридическими лицами, так и действующие в форме договорных товариществ – объединений лиц.<sup>3</sup> Формы их многообразны, а роль в развитии торговых отношений неоспоримы, в связи с этим актуален, по нашему мнению, вопрос изучения важных моментов их функционирования, в том числе системы их построения. В связи с активным ростом сотрудничества<sup>4</sup> и огромным потенциалом и перспективами развития экономических и иных отношений России со странами Азиатско-Тихоокеанского региона (далее – АТР), определяющимися наличием ряда базовых факторов долгосрочного характера, способствующих сближению его участников, изучение национального законодательства и права одной из стран АТР - Китая - в сфере отношений с участием указанных субъектов представляется необходимым и своевременным. Этот вопрос станет предметом рассмотрения в настоящей статье.

В Китае в силу исторически сложившихся социально-экономических и политических предпосылок и условий правовые системы материкового Китая, Гонконга, Макао и Тайваня формировались под влиянием различных правовых традиций, в частности, Гонконга – под влиянием английской системы общего права, Макао – под влиянием правовой системы

---

<sup>1</sup> Статья подготовлена в ходе работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2013-2014 гг. № 14-03-0665а «Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона». (Н.рук. – В.В. Безбах).

<sup>2</sup> См., напр., Формы ведения предпринимательской деятельности по законодательству зарубежных государств / под ред. В.В. Залесского. – М.: Юристъ, 2005. – 262 с.; Правовое положение юридических лиц. // Основные институты гражданского права зарубежных стран. / отв. ред. В.В. Залесский. - М.: Норма, 2009. – С. 10-156.

<sup>3</sup> См., напр., Беликова К.М. Иные договорные объединения предпринимателей, потенциально способные подменять конкурентные риски практической кооперацией: правовая природа картелей, консорциумов, пулов etc. // Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки. Монография / К.М. Беликова. — М.: Юстицинформ - 2010. – С. 276-284.

<sup>4</sup> См., подробнее, напр.: Бевеликова Н.М. Развитие интеграционных процессов в Азии: правовой подход. // Российский юридический журнал. – 2014. - № 1, январь-февраль. – С. 7-14.

Португалии, воспринявшей, хотя и не столь удачно, как ее северо-восточные соседи, романо-германскую правовую модель. Самобытной и в определенной степени самодостаточной является правовая система самого материкового Китая.<sup>5</sup> Она носит смешанный характер, представляющий собой сплав древних правовых традиций и современного законодательства, основанного на идеях «социализма с китайской спецификой» и некоторых принципах романо-германского права».<sup>6</sup>

Действующие Общие положения гражданского права КНР 1986 г.<sup>7</sup> (далее – ОПП КНР), оперируют таким понятием, как «предприятие» и используют его в отношении всех коммерческих организаций вне зависимости от наличия у них статуса юридического лица. В течение последних десятилетий Китай переживает реформу гражданского законодательства в виде попытки разработки Гражданского кодекса, но пока эта работа не увенчалась успехом.<sup>8</sup> Поскольку разработчики проектов кодекса последовательно придерживаются позиций континентальной правовой системы,<sup>9</sup> но условно принимают некоторые понятия, принадлежащие системе общего права, таким образом, в будущем кодексе можно ожидать наличие отдельных элементов, выработанных в системе *common law*, вероятнее всего – в сфере определения правового положения торговых товариществ (партнерств).<sup>10</sup>

Пока ГК не принят, регламентация гражданско-правовых отношений осуществляется, как и прежде, Общими положениями гражданского права 1986 г. и вновь принимаемыми законами, в том числе такими, которые можно смело назвать рыночными и в отношении которых справедливо сказать, что усиление их роли изменяет модель управления, новые

---

<sup>5</sup> Куан Цзэнцзюнь. Международный коммерческий арбитраж в Китае. Дисс...канд. юрид. наук. - М., 2008. - С. 10. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1284118> (дата обращения: 21.09.2014)

<sup>6</sup> Сухарев А.Я. Китай. // Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. – М.: Норма. – 2003. – С. 378. URL: [http://www.pravo.vuzlib.org/book\\_z1290\\_page\\_74.html](http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1290_page_74.html) (дата обращения: 31.08.2014)

<sup>7</sup> Общие положения гражданского права КНР от 12.04.1986 (Приняты на 4-й сессии Всекитайского собрания народных представителей шестого созыва). URL: [http://chinalawinfo.ru/civil\\_law/general\\_principles\\_civil\\_law](http://chinalawinfo.ru/civil_law/general_principles_civil_law) (дата обращения: 31.08.2014) и General Principles of Civil Law of the People's Republic of China. Transl. by Whitmore Gray and Henry Ruiheng Zheng (Adopted April 12, 1986, at the Fourth Session of the Sixth National People's Congress, to take effect on January 1, 1987). © 1989. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3990&context=lcp> (дата обращения: 27.07.2014)

<sup>8</sup> См., напр.: Зилкова Р.М. Гражданское законодательство России и Китая: общее и особенное. // Развитие взаимодействий в правовом и экономическом пространстве стран АТР: формальные и неформальные аспекты. Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 65-летию со дня образования Хабаровского края. Хабаровск, 2003. Ч.1. / Ларин А.М.; Под науч. ред.: Лихобабин В.А., Разумовская М.И. - Хабаровск: РИЦ ХГАЭП, 2003. - С. 59 (256 с.); Янь Имэй. Состояние гражданского законодательства в современном Китае и процесс его кодификации. // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. - 2006. - № 7 и др.

<sup>9</sup> См. об этом и аналогичное мнение Давида Р. и Жоффре-Спинози К.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Китайское право. // Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1996. - С. 358.

<sup>10</sup> См.: Лю Цзюнь Пин. Кодификация гражданского законодательства в Китайской Народной Республике. Автореф. дисс...канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 2011. – 24 с. URL: <http://lawtheses.com/kodifikatsiya-grazhdanskogo-zakonodatelstva-v-kitayskoy-narodnoy-respublike> (дата обращения: 31.08.2014)



законы способствуют изменению работы китайского правительства, повышению ее эффективности.<sup>11</sup>

ОППП КНР, говоря о юридических лицах, закрепляют возможность создания предприятий:<sup>12</sup> *общенародной* (enterprises owned by all the people / state enterprises – также - государственные предприятия<sup>13</sup>) и *коллективной* (collective enterprises<sup>14</sup>) форм собственности (ст. 41 ОППП КНР) (последние подразделяются на городские, волостные и деревенские<sup>15</sup>), а также [*паевых* – авт.] *совместных предприятий* с китайским и иностранным капиталом (equity joint ventures<sup>16</sup>), *кооперативных предприятий* с использованием китайского и иностранного капитала (sino-foreign cooperative enterprises<sup>17</sup>) и *предприятий, основанных на иностранном капитале* (wholly foreign-owned enterprise, foreign invested enterprise<sup>18</sup>), наделяя их статусом юридического лица.

Их деятельность регулируется целым рядом законов, в том числе законами: «О промышленных предприятиях общенародной собственности» 1988 г., «О кооперативных предприятиях с использованием китайского и иностранного капитала 1988 г.; «О [паевых] совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом» 1979 г.; «О предприятиях, основанных на иностранном капитале» 1986 г.<sup>19</sup> и др.

---

<sup>11</sup> Бевеликова Н.М. Законодательство Китайской Народной Республики в сравнительно-правовом измерении. // Законодательство и экономика. – 2012. - № 4. – С. 72–79.

<sup>12</sup> Тексты всех актов (законов, положений) о предприятиях всех видов и форм собственности и их разновидностях по состоянию на 1997 г. см. в кн. Пашенко Е.Г. Гражданское законодательство КНР - М.: Изд-во Междунар. центра финансово-эконом. развития, 1997. - 336 с; о гражданско-правовых аспектах статуса основных субъектов хозяйственной и предпринимательской деятельности в период реформы в КНР см. в кн. Пашенко Е.Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право / отв. ред.: Гудошников Л.М. - М.: Спарк, 1997. - 188 с.

<sup>13</sup> Wang Liming, Liu Zhaoniant (translated by Fu Xiaoshuang and Wu Yanlei). On the property rights system of the state enterprises in China. // Law and contemporary problems. Vol. 52: No. 3. P. 19-42. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3998&context=lcp&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2F> (дата обращения: 31.08.2014)

<sup>14</sup> Guoqiang Tian. Property Rights and the Nature of Chinese Collective Enterprises. //Journal of Comparative Economics 28, 247–268 (2000). URL: <http://econweb.tamu.edu/tian/jce00.pdf> (дата обращения: 31.08.2014)

<sup>15</sup> Сухарев А.Я. Китай. // Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. – М.: Норма. – 2003. – С. 383. URL: [http://www.pravo.vuzlib.org/book\\_z1290\\_page\\_74.html](http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1290_page_74.html) (дата обращения: 31.08.2014)

<sup>16</sup> Procedures for establishing an equity joint venture in China. URL: [http://www.china.org.cn/living\\_in\\_china/abc/2009-07/15/content\\_18141099.htm](http://www.china.org.cn/living_in_china/abc/2009-07/15/content_18141099.htm) (дата обращения: 31.8.2014)

<sup>17</sup> Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Cooperative Enterprises (Approved by the First Session of the Seventh National People's Congress on April 13, 1988). URL: <http://www.china.org.cn/english/features/investment/36755.htm> (дата обращения: 31.08.2014)

<sup>18</sup> Establishing a foreign invested enterprise in China. Norton Rose LLP 2010 Ed. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/establishing-a-foreign-invested-enterprise-in-chinapdf-28964.pdf> (дата обращения: 23.07.2013)

<sup>19</sup> См.: Экономическое право. // Законодательство Китая. URL: [http://chinalawinfo.ru/economic\\_law](http://chinalawinfo.ru/economic_law) (дата обращения 31.08.2014); Законы КНР, законодательство и право Китая. // UGL Corporation (China). URL: <http://law.uglc.ru/legal.htm> (дата обращения 31.08.2014); Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Cooperative Enterprises, 1988. URL: <http://www.china.org.cn/english/features/investment/36755.htm> (дата обращения: 31.08.2014).

Наименования законов о совместных предприятиях даются еще в следующей редакции: Законы КНР «О хозяйственных предприятиях с участием китайско-иностранного капитала», «О хозяйственных предприятиях

В настоящее время в Китае действует несколько законов, призванных способствовать реформированию китайской экономики с точки зрения необходимости внедрения рыночных механизмов хозяйствования в контексте действия, преимущественно, международных экономических и политических факторов. В частности, отмечается,<sup>20</sup> что на протяжении 15-летнего переговорного периода, предшествовавшего вступлению КНР в ВТО, Китай поэтапно развивал и активизировал начатую им еще в 1978 г. политику формирования открытой, ориентированной вовне экономики, а с присоединением Китая в 2001 г. к ВТО экономическая реформа в стране перешла на новый этап.

С 1984 г. (на официальной основе) в Китае создаются и действуют крестьянские предприятия (*township and village enterprises - TVEs*<sup>21</sup>) - паевые и кооперативные.<sup>22</sup> Государство охраняет законные права и интересы частного хозяйства, направляет его деятельность, осуществляет контроль и управление. Деятельность *частных предприятий* регламентируется положениями Закона «О частных предприятиях» 1988 г., согласно которому последние делятся на самостоятельные, артельные предприятия и компании с ограниченной ответственностью.<sup>23</sup>

Закон КНР «О компаниях» 1993 г. в ред. 2005 г.<sup>24</sup> устанавливал следующие формы компаний, которые могут быть созданы на территории КНР: компании с ограниченной ответственностью (*limited liability company*, в том числе может быть компанией одного лица (*one-man company*) и государственной компанией (*solely state-owned company*), и акционерные компании с ограниченной ответственностью (*joint stock limited company*). Закон о компаниях в редакции 28 декабря 2013 г.<sup>25</sup> вместо словосочетания *joint stock limited company* использует словосочетание *companies limited by shares*, разъясняя, что риск ответственности акционера (пайщика) компании с ограниченной ответственностью равен размеру его доли в уставном капитале компании (*a shareholder of a limited liability company*

---

китайско-иностранным сотрудничеству». – См.: Ведомости Государственного Совета КНР. Пекин, 2002. № 2. Цит. по: Бевеликова Н.М. Цит. соч.

<sup>20</sup> Варавенко В.Е. Становление и развитие договорного права Китайской Народной Республики. // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2012. - № 2. - С. 37-41; Бевеликова Н.М. Цит. соч.

<sup>21</sup> Fan, Y.; Chen, N.; Kirby, D.A. Chinese Peasant Entrepreneurs: An Examination of Township and Village Enterprises in Rural China. // Journal of Small Business Management, Vol. 34, No. 4. October 1996. URL: <http://www.questia.com/library/1G1-18955904/chinese-peasant-entrepreneurs-an-examination-of-township> (дата обращения: 01.09.2014)

<sup>22</sup> Сухарев А.Я. Цит. соч. С. 382.

<sup>23</sup> Там же.

<sup>24</sup> The Company Law of the People's Republic of China, December 29, 1993 (as revised on October 27, 2005). URL: [http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI\\_EN/Laws/law\\_en\\_info.jsp?docid=50878](http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/law_en_info.jsp?docid=50878) (дата обращения: 27.03.2013); Закон КНР «О компаниях» (принят на 5-ом заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 8-го созыва 29 декабря 1993 г. URL: [http://chinalawinfo.ru/economic\\_law/law\\_company](http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_company) (дата обращения: 19.08.2014).

<sup>25</sup> The Company Law of the People's Republic of China, December 29, 1993 (revised in 2013, revision shall come into effect as of March 1, 2014). URL: [http://www.fdi.gov.cn/1800000121\\_39\\_4814\\_0\\_7.html](http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html) (дата обращения: 27.07.2014)

shall be liable for the company to the extent of the capital contribution it subscribes), а акционера компании, в которой риск ответственности ограничен стоимостью акций, - стоимостью акций (a shareholder of a company limited by shares shall be liable for the company to the extent of the shares it subscribes – ст. 3 Закона 1993 г. в ред. 2013 г.).

Этот закон определяет порядок создания компаний, организационную структуру, порядок передачи долей, выпуск и передачу акций, квалификацию и обязанности членов совета директоров, финансы и отчетность компании, порядок слияния и разделения, а также роспуска и ликвидации компании. Следует отметить, что закон посвятил отдельные параграфы компаниям с одним участником и компаниям, созданным исключительно на государственные средства. Также отдельная глава посвящена порядку создания и правовому статусу филиалов (branch of a foreign company) иностранных компаний на территории КНР.

Закон КНР «О партнерствах» 1997 г.<sup>26</sup> определяет понятие партнерств; основные формы и особенности партнерств, разделяя их на общие (common partnership) и с ограниченной ответственностью (limited liability partnership); права и обязанности участников; порядок создания партнерств; организационную структуру; порядок их ликвидации и роспуска; а также правовую ответственность партнерств в случае нарушения требований законодательства. Необходимо отметить высокий уровень правового регулирования партнерств в Китае: в целом законодатель урегулировал все отдельные аспекты их деятельности.

Как видно из проведенного обзора субъекты хозяйственной и предпринимательской деятельности КНР многообразны, что обусловлено, на наш взгляд, многоукладностью китайской экономики. При этом, видимо, можно провести аналогию common partnership с general partnership в США и partnership в Англии, limited liability partnership, - с LLP в Англии и США, а limited liability company можно, по-видимому, считать аналогом английской private company with limited liability, a joint stock limited company, - аналогом английской public company, одновременно, можно, вероятно, использовать и терминологию civil law, говоря об обществах. Вместе с тем, можно утверждать, что в настоящее время институт юридического лица в праве Китая подвергается развитию и модернизации с точки зрения его законодательного регулирования, вектором такого развития выступает стремление законодателя сделать действующие организационно-правовые формы предпринимательских юридических лиц понятными и более близкими зарубежным инвесторам и т.п.

---

<sup>26</sup> Partnership Enterprise Law of the People's Republic of China, February 23, 1997 (as amended on August 27, 2006). Order of the President of the People's Republic of China No. 55. URL: [http://www.fdi.gov.cn/1800000121\\_39\\_4109\\_0\\_7.html](http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4109_0_7.html) (дата обращения: 01.09.2014). Можно, по-видимому, использовать и терминологию *civil law*, говоря о товариществах.

## Перспективы развития и пути совершенствования защиты профсоюзами трудовых прав работников в Республике Казахстан

**Б. Ш. Нурашева**

*Доктор PhD, старший преподаватель  
кафедры гражданского и  
гражданского процессуального права  
АО «Университет КАЗГЮУ»*

Защита трудовых прав работников в различных ее аспектах всегда была и остается одной из сложных и не до конца решенных проблем. Актуальность темы исследования заключается в том, что вопросы защиты трудовых прав работников являются социально значимыми особенно в условиях рыночных отношений, а необходимость создания эффективной системы защиты трудовых прав наемных работников, объективной необходимостью.

В соответствии со ст. ст.12 и 76 Конституции Республики Казахстан признание, соблюдение, защита прав и свобод человека и гражданина является обязанностью государства. Именно государство гарантирует защиту прав и свобод человека и гражданина.<sup>1</sup>

Идеи и предложения Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева, изложенные в статье «Социальная модернизация Казахстана: двадцать шагов к Обществу Всеобщего Труда»<sup>2</sup>, а также в его Послании народу Казахстана от 14 декабря 2012 г. «Стратегия Казахстана - 2050» - новый политический курс состоявшегося государства», направленные на обеспечение социально-экономической модернизации страны указывают на то, что в рамках приоритетов социальных преобразований общества одним из главных направлений политики государства является формирование эффективной модели социально-трудовых отношений<sup>3</sup>.

Не случайно в любой отрасли права, равным образом и в трудовом праве, защита субъективных прав, свобод и законных интересов занимает важное место. Ее значение сложно переоценить. Издавая норму права, государство обязано предусмотреть необходимые гарантии, способы и формы защиты прав, свобод и законных интересов, охраняемых принятой правовой мерой. Субъективное право, предоставленное лицу, но не

---

<sup>1</sup> Конституция Республики Казахстан: принята 30 августа 1995 года // ИПС «Әділет». – 2014, апрель // <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000>.

<sup>2</sup> Назарбаев Н.А. Социальная модернизация Казахстана: двадцать шагов к Обществу Всеобщего Труда // <http://www.inform.kz/rus/article/2478336>. 28.11.2014.

<sup>3</sup> Послание Президента Республики Казахстан – Лидера нации Н.А. Назарбаева народу Казахстана. Стратегия «Казахстан – 2050»: новый политический курс состоявшегося государства // ИПС «Әділет». – 2014, апрель // <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1200002050>.

обеспеченное от нарушения необходимыми средствами защиты, является лишь «декларативным правом».<sup>4</sup>

Не будучи обеспеченным государственными средствами защиты, провозглашенное в законе право не может в полной мере рассчитывать на безусловную и точную его реализацию в том смысле, который заложен в правовой норме. Осуществление субъективного права, не обеспеченного правоохранительными мерами, «может быть рассчитано лишь на добровольное уважение его со стороны неправомочных членов общества и приобретает в силу этого характер лишь морально обеспеченного права, покоящегося лишь в сознательности членов и авторитете государственной власти».

Не вызывает сомнений, что и особенности, присущие объекту защиты (правам, свободам и законным интересам), не могут не влиять на способы и формы ее осуществления. Поэтому представляется целесообразным и объективным исследование вопросов защиты трудовых прав работников с позиции реализации норм права, а также профессиональными союзами, созданными специально для защиты трудовых прав наемных работников. В этой связи представляет интерес состояние средств защиты, предусмотренных нормами трудового законодательства, в условиях расширения договорных отношений с одновременным снижением роли императивного воздействия на поведение субъектов трудовых отношений. Для этого представляется необходимым выявить взаимозависимость между реализацией права, регулирующего трудовые отношения, и защитой субъективного права в случае его нарушения<sup>5</sup>.

Так, Президент РКН.А. Назарбаев обратил особое внимание на необходимость активной работы профсоюзов в регионах и важность их взаимодействия со всеми заинтересованными сторонами в рамках социального партнерства. Основной задачей профсоюзов является своевременное решение вопросов, возникающих между работником и работодателем, а для этого профсоюзные организации предприятий должны тесно сотрудничать со всеми сторонами. При этом Президент подчеркнул, что важно развивать новые формы социального диалога, направленные на защиту трудовых прав работников.<sup>6</sup>

Это свидетельствует о недостаточной активности профессиональных союзов и их роли в защите трудовых прав работников на сегодняшний день, а также подчеркивает необходимость современного и кардинального решения данного вопроса. Главное –

---

<sup>4</sup> Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – Изд. 2-е, стереотип. – М.: Статус, 2001. С. 104

<sup>5</sup> Труды Юридического факультета / Моск. гос. ун-т имени М.В. Ломоносова. – М.: Правоведение, 2010. – Кн. 12. – 392 с.

<sup>6</sup> Официальный сайт Президента Республики Казахстан. Встреча с председателем Федерации профсоюзов Казахстана А. Кусайновым // [http://www.akorda.kz/ru/page/page\\_215984\\_vstrecha-s-predsdatelem-federatsii-profsoyuzov-kazahstana-abelgazi-kusainovym\\_20.02.2014](http://www.akorda.kz/ru/page/page_215984_vstrecha-s-predsdatelem-federatsii-profsoyuzov-kazahstana-abelgazi-kusainovym_20.02.2014).

профессиональные союзы должны противостоять социальной напряженности в обществе, что является следствием нарушений норм национального и международного права в сфере социально-экономических и трудовых прав. Они при этом могут использовать и мировой опыт социального развития, где единственным инструментом, способом снижения социального напряжения является всестороннее обеспечение социальной справедливости путем ведения профсоюзами активной деятельности, соответствующих современным требованиям.

В связи с этим, важнейшей задачей государства является внедрение и доведение правовых стандартов регулирования социально-трудовых отношений в Республике Казахстан до уровня других развитых стран Европы, где нарушения трудового законодательства встречаются гораздо реже.

Среди общественных институтов в Республике Казахстан профсоюзы должны занимать особое место, в связи с чем был принят 27 июня 2014 года новый Закон РК «О профессиональных союзах», хотя и не является совершенной, на наш взгляд вызывает много нареканий, как со стороны ученых-трудовиков, так и практиков.<sup>7</sup>

По результатам проведенного нами анализа нового Закона Республики Казахстан «О профессиональных союзах» от 27 июня 2014 года, путем сравнительно-правового исследования хотелось бы отметить следующее:

В самом законе, на наш взгляд имеются некоторые недоработки:

1. Так в п.2 ст.11 закона указано, республиканское объединение профсоюзов *создается отраслевыми профсоюзами* в иной организационно-правовой форме некоммерческой организации, а также п.3 ст.12 указано, что территориальное объединение профсоюзов на уровне области, города республиканского значения и столицы *входит в состав республиканского объединения профсоюзов* в качестве членской организации. В п.3 ст.13 также указано, что *отраслевой профсоюз входит в состав республиканского объединения профсоюзов* в качестве членской организации, а также п.4 ст.14 закона гласит, что *локальный профсоюз входит в состав отраслевого профсоюза* в качестве членской организации.

Вышеизложенное является свидетельством того, что как только создается локальный профсоюз, он автоматически должен стать членской организацией отраслевого профсоюза, а отраслевой профсоюз является членской организацией республиканского объединения профсоюзов. И все это происходит по принципу «пирамиды», созданной императивным путем. В противном случае, несоблюдение требований, согласно п. 2 ст.10 закона, влечет отмену государственной регистрации профсоюзов. То есть если создается профсоюз на

---

<sup>7</sup> Закон Республики Казахстан. О профессиональных союзах: принят 27 июня 2014 года, №211-V // Казахстанская правда. – 2014, июль – 1. – №127.

определенном рабочем месте и при этом данный профсоюз не вступает в отраслевой, республиканский профсоюз по причине недоверия или несогласия с уставом, со стратегией деятельности и т.д., то деятельность такого профсоюзане будет легитимной, вследствие чего они не будут зарегистрированы и прекратят существование.

Кроме того, в ст.8 закона «О профессиональных союзах» Республики Казахстан четко прописано, что профсоюз создается по инициативе группы граждан не менее десяти человек, связанных общностью их профессиональных и производственных интересов, созывающих учредительный съезд (конференцию, собрание), на котором *утверждается устав* формируются профсоюзные органы. В тоже время пп.2 п.5 ст.11 закона предусматривает то, что республиканское объединение профсоюзов вправе *разрабатывать и определять основные направления, стратегию деятельности своих членских организаций*. А также, п.5 этой же статьи предусматривает право *республиканскому объединению профсоюзов утверждать типовой устав профсоюзов* для своих членских организаций. Следовательно, нижестоящие профсоюзы полностью зависят от вышестоящего республиканского профсоюза, т.е. их права ограничены даже в выработке своего устава, в результате чего они даже не смогут полноценно сформулировать свою программу действий.

Социальный диалог между представителями работодателей и работников должен рассматриваться как жизненно важная часть общественного механизма, без которого общество не смогло бы функционировать ровно и без сбоев. Значение профсоюзного движения, прежде всего, заключается в том, что оно должно быть по своей природе полностью демократичным. Профсоюз, как добровольно созданная организация работников, существует для работников и только они сами призваны определять цели, формы ее деятельности.

Одним из значимых международных актов в сфере труда является Декларация МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации (1998 г.), где одним из четырех общепризнанных принципов в сфере труда является свобода объединения и действенное признание права на ведение коллективных переговоров. Эти положения развиты в Конституции Республики Казахстан, которая предоставляет гражданам Республики Казахстан право на свободу объединений (ст. 23). Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка права и свобод человека, здоровья и нравственности населения (п. 1 ст. 39).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Нургалиева Е.Н. Правовые вопросы свободы объединения граждан в профессиональные союзы // Матер. междунар. науч.-практ. конф. «Конституция Республики Казахстан – основной закон состоявшегося государства», посв. 20-летию Конституции Республики Казахстан. – Астана, 2015. – Т. 1. – 491 с.

Как нам известно, 30 декабря 1999 году Казахстан ратифицировал Конвенцию МОТ 1948 года «О свободе ассоциации и защите права на организацию». В документе, ст.1 четко прописано, что каждый член Международной организации труда, в отношении которого настоящая Конвенция вступила в силу, обязуется провести в жизнь нижеследующие постановления, такие как, ст.2 трудящиеся и предприниматели без какого бы то ни было различия имеют право создавать по своему выбору организации *без предварительного на то разрешения*, а также право вступать в такие организации на единственном условии—*подчинения уставам этих последних*.

На наш взгляд национальное законодательство не может лишать прав на объединение, как работодателей, так и работников, тем более, если это право закреплено и гарантировано международными нормами. К тому же, согласно ст.3 конвенции, организации трудящихся и предпринимателей имеют право вырабатывать *свои уставы и административные регламенты, свободно выбирать своих представителей*, организовывать свой аппарат и свою деятельность и *формулировать свою программу действий*.

Из этого следует, что Закон «О профессиональных союзах» (далее-Закон) противоречит международным нормам. К тому же, в вышеупомянутой Конвенции (п.2 ст.8) сказано, что национальное законодательство не затрагивает гарантии, предусмотренные настоящей Конвенцией, и применяется таким образом, чтобы не нарушать их. А в Конституции Республики Казахстан (ст.4) указано, что международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законом и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.



## Происхождение права: новые подходы.

**Г. И. Муромцев**

*Доктор юридических наук, профессор РУДН,  
Российский университет дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

Нынешняя научная конференция посвящена памяти выдающегося ученого и педагога, замечательного человека и нашего коллеги Василия Клементьевича Пучинского. Поскольку мне посчастливилось в течение долгого времени работать с ним на одном факультете, то позвольте мне предпослать изложению научной части моего выступления несколько слов воспоминаний о Василии Клементьевиче. Я поступил в аспирантуру нашего университета в 1964 г. Василий Клементьевич уже работал на факультете заместителем декана. Этот человек постоянно был в работе. Факультет был расположен тогда в нынешнем четвертом блоке, деканат находился на втором этаже, дверь его кабинета всегда была раскрыта, а за столом, работал Василий Клементьевич, склонившись над бумагами. Уже много лет мы работаем в новом здании, но именно эта картина – открытая дверь кабинета и склоненный над бумагами Василий Клементьевич – пожалуй, более всего запечатлелась в моей памяти. И еще один штрих: Василий Клементьевич воплощал необыкновенную скромность и высокую порядочность. Человек дела, он отторгал всякую нечистоплотность в человеческих отношениях – как-то интриги, подковерную возню и т. д.. Василий Клементьевич входил в число тех, кто создавал Университет и его традиции. Именно этому он посвятил свою жизнь. Не будем забывать, что Университет создавался по существу на пустом месте. Юридическая компаративистика в нашей стране еще отсутствовала. У нас не было кадров, которые знали бы проблематику развивающихся стран. Все приходилось начинать с нуля. И в то, что Университет стал «кузницей» по подготовке национальных кадров для развивающихся стран, а также научным центром по исследованию их государственности, права и политических систем, - во все это внес неоценимый вклад Василий Клементьевич. Какой бы пост он ни занимал – заместителя декана, заведующего кафедрой, председателя диссертационного совета, проректора – он оставался самим собой – немногословным, остроумным, сосредоточенным, доброжелательным. В день его похорон ректор Университета Владимир Михайлович Филиппов рассказал, как однажды поздно вечером он, выходя из здания Университета, встретился у выхода с Василием Клементьевичем, который тоже лишь заканчивал свой рабочий день. Удивленный ректор спросил его: « Василий Клементьевич, ну, я сижу здесь до поздна по долгу службы, а вы-то почему так задерживаетесь?» – «Коммунисты, черт их возьми, научили работать, - ответил Пучинский. –

Вот никак и не разучусь».- Это была, конечно, шутка, но шутка, наполненная глубоким смыслом. Подтверждение тому – его жизнь, заполненная самоотверженным трудом во имя науки и процветания нашего Университета.

А теперь позвольте перейти к той части моего выступления, которая связана с наукой, а именно – с проблемой происхождения права и теми методологическими подходами, которые в этой области сложились. Обращение к данной теме объясняется, прежде всего, очевидным несоответствием между ее теоретической и методологической значимостью, с одной стороны, и не вполне удовлетворительным уровнем ее разработки в отечественной правовой литературе, с другой. Данную проблему обычно исследуют в рамках теории и/или истории права и государства. Между тем она является комплексной и помимо правоведения входит в предмет исследования таких наук, как археология, этнология, социальная психология, религиоведение и т. д. Уже одно это делает сравнение стержневым методом ее изучения, поскольку исследователь постоянно должен сопоставлять не только исторические факты различных эпох, культур и регионов, но и выводы правовой науки с наработками смежных отраслей знания. Сегодня же неудовлетворительность ситуации видится, с одной стороны, в рассогласованности подходов, когда представители правовой науки и соприкасающихся научных отраслей ведут исследования не совместно, а «сами по себе», с другой, в разное видение самих правоведов на данную проблему.. В итоге здесь сочетаются прорывные исследования <sup>1</sup> с работами, отражающими устаревшие теоретические взгляды и исследовательские подходы.<sup>2</sup>

Заявленная тема распадается как бы на две составляющих: историко-теоретическую (происхождение права) и методологическую («новые подходы»), каждая из которых требует известных разъяснений. Так, в рамках первой из них возникает вопрос, почему в данном случае речь идет о происхождении лишь права, а не права и государства. Ведь это – парные категории. Поэтому «автономное» рассмотрение одного из этих понятий вне связи с другим, да еще в столь сложной проблеме порождает вопрос о корректности такого подхода. В самом деле, речь идет об историко-теоретическом исследовании. В название соответствующих правовых дисциплин - теории и истории - входят оба этих понятия – государство и право, соединенные союзом «и». Поэтому, исследование одного из них обычно предполагает присутствие «на втором плане» другого.

---

<sup>1</sup> См., напр.: Мальцев Г.В. Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М., 2000; Честнов И.Л. Исторические предпосылки государства и права// Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. Санкт-Петербург, 2006, с. 43 – 71; Разуваев Н.В. Традиционное государство: правовая природа, сущность и типология. Санкт-Петербург, 2008.

<sup>2</sup> См., например: Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. М., 1999; Общая теория государства и права. Академический курс. В трех томах. 4-е изд. М., 2013 т. 1, с. 43 – 48; Теория государства и права. Учебник. Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Первалова. М., 1997, с. 41 и т.д.

В данном случае такой подход отражает угол зрения на проблему. Исследуя процесс происхождения права, мы стоим перед необходимостью определения его начальных стадий. В отечественной правовой литературе этот вопрос имеет три разных ответа: 1/ право ведет отсчет своей истории с возникновения государства. Именно так, в соответствии с позицией Энгельса в его «Происхождении семьи, частной собственности и государства», рассматривался он почти весь советский период нашей истории. 2/ Право возникает несколько ранее государства. Такой взгляд высказывался в советской литературе в 60 х- 80-х гг. прошлого века при исследовании правовых и политических систем развивающихся стран Азии и Африки ( И. Е. Сеницына, Н. А. Крашенинникова, О. А. Жидков и т.д.). Наконец, 3/ право возникает вместе с человеческим обществом, исходя из принципа: «Где общество, там и право». Такому подходу, сложившемуся еще в XIX в.,<sup>3</sup> следует ряд современных российских авторов.<sup>4</sup> По нашему мнению, он наиболее адекватен реальной истории права.

То, что объяснение причин и предпосылок возникновения права требует обращения к эпохе, предшествующей его становлению, предопределяет существенную историко-культурную специфику данной темы, а также особенности используемой при этом методологии. Исследователь сталкивается здесь, прежде всего, с проблемой применимости понятийного аппарата современной правовой науки к ранним стадиям становления права. Рассмотрение этого процесса сквозь призму современных правовых категорий чревато невольным его «осовремениванием» и, как следствие, искажением объективной картины.

Естественно поэтому, что правовед, пытающийся найти в этих древнейших пластах истории и праистории истоки права, обречен на неудачу без использования методологических наработок смежных научных дисциплин. Среди них следует отметить метод исторической реконструкции прошлого, в частности, норм, структур, институтов и т.д. С этой целью используются также методы сравнения в области лингвистики, истории, социальной психологии, религиоведения и т. д. Близок к ним метод, который одним из первых предложил английский этнограф Э.Тайлор. Современные отечественные этнографы назвали его методом культурных пережитков. Суть его в том, что по остаточным (реликтовым) данным о существовании в прошлом того или иного института исследователь путем сравнения с похожими институтами более развитых народов (социумов) либо углубленного анализа существующих культур как бы «достаивает» исследуемые структуры.

---

<sup>3</sup> См.: Мэн Г. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. Спб, 1873.

<sup>4</sup> Дробышевский С. А. Историческое место политической организации общества и права: спорные вопросы. // Правоведение, 1991, № 4; Он же. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Автореф. дисс... д-ра юрид. наук. Спб, 1994. Честнов И. Л. Исторические предпосылки государства и права.// Сапельников А. Б., Честнов И. Л. Теория государства и права. Спб, 2006.

Другой аспект специфики исследуемой темы проявляется в существовании такого числа теорий происхождения права и государства, какого нет ни в одной другой области юридической науки. Присущее им разнообразие подходов отражает не только различия научных, а подчас и политических взглядов их авторов, но также разнообразие эпох, в которые они возникли. С этой точки зрения представляется возможным разделить их на следующие две группы: 1) теории древности и средневековья (теологическая, патриархальная, патримониальная и т.д.). В их основе – не столько данные науки, сколько религиозные и мифологические представления соответствующих эпох. Поэтому следующий период в исследовании проблемы происхождения права связан с ее теоретическим осмыслением на основе принципа историзма. Начавшись с 60-х гг. XIX в., он по сути продолжается и в наши дни. В его рамках складываются такие теории, направленные на объяснение проблемы, как марксистская, ирригационная, насилия, неолитической революции и т.д. Их авторы, отталкиваясь от истории древнейших обществ, рассматривают процесс правогенеза сквозь призму современного им правопонимания.

Отечественная правовая наука советского времени исходила в этом вопросе из положений работы Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства». Право, по Энгельсу, возникает лишь вместе с государством в результате раскола общества на классы и появления частной собственности. Такая методология имела, как минимум, два существенных недостатка. Это, во-первых, абсолютизация роли экономического фактора и недооценка таких социокультурных факторов, воздействующих на процесс становления права, как, например, характер эволюции архаического сознания. Вторым недостатком было исключение самой постановки вопроса о возможности догосударственного периода в истории права. Исследование этого вопроса предполагает использование широкого социокультурного подхода, при котором правовед должен одновременно выступать также в роли антрополога, этнолога, религиоведа, психолога и т.д. Иными словами, он должен использовать методологию исследования, сложившуюся не только в правовой науке, но и в указанных «пограничных» дисциплинах.

В свете современных знаний процесс становления права включает в себя три взаимосвязанных стадии (либо три эпохи древнейшей истории и праистории), отличающихся существенным предметным и методологическим своеобразием. Это, во-первых, эпоха антропо- и социогенеза, то есть превращения физиологического предшественника человека из природного в социальное (точнее: в биосоциальное) существо, становления человеческого общества. Необходимость права в его зародышевых формах исследователи объясняют здесь потребностью регулирования экзогамных форм брака, игравших роль своеобразного стабилизатора отношений между семьями жениха и

невесты.<sup>5</sup> Во-вторых, это устное право эпохи родового строя, регулировавшее отношения, прежде всего, внутри родовых общин, и, наконец, в-третьих,- эпоха зарождения классов, государства и писаного права. Иными словами, процесс эволюции идет от возникновения человека разумного и начальных форм человеческого общества через бесписьменные цивилизации к раннеклассовому обществу и далее к обществу классовому. Если исследование первой из этих стадий, или эпох - это предметная область таких наук, как антропология, археология, физиология высшей нервной деятельности, социальная психология, то при переходе ко второй они дополняются также проблемами, представляющими предмет исследования этнологии, лингвистики, религиоведения, культурологии и т. д.

Таким образом процесс становления права как бы «пронизывает» несколько эпох древнейшей истории (а где-то и праистории). При этом переход к каждой следующей стадии (ступени) связан с известным ускорением развития общества, что проявляется в сокращении времени ее преодоления.<sup>6</sup>

Эпоха устного обычного права, или бесписьменных культур еще не знает истории. Развитие в ту пору носит циклический характер. Видение человеческого общества сквозь призму истории появляется лишь в условиях цивилизаций и писаного права. С их формированием история права (и общества) перестает быть однолинейной. Отныне в условиях культур Востока, с одной стороны, и Европы, с другой, она идет не совсем одинаково. Так, на Востоке писаное право формируется обычно в рамках слитных религиозно-философских систем (иудаизма, индуизма, зороастризма, ислама и т.д.). Возникнув как явление, слитное с религией, моралью, мифологическими сюжетами и т.д., оно выделяется позднее в собственно правовую структуру, сохраняющую однако свою «нишу» в структуре соответствующей религиозно-философской системы. Слитный (и потому неизменный) «пласт» этой структуры выступает как ее вершина и одновременно основа.

В противоположность этому в странах Западной и Центральной Европы уже в эпоху средневековья право отделяется от религии, а государство – от церкви. В итоге право развивается в «чистом» виде в условиях конкуренции юрисдикций.

То, что процесс становления права «пронизывает» историю человеческого общества от самых ранних ее стадий до победы капитализма, обуславливает его многостадийный

---

<sup>5</sup> Шалютин Б. С. Правогенез как фактор становления общества и человека. // Вопросы философии, 2011, № 11.

<sup>6</sup> Согласно современным данным, эволюция человека как представителя рода Homo составила примерно 4 млн лет, что многократно превосходит по протяженности писаную историю человечества. // Воронцов Н.Н. Развитие эволюционных идей в биологии. М., 1999, с.16.// Само человечество не старше 1 – 1,5 млн лет, а человеку современного вида Homo sapiens всего 40 тыс.лет. // Алексеев, Першиц А.И. История первобытного общества. М., 2006.

характер. Каждая его стадия адекватна стадии развития общества в его культурно-историческом смысле и отличается своей культурно-исторической спецификой. Под ней понимаются: а) тип общества; б) характер правопонимания; в) структура и формы права; г) механизм его действия. Исследование проблемы в таком контексте предполагает предварительное изучение вопроса об исторической типологии права и общества. Но это уже иная тема.

## Признание и Исполнение Иностранных Судебных Решений Российскими Судиами: Некоторые Проблемы и Современные Тенденции

**Г. Улетова**

*доктор юридических наук,  
профессор кафедры правового обеспечения рыночной экономики  
ИГСУ РАНХ и ГС при Президенте РФ*

**Ключевые слова:** иностранные судебные решения, признание и приведение в исполнение

В связи с обострившейся конкуренцией правовых и судебных систем, актуализацией проблемы о соотношении о внутрисударственного и межгосударственного правосудия перед наукой и практикой поставлены новые задачи, решение которых, на наш взгляд, требует переосмысления и уточнения (обновления) разработанных ранее концепций дальнейшего развития и совершенствования процессуального законодательства и законодательства об исполнительном производстве. Не менее важный вопрос в ходе нового этапа научной дискуссии - признание и приведение в исполнение решений российских судов иностранными судами и иностранных судебных решений российскими судами. Очевидно, что Россия должна предпринимать меры по гармонизации законодательства в указанных сферах, однако очевидно то, что существуют и ее пределы, обусловленные необходимостью сохранения идентичности отечественной правовой системы и защиты национальных экономических интересов, учитывая увеличение количества случаев принятия политизированных решений иностранными судами, иностранными третейскими судами, межгосударственными органами по защите прав и свобод человека, а также отдельные факты мягкого вторжения ЕСПЧ в сферу действия государственного суверенитета. Мы полностью разделяем позицию председателя Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькина о том, что участие России в международном договоре не означает отказа от суверенитета, юридическим выражением которого является верховенство Конституции.

Проблема признания и приведения в исполнение решений российских судов иностранными судами и иностранных судебных решений российскими судами в отечественной цивилистической доктрине относится к числу наиболее дискуссионных. К этой проблематике обращались многие ученые, к примеру, Т.К. Андреева, Р.В. Зайцев, В.Д. Зорькин, Б.Р. Карабельников, С.В. Крохалев, Е.Н. Кузнецов, Д.В. Литвинский, В.А. Мусин, А.И. Муранов, И.Н. Марышева, Т.Н. Нешатаева, С.С. Сорокина, В.В. Старженецкий, Т.В. Сахнова, В.К. Пучинский, В.В. Ярков и др.<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Крохалев С.В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. СПб., 2006; Литвинский Д.В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам. СПб., 2005; Улетова Г.Д.

В.Д. Зорькин считает, в области международно-правовых отношений одной из первоочередных мер, способных повысить привлекательность российской судебной системы для бизнеса, является расширение возможностей для исполнения иностранных судебных решений в российской правовой системе и, соответственно, – российских судов за рубежом<sup>2</sup>. Эта тема неоднократно поднималась на многих юридических форумах, прошедших в России, однако в последнее время она получила несколько иное звучание. Выступая V на Петербургском международном юридическом форуме в Санкт-Петербурге, премьер-министр Д. А. Медведев обратил внимание на необходимость уточнения механизма исполнения решений иностранных и международных судов.

В настоящее время в соответствии с гражданским процессуальным законодательством иностранное судебное решение, в том числе решение об утверждении мировых соглашений признается и приводится к принудительному исполнению в России при условии, если выдача экзекватуры (процесс признания за решениями иностранных судов юридической силы на территории Российской Федерации) для таких решений предусмотрена международным договором (ч. 1 ст. 409 ГПК РФ). Решения судов иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, а также решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей в этой сфере признаются и приводятся в исполнение, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом (ч. 1 ст. 241 АПК РФ). Ч. 1 ст. 241 АПК РФ получила дальнейшее развитие в ФЗ от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», в соответствии с п. 6 ст. 1 которого решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами, а при их отсутствии – на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом. Учитывая отсутствие единообразного правового регулирования, новые политические и экономические реалии в мире, а также законодательное ограничение взаимности одной категорией дел, вопрос о выдаче экзекватуры на решение иностранных судов при отсутствии международного договора на основе взаимности в российской юридической доктрине вызвал острую дискуссию, которая не стихает на протяжении ряда лет и еще более актуализировалась в настоящее время. Одна из первых, анализируя новейшее российское законодательство по названной проблеме, свое мнение высказала известный в современном

---

Источники исполнительного права: автореф. дисс. д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 24–27; Зайцев Р.В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов. М., 2007; Сахнова Т.В. Иностранная государственная и негосударственная юрисдикция: проблема признания // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6. СПб., 2008; Мусин В.А. Об исполнении иностранных судебных решений в Российской Федерации / Мусин В.А. Избранное. СПб., М., 2014. –С. 248–253.

<sup>2</sup> Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен: монография / В.Д. Зорькин. – М.: Норма, 2013. — С. 267.



мире международник, Т.Н. Нешатаева, отметив, что отрицание международных принципов взаимности и вежливости при рассмотрении вопроса признания иностранных решений способно привести к тому, что решения российских судов за рубежом не будут признаваться на основе реторсий<sup>3</sup>. По мнению А.И. Муранова, безусловный отказ от принудительного исполнения иностранных судебных решений в России при отсутствии международного договора серьезно препятствует защите прав иностранных лиц в России, а российских лиц – за рубежом<sup>4</sup>. С точки зрения В.А. Мусина, нет препятствий к тому, чтобы такие характерные для сотрудничества государств принципы, как взаимность и международная вежливость, служили основой для исполнения решений судов одного государства на территории другого государства в случаях, когда между ними нет соответствующего договора<sup>5</sup>.

Некоторые исследователи пришли к выводу, что на сегодняшний день принцип обязанности признания и исполнения иностранных судебных решений исходя из взаимности закреплен в праве России и что требование о наличии международного договора больше не носит обязательного характера, следовательно российским судам не следует принимать во внимание отсутствие международных договоров при рассмотрении вопроса о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений<sup>6</sup>.

На наш взгляд, изложенный подход привлекателен, но лишь как перспектива возможного дальнейшего развития российского законодательства в этой сфере, с учетом равного и уважительного отношения судов различных государств к судебным решениям друг друга. Однако с позиции действующего законодательства такой вывод, по крайней мере, спорен и является преждевременным, поскольку действующие ГПК и АПК РФ исключают признание и приведение в исполнение решений иностранных судов при отсутствии международного договора или федерального закона, прямо допускающего признание и приведение в исполнение на основе принципа взаимности (п. 3 ст. 6 ФКЗ «О судебной системе РФ», ст. 409 ГПК РФ, п. 1 ст. 241 АПК РФ, ст. 11 ФЗ «Об исполнительном производстве»). Нельзя игнорировать тот факт, что применительно к взаимности в отечественном законодательстве речь идет только о признании решений иностранных судов по делам о несостоятельности (банкротстве), т.е. только об одной прямо названной законодателем категории дел. В юридической литературе последнего десятилетия

---

<sup>3</sup> Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: учеб. курс в 3 ч. М., 2004. С. 543.

<sup>4</sup> Муранов А.И. Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003. С. 30.

<sup>6</sup> См. подробнее: *Литвинский Д.В.* Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). – СПб., 2005. – С. 147–152.

неоднократно отмечалось несовершенство закрепляемого отечественным правом режима признания и исполнения решений судов других государств и потребность в его смягчении, что, вероятно, и предопределяет мнение некоторых исследователей о возможности признания и исполнения иностранного судебного решения не только при отсутствии международного договора, но и без учета принципа взаимности, рассматривая право на признание иностранного судебного решения как субъективное право гражданина, реализация которого вообще не может зависеть от названных обстоятельств<sup>7</sup>.

Такой широкий подход, конечно же, имеет право на существование. Однако трудно найти в мире государства, которые безоговорочно исполняют все иностранные судебные решения, не взирая на отсутствие международного договора, не учитывая принцип взаимности или возможные нарушения публичного порядка соответствующего государства. По справедливому мнению Н.И. Марышевой, реализация иностранных судебных актов без всякой дополнительной процедуры и какой либо даже минимальной проверки их национальным судом редко встречается в мировой практике и может расцениваться как самая высокая степень доверия к решениям судов другого государства<sup>8</sup>.

В подтверждение изложенной позиции обратимся к Постановлению Европейского Суда по правам человека от 21.10.2010 г. по делу «Петр Королев (Petr Korolev), против Российской Федерации», в который отмечается, что связь между судом одного государства и властями другого государства не настолько прямая и ясная, как между органами судебной и исполнительной власти одного государства. Очевидно, что в современных условиях большинство государств предпочтут разработку специальной процедуры по признанию и исполнению судебных решений, принятых в других государствах, за исключением тех случаев, когда ранее они согласились применять другой стандарт<sup>9</sup>.

Таким образом, на наш взгляд, имеются серьезные правовые основания для различения процедур, когда рассмотрение и разрешение спора и исполнение судебного решения осуществляется в рамках одной и той же национальной правовой системы и когда разрешение спора осуществляется иностранными судами и требуется иная легитимная процедура (не противоречащая доктрине национального суверенитета) с целью последующего исполнения такого судебного решения по законодательству места исполнения.

Несомненно, что в условиях сближения и унификации судопроизводства цивилизованных государств Россия как суверен в законодательной и международной сфере

---

<sup>7</sup> См.: подробнее: Крохалев С.В. Категория публичного порядка в международном процессе. СПб., 2006.

<sup>8</sup> См. подробнее: Марышева Н.И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал российского права. 2004. – С. 43.

<sup>9</sup> Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2012. № 4.

может отказаться от принципа необходимости наличия международного договора, законодательно закрепив согласие на признание и приведение в исполнение иностранного решения иным образом, к примеру, на основе принципа взаимности, ограничившись проверкой иностранного решения на соответствие требованиям публичного порядка, а также вправе избрать упрощенный порядок исполнения решений государств, с которыми имеются тесные политические и экономические связи<sup>10</sup>. Очевидно, что дальнейшие дискуссии и переосмысление сущности института приведения в исполнение решения иностранного суда неизбежны, при этом, по нашему мнению, следует акцентировать внимание не только на процедурных, но и на содержательных аспектах этой проблемы. Должна ли научная дискуссия привести к немедленному изменению позиции законодателя? Представляется, что в настоящее время поспешность в этом вопросе недопустима, учитывая сложившиеся новые правовые реалии в мире, в том числе в сфере международного права и международного гражданского процесса. Требуются серьезные дополнительные исследования, глубокий анализ и мониторинг новейшей судебной зарубежной практики, включая практику третейских судов (арбитражей) и взвешенный подход, учитывая возможные серьезные правовые и экономические последствия. Нельзя исключать и то, что в условиях продолжающегося экономического кризиса и нарастающего в мире хаоса, отдельные государства могут использовать этот важный институт как важное средство в конкурентной борьбе. В этой связи интерес представляет практика английских судов при рассмотрении заявлений российских организаций и граждан о признании решений российских судов с целью последующего их исполнения в Англии.<sup>11</sup> В деле ВТБ против г-на Скурихина (речь шла о признании российских решений суда общей юрисдикции) эксперты сторон должны были ответить на следующие вопросы, поставленные перед ними английским судьей.<sup>12</sup>

1. Является ли понятие «верховенство закона», как оно применяется в России, эквивалентным понятию «верховенство права в Англии»?

2. Относится ли российский гражданский суд по-разному к государственному предприятию и человеку, такому как г-н Скурихин?

---

<sup>10</sup>Примером такого подхода к исполнению иностранных судебных решений является Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь об упрощенном порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь, в соответствии с которым судебные решения «не нуждаются в специальной процедуре признания и исполняются в таком же порядке, что и судебные акты судов своего государства на основании исполнительных документов судов, принявших решение (ст. 1) // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2794.

<sup>11</sup> См. подробнее: Улетова Г.Д. Судопроизводство Великобритании, международный коммерческий арбитраж, признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений: мифы и реальность // Современное право. 2015. № 1. – С. 151–160.

<sup>12</sup> Там же. – С. 157.

3. Что вероятнее всего, произошло бы с человеком, таким как г-н Скурихин, если бы он попытался защищаться в российских судах, используя аргументы относительно «системного рейдерства и подобных утверждений»?

4. Занимается ли ВТБ незаконным «системным рейдерством» в данном случае? На каком основании вы пришли к таким выводам? Знаете ли вы о подобном «системном рейдерстве», осуществляемом государственными банками или другими российскими предприятиями?

Не давая оценки корректности постановки некоторых из указанных вопросов, поскольку это находится за пределами предмета настоящей статьи, согласимся с тем, что любое суверенное государство, в котором испрашивается возможность исполнение судебного решения другого государства вправе с учетом особенностей правовой системы и традиций, взаимоотношений государств, господствующей доктрины суверенитета избрать тот или иной способ признания и приведения исполнения иностранных судебных решений (или их совокупность)<sup>13</sup>.

В то же время, учитывая межотраслевой характер института признания и приведение в исполнение иностранного решения и новые вызовы в условиях глобальной экономики, очевидна потребность в унификации норм двух кодексов (ГПК и АПК РФ) в рамках работы над Концепцией гармонизации гражданского процессуального законодательства с тем, чтобы повысить конкурентоспособность и востребованность российской судебной системы.

Анализ концепции единого ГПК РФ позволяет сделать вывод, что она отражает новую тенденцию отечественной доктрины относительно признания и исполнения решений иностранных судов. Авторы Концепции считают возможным предусмотреть оговорку о возможности признания и обращения к исполнению в России иностранных судебных и арбитражных решений на основе не только международного договора и федерального закона, но и принципа взаимности<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> К примеру, в Великобритании и Северной Ирландии существует несколько процедур признания решений судов иностранных государств, самая сложная - когда решение вынесено судебным органом государства, не имеющего соглашения с Великобританией о взаимном признании и приведении в исполнение судебных решений и не являющегося членом Британского Содружества или участником Брюссельской или Луганской Конвенций (Российская Федерация и США – лишь два примера). Для признания и исполнения судебных решений в таких случаях требуется подача не ходатайства, а отдельного иска, в основании которого – решение иностранного суда. В процессе принятия решения об удовлетворении (или неудовлетворении) заявленных исковых требований английский суд руководствуется нормами общего права (common law), регулируемыми вопросы юрисдикции иностранного суда рассматривать спор по существу. Эти нормы – совсем не простые, и применение их к обстоятельствам конкретного дела не всегда проходит гладко и просто См. : Шостранд Е., Улётова Г. Признание и исполнение решений иностранных судов российскими судами и решений российских судов судами Англии и Уэльса: проблемы и тенденции // Современное право. 2015. № 8. – С. 128–130.

<sup>14</sup> Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации / Вступ. слово П.В. Крашенинникова. – М., 2015. – С. 198.

Если законодатель поддержит разработчиков нового процессуального регламента, то в новом ГПК РФ получит нормативное закрепление сформулированная в определении от 7 июня 2002 г. № 5-ГО2-64 правовая позиция Судебной коллегии Верховного Суда. В данном определении, подтвердив факт отсутствия международного договора с Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, коллегия судей, тем не менее, пришла к выводу, что его отсутствие « не является основанием для отказа в рассмотрении российскими судами ходатайства заинтересованных лиц о признании и исполнении решений иностранных судов » и « ходатайство о признании .....может быть удовлетворено компетентным российским судом и при отсутствии соответствующего международного договора, если на основе взаимности судами иностранного государства признаются решения российских судов »<sup>15</sup>. Коллегия отменила определение Московского городского суда от 5 апреля 2002 г. о прекращении производства по ходатайству Московского Народного Банка Лимитэд (г. Лондон) о признании и исполнения решения Верховного Суда Юстиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 16 октября 2000 г., которым был удовлетворен Банка (г. Лондон) о взыскании с ГУ «Межотраслевой научно-технический комплекс «Микрохирургии глаза» им. академика С.Н. Федорова Минздрава РФ» денежных средств и передала вопрос на новое рассмотрение в тот же суд, рекомендовав суду проверить, имели ли место случаи признания решений российских судами Соединенного Королевства или такие случаи по законодательству этого государства исключаются. Кроме этого, коллегия рекомендовала суду надлежащим образом проверить довод заявителя о возможности признания и разрешения исполнения на территории Российской Федерации решений иностранного суда в соответствии с действующим Соглашением между Правительством Российской Федерации и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии об экономическом сотрудничестве от 09.11.1992<sup>16</sup> и Соглашением о партнерстве и сотрудничестве от 24.06.1994

---

<sup>15</sup> Наличие указанного определения судебной коллегии ВС РФ позволило Европейскому суду по правам человека сделать следующий вывод: российская правовая система не исключает принудительного исполнения судебных решений, принятых судами того государства, с которыми у России отсутствует соответствующий договор и одобряет принятие судами общей юрисдикции во внимание других имеющих отношение к делу факторов при рассмотрении дела .... Европейский Суд не может согласиться с доводом заявителя о том, что отсутствие между двумя государствами соответствующего международного договора автоматически делает неэффективным самое очевидное в его деле средство правовой защиты, а потенциальные попытки заявителя воспользоваться им являются излишними, что явилось основанием для отклонения жалобы Петра Королева против России (заявитель жаловался на отсутствие эффективного механизма исполнения судебного решения государства ЮАР с которыми у России отсутствует международный договор) в соответствии с пунктами 1 и 3 статьи 35 Конвенции, поскольку заявитель не исчерпал доступные ему внутрисударственные средства правовой защиты // Бюллетень Европейского Суда по правам человека // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2012. № 4.

<sup>16</sup> В соответствии со ст. 11 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии об экономическом сотрудничестве от 9

между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами - членами, с другой стороны.

Развитие либеральных подходов относительно признания иностранных судебных решений при отсутствии международного договора получило в разделе V Проекта Исполнительного Кодекса Российской Федерации (далее - проект ИК): порядок исполнения в Российской Федерации решений иностранных судов и иностранных арбитражей определяется соответствующими международными договорами Российской Федерации. В случае отсутствия международного договора исполнение... осуществляется на основе взаимности. Наличие взаимности предполагается в каждом случае, если заинтересованными лицами не будет доказано иное ( ч. 1 ст. 263 проекта). Таким образом с точки зрения разработчиков проекта ИК РФ, выдача экзекватуры возможна, во-первых, при наличии международного договора, во-вторых, при отсутствии международного договора в целях реализации общепризнанных правовых принципов (ст. 15 Конституции РФ), к которым проект ИК РФ относит принцип взаимности. Такой подход можно было бы считать соответствующим п. 4 ст. 15 Конституции РФ, однако есть ли достаточные доказательства того, что взаимность является общепризнанным правовым принципом. Проблемы могут возникнуть, на наш взгляд, при подтверждении факта взаимности, в частности, какие доказательства стороны должны представить в суд для выдачи в этом случае экзекватуры? В юридической литературе предложено рассматривать взаимность как процессуальную презумпцию, бремя опровержения которой возлагается на должника<sup>17</sup>. В принципе, такой подход представляется допустимым, однако он должен быть единым как в арбитражном, так и в гражданском процессе. Сложность может возникнуть в том случае, когда в той или иной стране отдельные решения будут признаны и исполнены, а в признании и исполнении других – отказано. Как определить, имеет ли место взаимность в названном случае? Должна ли идти речь о полной или относительно полной взаимности при исполнении иностранных судебных актов? Понятие «относительно полная взаимность» столь неопределенно, что вызовет на практике разнообразное толкование и подходы к исполнению и признанию иностранных судебных решений. В.В. Ярков предлагает различать полную и частичную взаимность, в основе последней, по его мнению, будет лежать исполнимость не всех, а

---

ноября 1992 года юридическим и физическим лицам каждой из указанных стран должен предоставляться национальный режим в отношении доступа и процедуры разбирательства в любых судах на территории другой страны, в которые они обратятся в качестве истцов, ответчиков или в каком-либо ином качестве. В соответствии со ст. 98 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами - членами, с другой стороны, от 24 июня 1994 г. каждая сторона указанного Соглашения обязуется обеспечить свободный от дискриминации по сравнению с собственными лицами доступ физических и юридических лиц другой стороны в компетентные суды для защиты их индивидуальных прав.

<sup>17</sup> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. проф. В.В. Яркова. – М., 2004. – С. 531.

большей, значительной группы судебных решений иностранного государства<sup>18</sup>. На наш взгляд, такой подход и конструкция «большая, значительная группа судебных решений» может вызвать проблемы у правоприменителя. В то же время, несомненно, что отдельные отказы в признании российских судебных решений иностранными судами (как собственно и иностранных российскими судами) по соображениям публичного порядка не должны влиять на понимание начал взаимности. На кого возложить бремя доказывания факта полной, относительно полной и частичной взаимности? По мнению большинства исследователей оно должно возлагаться на должника (его представителя). Смогут ли заинтересованные лица представить суду такие доказательства, будут ли они им доступны, ведь единого (доступного) банка данных о признанных и непризнанных иностранных судебных решениях нет, а услуги иностранных адвокатов в связи с их дороговизной могут сделать бессмысленным исполнение судебного решения. В этой связи можно согласиться с мнением проф. Е.Н. Кузнецова утверждающего, который справедливо пишет о том, что вряд ли заинтересованные лица смогут представить в суд доказательства признания решений российских судов судами соответствующего иностранного государства, поскольку в их распоряжении еще меньше способов для истребования указанной информации, чем у органов судебной власти. Очевидно, что при невозможности заинтересованными лицами подтвердить факт взаимности суд должен по их ходатайству оказать содействие в истребовании у соответствующих органов иностранного государства такой информации.

По мнению проф. В.А. Мусина, в этих целях суд, применительно к ст. 4 АПК РФ и ст. 1191 Гражданского кодекса Российской Федерации, может в частности:

- 1) обратиться за содействием и разъяснениями в Министерство юстиции Российской Федерации и иные компетентные органы или организации Российской Федерации и за границей;
- 2) привлечь экспертов (как отечественных, так и иностранных);
- 3) возложить бремя доказывания принципа взаимности в иностранном государстве на заявителя.

Представляется что, во всяком случае, алгоритм доказывания, в случае о закрепления принципа взаимности, должен быть четко прописан в новом процессуальном регламенте.

Следует согласиться с тем, что закрепление принципа взаимности в проекте единого Гражданского процессуального кодекса РФ и в проекте Исполнительного кодекса следует рассматривать как явное свидетельство проявления стремления к большей открытости Российской Федерации в вопросах признания и исполнения решений иностранных судов и иностранных арбитражей, что находится в русле общей тенденции отказа от закрытости

---

<sup>18</sup> Там же. – С. 531–532.

национального правопорядка в сфере правосудия и исполнительного производства. Однако ввиду отсутствия в отечественной доктрине четкого представления о механизме реализации принципа взаимности с позиций доказательственного права этот вопрос требует дополнительной глубокой научной проработки, чтобы предлагаемые новеллы не остались декларативными нормами.

В этой связи представляет интерес опыт Англии и Уэльса к решению вопроса о признании и исполнении иностранных судов.

В Англии и Уэльсе признание и исполнение решений иностранных государственных судов<sup>19</sup> по гражданско-правовым делам не является автоматическим, для этого требуется прохождение особой процедуры регистрации решения в Высоком Суде (High Court) в Лондоне.

При этом решение должно быть переведено на английский язык и приложено к судебному ходатайству или к исковому заявлению (в зависимости от ситуации, как рассматривается ниже) вместе с разъяснительным заявлением в форме письменных свидетельских показаний (affidavit). Регистрация решения иностранного государственного суда происходит по одному из трёх возможных способов.

Во-первых, если речь идёт о решении судебного органа государства-члена ЕС или государства-участника Луганской Конвенции (это – члены Европейской Ассоциации Свободной Торговли, такие, как Норвегия, Исландия и ряд других государств), то действует упрощённая процедура. Решение судебного органа другого государства, по сути, автоматически регистрируется (в отсутствие какого-либо из обстоятельств, перечисленных в Брюссельской Конвенции, перечень которых очень ограничен – например, противоречие публичному порядку, наличие ранее вынесенного судебного решения в каком-либо ином государстве по тому же делу с участием тех же сторон и т.д.).

Во-вторых, в случае решения судебного органа государства-члена Британского Содружества (Commonwealth) или государства, с которым у Великобритании есть международное соглашение о взаимном признании и приведении в исполнение судебных решений, будет также действовать упрощённая процедура, по сути аналогичная описанной выше.

И третий способ – когда решение вынесено судебным органом государства, не являющегося ни участником Брюссельской или Луганской Конвенций, ни членом Британского Содружества, и не имеющего никакого соглашения с Великобританией о взаимном признании и приведении в исполнение судебных решений. Таких государств

---

<sup>19</sup> Не путать с решениями международных коммерческих трибуналов типа LCIA, ICC, МКАС и прочих, поскольку это совсем отдельная тема, в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией.



немало, Российская Федерация и США – лишь два примера. Что же происходит в таких случаях? Для признания и исполнения судебных решений в таких случаях имеет место особая процедура, отличная от описанной выше. Прежде всего следует отметить, что требуется подача не ходатайства, а отдельного иска, в основании которого – решение иностранного суда.

В процессе принятия решения об удовлетворении (или неудовлетворении) заявленных исковых требований английский суд будет руководствоваться нормами общего права (common law). Прежде всего речь идёт о нормах английского международного частного права, регулирующих вопрос юрисдикции/ компетенции иностранного суда рассматривать спор по существу. Эти нормы – совсем не простые, и применение их к обстоятельствам конкретного дела не всегда проходит гладко и просто. В качестве примера прежде всего следует отметить установление судом резидентства (условно говоря, места жительства) ответчика или места осуществления им своей деятельности (в случае, если ответчик – юридическое лицо), или же факта признания – тем или иным способом - самим ответчиком компетенции суда, вынесшего решение, а также факта полноты рассмотрения спора и окончательного характера судебного решения; есть и другие факторы.

Следует отметить, что во всех рассмотренных выше случаях существует возможность обжаловать решение суда о признании и исполнении иностранного судебного решения.

Также примечательно, что английский суд не считает себя компетентным рассматривать дела о признании решений иностранных судов, связанных с применением иностранного налогового (фискального) законодательства. Это очень давний, исторически сложившийся принцип, который фактически означает, что по такого рода делам, признание и исполнение решения иностранного суда в Англии не допускается.

Что касается судебной практики в области признания и исполнения в Англии и Уэльсе решений иностранных судов, то она, как можно себе представить, весьма и весьма разнообразна. Тем не менее, английские суды постоянно демонстрируют приверженность установившимся принципам, последовательно претворяя их в жизнь. В качестве интересного примера можно привести дело *Desarrollo Inmobiliario Y Negocios Industriales De Alta v Kader Holdings Company Limited [2014] EWHC 1460 (QB)*, где английским судом рассматривался вопрос о признании решения американского суда и соответственно о компетенции суда штата Аризона рассматривать спор в случае, когда ответчик являлся бермудской компанией, предмет спора - гарантия в отношении аренды объекта недвижимости, находящегося в Мексике, а финансирование проекта осуществлялось банком из Аризоны. Тщательно проанализировав и применив ряд соответствующих норм общего права, суд пришёл к выводу, что иск о признании решения суда штата Аризона следует удовлетворить. В

качестве ещё одного примера можно привести дело Joint Stock Co 'Aeroflot-Russian Airlines' v Berezovsky & Another [2014] EWCA Civ 20, где рассматривался вопрос о признании решения российского суда, присудившего уплату денежной компенсации Аэрофлоту, в ситуации, когда российский суд индексировал с учётом инфляции размер убытков, ранее присуждённых истцу по данному делу другим российским судом. То есть по сути размер присуждённых убытков был впоследствии увеличен. В английском суде Аэрофлоту было отказано в признании решения на уровне первой инстанции со ссылкой на то, что последующее решение российского суда об индексации нарушило принцип «окончателности и обязательности» судебного решения. Примечательно, что отказ был дан после рассмотрения дела по ускоренной, упрощённой процедуре («summary judgment»), без детального рассмотрения дела с представлением свидетельских/ экспертных показаний и т.д. Аэрофлотом отказ был обжалован в Апелляционный Суд, который вынес иное решение, сославшись на то, что упрощённая процедура являлась явно неподходящей для данного дела, в котором однозначно требовались показания экспертов по российскому праву относительно того, можно ли считать решение российского суда (до индексации) «окончательным». То есть по сути дело можно было вернуть на рассмотрение в нижестоящую инстанцию для прохождения его по обычной, неупрощённой процедуре. В деле *«Альфа-Банк против Трефилова»* (OJSC "Alfa Bank" v Trefilov [2014] EWHC 1806 (Comm), [2014] All ER (D) 117) английский суд рассматривал исковое заявление о признании и исполнении в Англии решения Мещанского районного суда города Москвы о выплате ответчиком г-ном Трефиловым суммы в размере 371 408 563,97 рублей по гарантии, выданной им в апреле 2008 г. Истец заявил о соблюдении всех требований английского права, в частности - что решение российского суда в данном деле являлось окончательным и что суд обладал компетенцией рассматривать данное дело. Ответчик же выдвинул целый ряд возражений, ссылаясь, среди прочего, на то, что (1) он не принимал участия в судебном процессе в России и не имел возможности защищаться против иска; (2) российскому суду не были представлены все сведения о фактах и документы для установления ответственности гаранта по иску; в частности, ответчик заявил, что он подписывал совсем другую гарантию. Соответственно, ответчик ходатайствовал об инициировании полного судебного процесса с раскрытием информации, сбором и представлением доказательств и т.д. Суд отклонил требования ответчика, сочтя их безосновательными, и удовлетворил иск Альфа-Банка.

В деле ОАО «ВТБ БАНК против САХО и г-на Скурихина английский суд признал неубедительным доводы его защиты об отсутствии оснований в признании 16 решений российских судов, указав следующее. Причина, почему обвинения г-на Скурихина в неправомерном поведении ВТБ не поднимались в российском процессе и не были

рассмотрены российскими судами, не была связана с какими-либо действиями ВТБ или с убеждением г-на Скурихина в том, что он был не в состоянии воспользоваться имеющимися средствами защиты. SAHO и г-н Скурихин не имели средств защиты против исков, которые рассматривались российскими судами, помимо тех, которые они выдвинули, и они знают об этом. Г-н Скурихин не приблизился к демонстрации обоснованной защиты в исполнительном производстве на основании якобы сознательной, намеренной нечестности ВТБ в процессе российских разбирательств, а также к демонстрации обоснованной защиты на основании принципов государственной политики или естественной справедливости. Предлагаемые г-ном Скурихиным средства защиты в английском суде были созданы в целях воспрепятствования исполнительному производству и были абсолютно необоснованными. Г-н Скурихин не имеет перспективы успешной защиты от принудительного исполнения выплаты основных сумм и договорных процентов в пользу ВТБ, заявленных в исполнительном производстве; а также ввиду отсутствия другой причины для судебных слушаний, должно быть вынесено судебное решение в отношении этих сумм<sup>20</sup>.

Авторы настоящей статьи разделяют позицию В.Д. Зорькина о необходимости расширения соответствующего инструментария для взаимного признания и приведения в исполнение решений российских и иностранных судов<sup>21</sup>, включая решения судов Англии и Уэльса, что будет соответствовать взаимным интересам и развитию бизнеса между Россией и Англией и другими странами, однако очевидно, что без сближения научных доктрин, уважительного отношения к судебным юрисдикциям друг друга, сделать это будет очень трудно.

---

<sup>20</sup> См. подробнее: ОАО «ВТБ Банк» и Павел Валерьевич Скурихин, ТОО «Пайквилль Инвестментс» (Pikewell Investments LLP), ТОО «Перчвелл Холдингс» (Perchwell Holdings LLP), номер судебного решения: [2014 г.] Высокий суд Англии и Уэльса 271 (по арбитражным делам), заявление № 2012-1105).

<sup>21</sup> Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен: монография / В.Д. Зорькин. – М.: Норма, 2013. С. 267.

## Соглашение об алиментировании несовершеннолетних граждан в РФ.

**Ю. А. Артемьева**

*Кандидат юридических наук, доцент.  
Российский университет дружбы народов.  
117198 Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6*

Социальные и экономические преобразования 2014-2015г. не могли не сказаться на семейных взаимоотношениях. Как указывается в Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года «экономические проблемы нередко приводят к внутрисемейным конфликтам, в результате которых могут оказаться нарушенными права и законные интересы детей.» В Концепции указывается, что в настоящее время 2,2 млн. детей, из них 400 тыс. детей из малообеспеченных семей, не получают алименты. На конец 2013 года в службе судебных приставов находилось более 1 млн. исполнительных документов о взыскании алиментных платежей. В отношении лиц, злостно уклоняющихся от уплаты алиментов, возбуждено более 66 тыс. уголовных дел.<sup>1</sup> Достаточно острая ситуация складывается с выплатой алиментов на несовершеннолетних детей родителем, проживающим отдельно от детей. В Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012-2017 годы, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 1 июня 2012 г. N 761, подчеркнута необходимость принятия скорейших мер по обеспечению стабильности и регулярности выплат алиментов, достаточных для нормального содержания детей.<sup>2</sup> Анализ судебной практики позволяет сделать вывод, что год от года количество дел о взыскании алиментов на детей возрастает. Так, если в 2012 году судами и мировыми судьями окончено производством 318 763 дела, то 2014 году - 328 714 дел. В 2012 году с вынесением решения или судебного приказа окончено 308 402 дела о взыскании алиментов на детей (307 133 дела рассмотрено мировыми судьями), в 2014 году число дел о взыскании алиментов на детей, рассмотренных с вынесением решения или судебного приказа, составило 317 799. При этом процент удовлетворения требований о взыскании алиментов на детей составляет 99% от числа этих дел, оконченных с вынесением решения (судебного приказа).<sup>3</sup>

Вопросы алиментных выплат для несовершеннолетних детей безусловно являются достаточно сложными. Забота о воспитании и содержание детей является первоочередной

---

<sup>1</sup> Указ Президента РФ от 1 июня 2012 г. N 761 "О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012 - 2017 годы". Собрание законодательства Российской Федерации от 4 июня 2012 г. N 23 ст. 2994.

<sup>2</sup> Указ Президента РФ от 1 июня 2012 г. N 761 "О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012 - 2017 годы". Собрание законодательства Российской Федерации от 4 июня 2012 г. N 23 ст. 2994.

<sup>3</sup> Отчет о работе судов общей юрисдикции о рассмотрении гражданских дел первой инстанцией. Официальный сайт Судебного департамента при ВС РФ : <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2884> ( по состоянию на 1.10.2015г.)

обязанностью родителей. Родители обязаны содержать своих несовершеннолетних детей. Порядок и форма предоставления содержания несовершеннолетним детям определяются родителями самостоятельно. Верховный суд РФ указал, что при определении размера алиментных обязательств необходимо исходить из максимально возможного сохранения ребенку прежнего уровня его обеспечения с учетом материального и семейного положения сторон и других заслуживающих внимания обстоятельств.<sup>4</sup> С целью развития внесудебного урегулирования споров о содержании несовершеннолетних граждан законодатель предоставил родителям возможность добровольно решить между собой вопрос материального содержания несовершеннолетних граждан. Согласно статьи 80 Семейного кодекса РФ, они вправе самостоятельно определить порядок и форму предоставления данного содержания. Соглашение должно быть заключено не только в письменной форме, но и подлежит обязательному нотариальному удостоверению. С целью ускорения получения алиментов, алиментному соглашению придается сила исполнительного листа, т.е. необходимость в судебном разбирательстве отсутствует (ст. 100 СК РФ). Соглашение является безусловным основанием для возбуждения исполнительного производства (ч. 3 ст. 12 Закона об исполнительном производстве). Рассматривая соглашение об алиментировании несовершеннолетних граждан необходимо затронуть вопрос его правовой природы. Можно ли рассматривать соглашение об уплате алиментов на несовершеннолетних граждан как гражданско-правовую сделку? В силу статьи 101 Семейного кодекса РФ заключение, изменение, расторжение осуществляется в соответствии с требованиями Гражданского законодательства. М.В. Анкольская, считает, что данное соглашение соответствует всем признакам гражданского договора, на что указывает и статья 101 СК РФ.<sup>5</sup> По мнению, ряда авторов, соглашение является гражданско-правовым договором, в силу которого плательщик безвозмездно представляет материальное содержание получателю на заранее согласованных условиях. Т.е. данное соглашение является безвозмездным, консенсуальным, односторонне обязывающим.<sup>6</sup>

Данная позиция представляется не бесспорной. Применение к данному соглашению базовых понятий равенства участников, неприкосновенности собственности, недопустимости вмешательства в частные дела, свобода в установлении прав и обязанностей не возможно. Соглашение об уплате алиментов является правовой конструкцией, обеспечивающей интересы ребенка. Поэтому условия соглашения не могут быть

---

<sup>4</sup> П. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. N 9 "О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов". Российская газета от 5 ноября 1996 г.

<sup>5</sup> Анкольская М.В. Семейное право. М. Юристъ. 1997г. С.349.

<sup>6</sup> Гражданское право. т.3./ Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М. Проспект. 1999. С.487.

произвольными, они должны максимально защищать права несовершеннолетнего. В рамках соглашения об уплате алиментов стороны не могут произвольно и независимо устанавливать базовые обязанности в своем интересе. В данном случае на первом месте интересы несовершеннолетнего. Родители не свободны в установлении условий данного соглашения. Предметом соглашения является алиментное обязательство, установленное законом, о содержании своего ребенка до его совершеннолетия, предоставлении материального обеспечения, позволяющее наиболее незащищенному члену общества, получить содержание, обеспечивающее его насущные потребности. В рамках соглашения плательщик может установить на себя «повышенные» обязательства, по сравнению с требованиями закона, но установить обязательства менее, гарантированных законом не возможно. В силу ст. 102 СК РФ соглашение об уплате алиментов может быть признано недействительным по требованию законного представителя, органа опеки и попечительства или прокурора, если условия соглашения существенно нарушают несовершеннолетнего ребенка.

*Гражданка П. обратилась с иском к гражданину П. о признании недействительным соглашения об уплате алиментов на несовершеннолетнего ребенка. В соответствии с соглашением Гражданин П. единовременно выплачивал гражданке П. сумму алиментов из расчета среднего заработка на момент подписания соглашения ребенка до его совершеннолетия. Через 5 лет после подписания соглашения ей стало известно, что сумма доходов гражданина П. значительно превышает сумму из которой был произведен расчет. Решением мирового судьи судебного участка N 229 района Чертаново Центральное г. Москвы исковые требования были удовлетворены в полном объеме. Апелляционным определением Чертановского районного суда г. Москвы решение суда оставлено без изменения. Законность принятых судебных актов позже была подтверждена и Московским городским судом. Как установил суд, закрепление в соглашении условия о выплате алиментов единовременно на 8 лет вперед, без учета возможного роста доходов плательщика алиментов, изначально нарушало права ребенка, и является недействительным. Кроме того, суд подчеркнул, так как в ч.2. ст.9 СК РФ содержатся ссылки на нормы Гражданского кодекса РФ об исковой давности, применяемые к семейным отношениям, а ссылки на ст. 181 ГК РФ в данной статье нет, то установленный ст. 181 ГК РФ годичный срок исковой давности по делам о признании недействительными оспоримых сделок, не может быть применим по спорам о признании недействительными соглашений об уплате алиментов, как по общим, так и по специальному основанию, содержащемуся в ст. 102 Семейного кодекса РФ.<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> Определение Московского городского суда от 20 января 2014 N 4г-94/14./ Архив Московского городского суда.

Участниками соглашения об уплате алиментов является ограниченный круг субъектов. В соответствии со ст. 99 СК РФ соглашение заключается между лицом, обязанным уплачивать алименты, и их получателем, а при недееспособности лица, обязанного уплачивать алименты, или получателя алиментов - между законными представителями этих лиц. М.В. Антокольская, с.Е.А.Чефранова считают, что соглашения об уплате алиментов, могут заключаться между лицами, не указанными в Семейном кодексе. Например, фактическими супругами, опекунами, попечителями и их подопечными, дядями, тетками, племянниками и другими лицами. В этом случае, по их мнению, должны применяться по аналогии нормы главы 16 СК РФ<sup>8</sup>. Представляется, что указанные выше лица вправе заключать гражданско- правовые сделки, например, договор пожизненной ренты, договор пожизненного содержания с иждивением, но не алиментное соглашение. Принятие на себя обязанности по содержанию другого человека не связанного семейными узами, является добровольным принятием гражданско- правовой обязанности , а не алиментной. И это должно регулироваться правовыми конструкциями гражданского законодательства. В силу ст. 2 СК РФ Семейное законодательство регулирует личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи: супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными). Распространение алиментных обязанностей на неопределенный круг лиц противоречит целям и задачам- обеспечению приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних, заботы об их благосостоянии и развитии. Применение ст.5 СК РФ для взыскания содержания на лиц, на которых не распространяется судебная защита взыскания алиментов, не возможно. Статья 5 СК РФ необходима для ликвидации пробелов в семейном законодательстве. В данном случае нельзя говорить о наличии пробелов. Семейное законодательство однозначно определяет круг лиц - это супруги, родители и дети (усыновители и усыновленные) (ст. 2 СК РФ). Рассматривая возможность заключения соглашения об уплате алиментов с лицами, неуказанными в СК РФ, необходимо помнить о том, что алиментное соглашение является исполнительным документом. Законодатель, учитывая особую значимость алиментных обязательств, в целях обеспечения гарантий прав детей, наделил данное соглашение силой исполнительного документа. Эта специальная норма принята с учетом особой социальной значимости охраняемых отношений и не может применяться к гражданско- правовым соглашениям между лицами, не указанными в законе. Верховный суд РФ анализируя судебную практику подчеркнул, что граждане вправе принимать на себя добровольные обязательства, по денежному содержанию другого лица, даже , если законом не предусмотрены выплаты

---

<sup>8</sup> Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации// Отв. ред. И.М. Кузнецова, М., Юрист., 2000. С. 319; Чефранова Е.А. Имущественные отношения в российской семье. М., 1997. С. 98.

алиментов этому лицу и оно не отнесено к кругу лиц, имеющих право требовать алименты в судебном порядке, но тогда это не является алиментным обязательством применительно к главе 15 СК РФ. И образовавшаяся задолженность при несвоевременном исполнении обязательств, установленных указанным соглашением, должна взыскиваться в судебном порядке лицом, в пользу которого он заключен.<sup>9</sup>

Вызывает и сомнение отнесение соглашения об уплате алиментов к односторонне обязывающим сделкам. Суть соглашения не только в обязанности одного из родителей регулярно и последовательно обеспечивать материальное содержание ребенка, т.е. платить деньги. Данной обязанности корреспондируется обязанность другого родителя принять на себя основные обязанности по воспитанию и развитию детей, заботы об обеспечении здоровья, физического, психического, духовного и нравственного развития несовершеннолетнего ребенка. Обязанность целевого расходования средств на лучшее обеспечение потребностей ребенка.

Определение правовой природы алиментного соглашения помогает разрешить и вопрос о возможном сроке действия соглашения. Как уже отмечалось с целью максимальной оперативности защиты прав несовершеннолетних, повышения гарантий защиты их интересов алиментное соглашение признается исполнительным документом. Распространение этой нормы на гражданско- правовые конструкции ставило бы участников гражданского оборота в неравные условия, нарушало бы гражданско-правовые принципы договора. Семейное законодательство устанавливает обязанность родителей содержать своих детей до совершеннолетия (18 лет). Единственное исключение допускается только в случае нетрудоспособности совершеннолетнего (Ст. 85 СК РФ). Таким образом, анализ норм семейного законодательства позволяет прийти к выводу, что срок действия соглашения об уплате алиментов ребенка, по общему правилу, допустим только до достижения ребенка 18 лет. Только до 18 лет у родителя существуют алиментные обязательства, т.е. обязанности содержать ребенка. Возникает вопрос, а как же ситуация, когда ребенок после школы поступает в ВУЗ на дневную форму обучения и не может материально себя содержать, а родитель (опекун) готов принять на себя обязанность содержать ребенка до получения высшего образования и закрепил это в письменном виде. Данное обязательство, безусловно, возможно, но оно не является алиментным обязательством. В силу п.2. ст.421 ГК РФ граждане вправе принять на себя обязательства как в форме предусмотренной, так и не предусмотренной законом. Но силы исполнительного документа, как предусмотрено

---

<sup>9</sup> Постановление Пленуму Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. N 9 «О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов» (в ред. от 06.02.2007 г. N 6)// Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации., май 2007 г., N1.



Семейным кодексом для алиментных соглашений, данное соглашение иметь не будет. Безусловно данное положение не совсем учитывает современные реалии. Достижение 18 летнего возраста не всегда означает финансовой самостоятельности. Поэтому 7 сентября 2015 года в Государственную думу был внесен законопроект 876581-6, предусматривающий возможность возложения обязанности по уплате алиментов до 24 лет при условии обучения по очной форме в образовательных учреждениях любого типа .

Учитывая вышеизложенное, необходимо признать, что распространение на соглашение об уплате алиментов на несовершеннолетних граждан гражданско-правовых норм регламентирующих порядок заключения, изменения, расторжения и признания недействительным не делает данное соглашение гражданско- правовой сделкой . Данное соглашения является особым семейно- правовым договором, регламентирующим права и обязанности по содержанию несовершеннолетних граждан, установленных семейным законодательством РФ.

## Право собственности и доверительная собственность (траст) в Индии

**Н.В. Бадаева**

*К.ю.н., доцент кафедры гражданского и трудового права  
Российский университет дружбы народов  
117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6*

В статье представлен анализ института права собственности и доверительной собственности (траста) в Индии. Особое внимание уделено изучению содержания права собственности и анализу фидуциарных отношений, возникающих при учреждении доверительной собственности. 1

**Ключевые слова:** право собственности, доверительная собственность, фидуциарные отношения, Индия, страны общего права.

Институт прав на вещи в любой правовой системе занимает особое место, поскольку значительная часть правоотношений, возникающих в гражданском обороте, своим объектом имеет различные виды вещей как материальные предметы окружающего мира. Нормативное регулирование вещных отношений в Индии строится по традиционной англосаксонской модели. Среди актов, имеющих отношение к регламентации вещно-правовых отношений, можно назвать Закон «О передаче собственности» 1882 г. (The Transfer of Property Act, 1882), Закон «О трастах» 1882 г. (Indian Trusts Act, 1882), Закон «О сервитутах» 1882 г. (The Indian Easements Act, 1882), Закон «О собственности замужних женщин» 1874 г. (The Married Women's Property Act, 1874), Закон «О реквизиции и приобретении недвижимого имущества» 1952 г. (Requisition and Acquisition of Immovable Property Act, 1952).<sup>2</sup>

Первостепенное значение в регулировании отношений по поводу принадлежности вещей занимает институт права собственности, который, прежде всего, нашел отражение в Конституции Индии 1950 г. С.Ю. Кашкин отмечает в этой связи, что он характеризуется усложненной структурой, т.к. положения о праве собственности индийских граждан оказались фрагментарно разбросанными по различным частям объемного конституционного документа.<sup>3</sup> Так, ч. 1 ст. 19 Конституции провозглашает право гражданина приобретать, владеть и распоряжаться имуществом в пределах «разумных ограничений», устанавливаемых законом в интересах общества.

Субъектами права собственности первоначально могли быть только граждане Индии, а принудительная конфискация собственности допускалась лишь на основании закона, издаваемого Парламентом в общественных интересах и предусматривающего справедливую

---

<sup>1</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта N 14-03-665а "Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона" (конкурс РФФИ 2014 г.).

<sup>2</sup> См. по адресу <http://indiacode.nic.in/> (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>3</sup> Кашкин С.Ю. Конституционное право собственности индийского гражданина. // Правовое положение личности. Сборник статей. - М.: Наука, 1987. - С.120.

предварительную компенсацию. Впоследствии эти положения основного закона претерпели изменения. В 1955 г. была внесена поправка, устанавливающая правило о размере компенсации, которая со стороны государства могла быть неадекватной, а ее размер запрещалось оспаривать в суде. В 1978 г. в результате принятия 44-ой поправки Конституции положения о праве собственности были перемещены в самостоятельную главу.

Понимание современного института собственности в Индии складывалось в доктрине постепенно. Основываясь на трудах английских и американских юристов, было сформировано представление о том, что институт права собственности граждан имеет широкий смысл и включает в себя как абстрактное понятие права собственности, так и вещные права, которые вытекают из конкретных правоотношений.

В настоящее время объектом права собственности признается в Индии все, что имеет экономическую ценность или может быть самостоятельным предметом торгового оборота. «Собственность – это те ценности, которые человек создает своими руками или посредством интеллектуальной деятельности, которые он приобретает путем обмена, и те, которые ему даны. Права владельца этих ценностей пользоваться или распоряжаться их судьбой и извлекать из них полезные свойства охраняются законом».<sup>4</sup>

Граждане Индии имеют права приобретать любую собственность путем наследования, в обмен на деньги, ценности, свой труд или иным законным образом.<sup>5</sup> В одном из решений Верховного Суда Индии было определено что *владеть* (“the taking possession”) – означает иметь в своем владении собственность и извлекать из нее полезные свойства, которые обычно связаны с обладанием тем или иным имуществом, а *распоряжаться* (“to acquire, hold and dispose of”) – значит определять судьбу имущества, условия его содержания, осуществлять полный контроль над имуществом и передавать имущество и контроль над ним кому-либо посредством продажи либо избавления от имущества.<sup>6</sup>

Собственность включает в себя не только деньги и осязаемые объекты материального мира, но и различные права в отношении таких объектов, которые имеют экономическую ценность. Поэтому право собственности рассматривается в качестве исключительного права, предоставляющего возможность пользоваться и распоряжаться вещью любым образом.

---

<sup>4</sup> Basu D.D. Commentary on the Constitution of India. Vol. C. Calcutta. 1977. P. 290.

<sup>5</sup> Кашкин С.Ю. Цит. соч. С. 132.

<sup>6</sup> См. решение по делу *Chiranjit Lal Chowdhuri v. The Union of India and Others* on 4 December, 1950. A.I.R. 1951. S.C. p. 41(56). URL: <http://indiankanoon.org/doc/4354/> (дата обращения: 01.11.2015)

Право собственности предоставляет его обладателю возможность извлекать выгоду из вещи, контролировать ее использование, распоряжаться этим правом и отстранять любых лиц от принадлежащей вещи.<sup>7</sup>

В различных актах приводятся разнообразные определения понятия собственности. Однако в одном из самых важных законов - «О передаче собственности» 1882 г. - такое определение отсутствует.

В самом обобщенном виде термин «собственность» может быть определен, как движимые и недвижимые, осязаемые и неосязаемые вещи, а также права и интересы в отношении таких вещей.

В юридической литературе внимание исследователей направлено также на изучение вопроса о концепции собственности (существуют различные теории – историческая, трудовая, психологическая, функциональная, философская и другие). Каждая из них базируется на различных подходах при ответе на вопрос об источнике отношений собственности в обществе.<sup>8</sup>

Объектом права собственности граждан может быть как движимое, так и недвижимое имущество, как телесные, так и бестелесные вещи.<sup>9</sup>

Самое главное деление вещей, имеющее правовое значение, - это разделение их на вещи движимые (movable property) и вещи недвижимые (immovable property). Термин «движимая вещь» раскрывается в различных актах. Наиболее общее определение дает представление о движимой вещи, как о любом телесном предмете, исключая землю и все, что с ней прочно связано. Определение недвижимой вещи также можно обнаружить в различных актах, однако все они сконструированы по типичной, казуальной схеме (путем исключения из понятия вещей, которые недвижимостью быть не могут или наоборот – перечислением вещей, которые рассматриваются в качестве недвижимости: «immovable property” does not include standing timber, growing crops or grass» – ст. 3 Закона «О передаче собственности» 1882 г.).

Признается также деление вещей на осязаемые (телесные - corporeal property) и неосязаемые (бестелесные - incorporeal property). К первым относят такие вещи, которые можно физически осязать и ощущать, а также перемещать в пространстве (мебель, одежда, украшения). Ко вторым – те вещи, которые напротив, невозможно физически ощутить или

---

<sup>7</sup> Bhagwati Dan Charan. Definition and Concept of Property. January 15, 2011. URL: <http://www.legalservicesindia.com/article/article/definition-&-concept-of-property-502-1.html> (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Для сравнения с английским правом см.: Дженкс Э. Свод английского гражданского права. Пер., предисл. и примеч. Л.А. Лунц. – М.: Юридич. издат-во НКЮ СССР. 1941. - С. 36-39.

переместить, но которые, тем не менее, имеют экономическую ценность и выражаются в различных правах, ценных бумагах, сервитутах и т.п.

В рамках права собственности принято рассматривать также и такую категорию как интеллектуальная собственность, представляющую собой различные произведения творческого характера (музыкальные, художественные, литературные и др.), а также изобретения, товарные знаки и другие подобные объекты.

Существование прав различных лиц на одну и ту же вещь могут вступить в конфликт. Тогда становится необходимым определить, какое право имеет приоритет по отношению к другому. Еще с времен Рима известно правило: право, возникшее во времени раньше, имеет приоритет над правом, установленным позднее. Однако здесь нужно помнить и о другом правиле, содержащемся в ст. 48 закона «О передаче собственности» 1882 г.: никто не может передать больше прав на вещь, чем сам имеет.<sup>10</sup>

Особенностью стран общего права является существование специфического института *доверительной собственности (траста - trust)*.<sup>11</sup> Отношения участников траста в Индии подробно регулируются законом «О трастах» 1882 г. В соответствии с этим законом признается такое правоотношение, в котором учредитель траста (settlor) передает имущество доверительному собственнику (trustee) для управления им в интересах назначенного выгодоприобретателя (beneficiary). В качестве доверительного собственника может выступать любое лицо, которому закон позволяет обладать имуществом, и способное распоряжаться им самостоятельно путем заключения договоров (ст. 10 Закона «О трастах» 1882 г.). Между трасти и бенефициаром возникают отношения лично-доверительного характера, поэтому законодательство устанавливает детальный круг обязанностей доверительного собственника, среди которых:<sup>12</sup>

- действовать только в интересах бенефициара,
- не использовать информацию, полученную в результате исполнения обязанностей трасти, в своих собственных интересах без согласия учредителя траста,

---

<sup>10</sup> Pallavi Ghorpade. Doctrine of Priority in Property Law. July 21, 2011. URL: <http://www.legalservicesindia.com/article/article/doctrine-of-priority-in-property-law-757-1.html> (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>11</sup> Для сравнения с англо-американским правом см.: Нарышкина Р.Л. Доверительная собственность в гражданском праве Англии и США. М. 1965. – 37 с.; Дженкс Э. Доверительная собственность. // Английское право. Источники права. Судостроительство. Судопроизводство. Уголовное право. Гражданское право. - М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1947. - 378 с.; Гражданское и торговое право зарубежных государств. В 2 т. Т. 1. / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Изд. 4-е, перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 2004. - С. 391-407.

<sup>12</sup> Sujay Dixit. Who can be a trustee and beneficiary of a trust under Indian Trust Act 1882. February 09, 2012. URL: <http://www.legalservicesindia.com/article/article/who-can-be-a-trustee-&-beneficiary-of-a-trust-under-indian-trust-act-1> (дата обращения: 01.11.2015).

- исполнять обязанности лично, если иное не предусмотрено в документе об учреждении траста,

- действовать добросовестно и с такой степенью заботливости, которая подразумевается при ведении дел заинтересованным лицом и другие.

В качестве бенефициара может выступать любое лицо, которому закон позволяет обладать имуществом (ст. 10 Закона «О трастах» 1882 г.). Таким образом, выгодоприобретателем по трасту может быть как физическое лицо, в том числе малолетние и недееспособные лица, так и юридическое лицо. Траст может быть учрежден в пользу нескольких бенефициаров, которые названы поименно или определены как группа лиц (например, дети учредителя). Указание на группу лиц должно позволять определить ее точный состав, в противном случае трастовые отношения не возникнут. Так, назначение бенефициаром семьи учредителя приведет к недействительности траста, если учредитель не включит в траст положений, позволяющих трасти определить круг выгодоприобретателей в рамках семьи учредителя.<sup>13</sup>

Доверительный собственник в трастовых отношениях может быть представлен не одним лицом, а двумя и более лицами (board of trustees). В таком случае они должны действовать сообща при исполнении обязанностей.

Известно две основных вида траста: простой траст (simple) и специальный (express) траст. В простом трасте бенефициар имеет право контролировать действия трасти и получать выгоду (доход) от траста. В специальном трасте на трасти возлагаются дополнительные обязанности.

Подводя итог, можно заключить, что институт собственности занимает в индийском праве одно из важных мест, т.к. понимание его в широком значении приводит к включению в него всего комплекса прав, которые могут быть установлены в отношении вещей. Право собственности предоставляет его обладателю возможность извлекать выгоду из вещи, контролировать ее использование, распоряжаться этим правом и отстранять любых лиц от принадлежащей вещи. Объектом права собственности граждан может быть как движимое, так и недвижимое имущество, как телесные, так и бестелесные вещи. Институт доверительной собственности (траст) традиционно является специфической чертой стран общего права. В качестве доверительного собственника может выступать любое лицо, которому закон позволяет обладать имуществом, способное распоряжаться им самостоятельно путем заключения договоров, а бенефициар может быть представлен любым лицом, которому закон позволяет лишь обладать имуществом, в том числе, малолетние и недееспособные лица.

---

<sup>13</sup> Ibid.

## Упрощенное Производство В Гражданском Судопроизводстве Республики Казахстан

**Р. Т. Бексултанова**

*кандидат юридических наук, доцент кафедры  
Гражданского и гражданского процессуального права  
Казахский Гуманитарно-юридический университет  
г.Астана Республика Казахстан*

**Аннотация:** В статье рассматриваются некоторые вопросы характеристики упрощенного производства в новом ГПК Республики Казахстан.

**Ключевые слова:** упрощенное производство, гражданский процесс, судопроизводство, правосудие, исковое производство.

В Республике Казахстан с 1 января 2016 года вступает в законную силу новый Гражданский процессуальный кодекс РК (ГПК)<sup>1</sup>, который направлен на оптимизацию судебной системы, упрощение и ускорение гражданского судопроизводства.

В действующем ГПК РК 1999 года были внесены ряд норм по упрощению правосудия: был принят Закон РК от 17 ноября 2014 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего упрощения отправления правосудия, снижения бюрократических процедур»<sup>2</sup>, в соответствии с которым введен упрощенная форма искового производства по некоторым категориям дел.

В главе 13 нового ГПК выделена отдельная глава «Упрощенное (письменное) производство», в котором рассматриваются иски о взыскании незначительных сумм, если цена иска не превышает для юридических лиц 700 размеров месячного расчетного показателя, далее МРП по новому ГПК и 500 МРП по ГПК РК 1999 г., для индивидуальных предпринимателей и физических лиц 200 МРП по новому ГПК и 100 МРП по ГПК РК 1999 г., а также по искам, основанным на документах, устанавливающих денежные обязательства ответчика или подтверждающих задолженность по договору, независимо от цены иска.

В теории гражданского процесса как в отечественном, так и в зарубежном процессуальном законодательстве точного определения сущности упрощенного производства не существует.

Также остается открытым вопрос о том, какие именно формы гражданского процесса стоит относить к упрощенному процессу.

---

<sup>1</sup> Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 376-V ЗРК

<sup>2</sup> Закон Республики Казахстан от 17 ноября 2014 года № 254-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшего упрощения отправления правосудия, снижения бюрократических процедур»

Многими учеными в качестве упрощенного судопроизводства называется разбирательство в заочном и особом производствах, исполнительную надпись нотариуса, а также обеспечительные меры, промежуточные и частичные решения, единоличное рассмотрение дела и рассмотрение в отсутствие ответчика. Существуют и другие мнения.

ет также мнение об отнесении "предварительного судебного заседания" к упрощенной процедуре рассмотрения дела, которая "может быть использована по делам, которые не требуют какой-то огромной доказательственной базы".

Некоторую сложность в понимании сущности упрощенного судебного производства заключается, во-первых, в том, что правовые системы разных стран содержат достаточно большой перечень упрощенных производств, которые, имея одинаковое название, существенно отличаются друг от друга. В качестве такого примера в данном случае можно привести заочное производство или заочное решение, существующее во многих правовых системах и при этом имеющее существенные различия в правовой регламентации.

Во-вторых, следует отметить существование в гражданском процессе общей идеи упрощения. Так, по мнению Н.А. Громошиной, "следует различать упрощение процесса как направление в устремлениях законодателя... и упрощенное производство"<sup>3</sup>. Реализация идеи упрощения осуществляется разными путями и включает в себя различные отождествляемые исследователями понятия.

Идеи упрощения судопроизводства придерживается и Совет Европы. В частности, в Рекомендации R (81) 7 Комитета министров Совета Европы государствам-членам<sup>4</sup> отмечается, что "судопроизводство нередко носит настолько сложный, длительный и дорогостоящий характер, что частные лица, особенно находящиеся в экономически неблагоприятном положении, испытывают трудности в осуществлении своих прав в государствах-членах"; и указывается, что желательно принять все необходимые меры по упрощению процедуры во всех возможных случаях в целях облегчения доступа частных лиц к судам при одновременном соблюдении должного порядка отправления правосудия; и для облегчения доступа к правосудию желательно упростить судебные документы. В качестве принципов Советом Европы были названы: упрощение, ускорение разбирательства и судебные издержки (точнее, их снижение).

В соответствии с общей целью упрощения Комитет министров Совета Европы в Рекомендациях R (86) 12 закрепил в качестве одной из возможных задач судебной политики

---

<sup>3</sup> Громошина Н.А. Дифференциация, унификация и упрощение в гражданском судопроизводстве: монография. М., 2010. - 262 с.

<sup>4</sup> Рекомендация №R (81) 7 Комитета министров государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию была принята Комитетом министров Совета Европы 14 мая 1981 года.



государств-членов меры по недопущению и сокращению чрезмерной рабочей нагрузки на суды<sup>5</sup>.

Странам предлагается определить соответствующие органы, не входящие в судебную систему, в которые могут обращаться стороны для разрешения исковых споров на небольшие суммы и по вопросам некоторых конкретных областей права. В данном случае также фактически презюмируется возможность выведения определенных, например, "мелких" споров за рамки юрисдикции суда. Задачей судебной политики становится уменьшение количества поступающих в суд исков путем исключения указанных категорий дел.

Мировая тенденция выведения определенных дел из юрисдикции суда имеет достаточно много сторонников. Данная процедура позволяет разгрузить суды, снизить издержки как сторон, так и государства.

Схожие в определенном смысле механизмы упрощения и ускорения судопроизводства были отмечены в рекомендациях Совета Европы. Так, согласно принципу 8 должны быть предусмотрены конкретные правила или свод правил, ускоряющих разрешение спора:

- 1) в случаях, не терпящих отлагательств;
- 2) в случаях, связанных с неоспоримым правом, заранее оцененным ущербом, а также в случаях, связанных с исками на небольшие суммы;
- 3) в связи с дорожно-транспортными происшествиями, трудовыми спорами, вопросами, касающимися отношений между арендодателем и арендатором жилища, и некоторыми вопросами семейного права, в частности установлением и пересмотром размера алиментов.

С этой целью предлагалось использовать одну или несколько следующих мер, которые следует рассматривать в качестве признаков:

- упрощенные методы начала разбирательства;
- проведение судебного разбирательства без заседаний, или проведение только одного заседания, или, в зависимости от обстоятельств, проведение предварительного подготовительного заседания;
- проведение исключительно письменного или устного судопроизводства, в зависимости от обстоятельств;
- запрет или ограничение некоторых возражений и объяснений;
- более гибкие правила дачи показаний;
- осуществление производства без перерывов или лишь с небольшими перерывами;

---

<sup>5</sup> Рекомендация №R (86) 12 Комитета министров государствам-членам относительно мер по недопущению и сокращению чрезмерной рабочей нагрузки на суды была принята Комитетом министров Совета Европы 16 сентября 1986 года.

– назначение судебного эксперта либо *ex officio*, либо по просьбе сторон, если это возможно, до начала судебного процесса;

– активное участие суда в ведении дела и вызове свидетелей и заслушивании показаний.

Анализ зарубежного опыта и правовых доктрин позволяет выделить следующие признаки упрощенных судебных производств:

– упрощенные методы начала судебного разбирательства;

– проведение судебного разбирательства без заседаний, или проведение только одного заседания, или, в зависимости от обстоятельств, проведение предварительного подготовительного заседания;

– проведение исключительно письменного судопроизводства;

– запрет или ограничение некоторых возражений и объяснений, запрет использования определенных средств доказывания;

– более гибкие правила дачи показаний;

– активное участие суда в ведении дела, вызове свидетелей и заслушивании показаний;

– изменение порядка обжалования;

– факультативность применения;

– упрощенные методы ведения заседания, протокола, а также формы вынесения постановления;

– возможность делегирования полномочий судьи по рассмотрению дела иному лицу, например, помощнику судьи;

Необходимо отметить, что, с одной стороны, все перечисленные признаки не могут присутствовать ни в одном упрощенном судебном производстве одновременно. С другой стороны, известные отечественной и мировой доктрине упрощенные судебные производства используют различные их комбинации, которые зависят чаще всего от вида упрощенного производства. Именно совокупность нескольких признаков характеризует существование определенного упрощенного производства.

В литературе нет единого мнения относительно правовой природы упрощенного судебного производства – является ли изменение процессуальной формы лишь ее упрощением в рамках гражданского процесса или следует рассматривать его как выход за пределы процессуальной формы.

Во многом такое положение объясняется существенными различиями в упрощенных судебных производствах, известных современному гражданскому процессу.

Упрощенное судебное производство не претендует на место определенного вида судопроизводства наравне с исковым, особым исковым или особым производством, а лишь определенного подвида искового производства или субпроизводства.

В основе выделения упрощенного судебного производства лежат совершенно иные предпосылки. Упрощенное судебное производство основывается на объективной возможности упрощения в определенных случаях гражданской процессуальной формы. Степень упрощения процессуальной формы напрямую зависит от предпосылки, положенной в основу выбора рассматриваемой процедуры.

Распространяется такое упрощение на дела искового производства и только по требованиям имущественного характера. Вследствие этого можно расценивать упрощенное судебное производство в качестве подвида или подсистемы искового производства. Закрепившееся как доктринально, так и законодательно выражение в отношении упрощенной процедуры рассмотрения – "упрощенное производство", не влияет на сущность исследуемого понятия. Но при этом следует понимать, что исковое производство, особое исковое производство, особое производство, с одной стороны, и упрощенное судебное производство, с другой, – не однопорядковые понятия. Это подтверждается,

во-первых, существующей альтернативой выбора заявителем упрощенного порядка рассмотрения в гражданском процессе;

во-вторых – переводом дела в обычный исковой порядок производства в случае появления возражений как со стороны истца, так и со стороны ответчика относительно порядка производства без необходимости осуществления каких-либо процессуальных действий.

Несмотря на отсутствие возможности выбора хода судебного процесса, характерное для некоторых зарубежных правовых систем в отношении рассмотрения малозначительных дел, следует заметить, что категории дел, к ним отнесенные, свидетельствуют об их искомом характере.

Применительно к упрощенному судебному производству, основанному на малозначительности заявленных требований, необходимо отметить, что ранее в некоторых случаях оно выделялось в отдельное производство.

Следует поддержать мнение ученых о том, сто речь идет об отдельном порядке рассмотрения в рамках искового судопроизводства, так как в основе такого подразделения лежит незначительность заявленных требований или презюмируемая простота спора, следствием имеющая указанное упрощение последующего рассмотрения.

Изложенное позволяет говорить об упрощенных судебных производствах как о субпроизводствах, возникающих в исковом производстве в связи с существованием возможности определенного упрощения гражданской процессуальной формы.

## Сущность и значение трехступенчатого теста (п.5 ст.1229 ГК РФ)

**Д. А. Белова**

*Кандидат юридических наук,  
Российский Университет Дружбы Народов,  
Ул. Миклухо-Макляя, д. 6, Москва, Россия, 117198*

Статья посвящена исследованию сущности и значения «трехступенчатого теста», закрепленного положением п.5 ст.1229 Гражданского кодекса РФ. В целях изучения содержания его требований исследуется доктрина и практика США, ЕС, а также органов правоприменения международного уровня.

**Ключевые слова:** трехступенчатый тест, ограничение исключительного права, свободное использование произведения, обычное использование произведений, законные интересы правообладателя

Действующее законодательство Российской Федерации закрепляет достаточно широкий перечень ограничений исключительного права на охраняемые произведения науки, литературы, искусства, призванный обеспечить баланс имущественных интересов правообладателей, с одной стороны, и общественных и публичных интересов в обеспечении фундаментальных прав пользователей, свободного потока информации, распространения знаний, развития инновационной экономики, с другой. Стремительное развитие технологий, цифровой среды открыло новые возможности, как для правообладателей, так и для пользователей, и повлияло на сложившийся баланс интересов, в связи с чем он подлежит пересмотру в рамках настоящего исследования.

Российская Федерация, следуя правовой традиции континентального права, закрепила исчерпывающий перечень детально определенных ограничений исключительного права. Подобный подход способствует обеспечению принципа правовой определенности, поскольку каждому из заинтересованных лиц заранее известны четкие границы дозволенного поведения в отношении охраняемого произведения науки, литературы и искусства.

С развитием общественных отношений возможен пересмотр перечня ограничений исключительного права с целью приведения его в соответствие с современным уровнем развития науки и техники. При этом неукоснительно следует соблюдать интересы автора как ключевой фигуры авторского права.

В целях защиты интересов правообладателей при разработке и закреплении новых ограничений исключительного права или изменении содержания действующих, в положениях международных актов, а затем и в нормах Гражданского кодекса РФ<sup>1</sup> (далее – ГК РФ) был закреплен т.н. «трехступенчатый тест». Он состоит из трех условий, которым в обязательном порядке должны отвечать ограничения исключительного права. Это своего рода фильтр, через который необходимо «пропускать» каждое ограничение, предполагаемое

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 №230-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Российская газета, №289, 22.12.2006

к включению в нормы действующего законодательства, чтобы обеспечить баланс интересов правообладателя и публичных интересов, обусловивших введение ограничения, и не нарушить принятые на себя Российской Федерацией международные обязательства.

Трехступенчатый тест закреплен в п.5 ст.1229 ГК РФ. Нынешняя редакция обозначенного положения была введена Федеральным законом от 4 октября 2010 №259-ФЗ<sup>2</sup> и действует с 19 октября 2010 г. с целью выполнения Российской Федерацией взятого на себя обязательства по приведению нормы п.5 ст.1229 ГК РФ в соответствие с положениями Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее – ТРИПС)<sup>3</sup>.

Функциональное значение трехступенчатого теста в российской доктрине было определено следующим образом: «эти принципы должен, прежде всего, применять законодатель при совершенствовании существующих и установлении новых случаев свободного использования»<sup>4</sup>. В то же время содержание трехступенчатого теста не раскрыто в должной мере ни российской доктриной, ни судебной практикой, несмотря на его существенное практическое значение. «Над этими определениями еще придется поломать голову»<sup>5</sup>. Уяснению содержания условий трехступенчатого теста посвящено дальнейшее изложение.

Положение абз.3 п.5 ст.1229 ГК, ст.13 ТРИПС требует, чтобы ограничения исключительных прав были ограничены определенными специальными случаями, не противоречили обычному использованию произведения, необоснованно не ущемляли законные интересы правообладателя.

Каждое из обозначенных условий характеризуется *самостоятельностью* в том смысле, что ограничение исключительного права, предполагаемое к включению в нормы национального законодательства, должно соответствовать каждому из обозначенных требований. Если ограничение не соответствует хотя бы одному из них, оно не может быть закреплено в положениях действующего законодательства, то есть условия теста применяются на *кумулятивной* основе.

*Во-первых*, ограничение должно с достаточной точностью описывать критерии, позволяющие идентифицировать случаи, не являющиеся нарушением исключительного права в силу предусмотренного законом ограничения. То есть, сфера применения ограничения должна быть детализирована, что гарантирует достаточную степень правовой

<sup>2</sup> Федеральный закон от 04.10.2010 №259-ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» // «Российская газета», №228, 08.10.2010

<sup>3</sup> Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) (Заключено в г. Марракеше 15.04.1994) (вступило в силу для России 22.08.2012) // Собрание законодательства РФ. 10.09.2012. №37

<sup>4</sup> Гаврилов Э.П. Изменения, внесенные Федеральным законом от 4 октября 2010 г. №259-ФЗ в четвертую часть ГК РФ // Патенты и лицензии. 2010. №11.

<sup>5</sup> Там же

определенности. В частности, следует указать бенефициаров ограничения, виды произведений, исключительное право на которые подлежит ограничению, способы использования произведения, подлежащие ограничению, и иные параметры.

Кроме того, ограничение исключительного права должно иметь узкое (как в количественном, так и качественном смысле) применение, то есть должно быть ограничено по радиусу действия. На объем сферы применения может указывать, в частности, численность бенефициаров ограничения, которая не должна превратить ограничение исключительного права в правило.

Практический и теоретический интерес вызывает вопрос, должно ли служить ограничение исключительного права специальной цели для соответствия первому условию теста. Позиция Европейского Союза состоит в том, что ограничение должно служить особой цели, чтобы оно могло быть рассмотрено в качестве особого случая, а именно цели публичной политики. По мнению США, цель ограничения не имеет значения при определении его соответствия требованиям теста. В любом случае таковая определяется исключительно усмотрением государства, закрепляющего ограничение исключительного права в ткань действующего законодательства, опирающемся на свои исторические, экономические, социальные и иные приоритеты. Судебный орган на уровне ВТО<sup>6</sup> пришел к выводу, что ограничение исключительного права не должно быть оправдано законной целью публичной политики, чтобы соответствовать первому условию, закрепленному в ст.13 ТРИПС. В то же время такая цель может быть полезна для толкования нормативного положения, закрепляющего соответствующее ограничение, для более четкого определения его содержания и сферы практического применения.

*Во-вторых*, ограничение не должно противоречить обычному использованию произведения. При этом обычное использование произведения нельзя приравнивать к полному осуществлению исключительного права, иначе положения ст.ст.13 ТРИПС, п.5 ст.1229 ГК РФ останутся лишены смысла, поскольку любое использование произведения будет составлять обычное использование. В связи с этим судебный орган на уровне ВТО отклонил позицию ЕС, согласно которой все те формы и способы использования произведений, которые создают экономическую выгоду, должны рассматриваться в качестве обычного использования произведений. Следовательно, *обычное использование произведения уже по объему и содержанию, нежели полное осуществление исключительного права.*

При этом следует иметь в виду, что *ограничение* исключительного права не может в полном объеме исключать контроль правообладателя за тем или иным способом

---

<sup>6</sup> Report of the Panel. United States – section 110(5) of the US Copyright Act. WT/DS160/R. 15 June 2000

использования произведения, предусмотренным ст.1270 ГК РФ. В частности, контроль правообладателя за воспроизведением его произведения может быть сужен, но не исключен действием ограничения. То есть, действие ограничения может лишить правообладателя возможности контролировать воспроизведение произведения гражданами исключительно в личных целях; но полностью блокировать контроль за воспроизведением произведения ограничение не должно. При этом ссылка на то, что остальные способы использования произведения (например, публичный показ), приносящие больший доход правообладателю, остаются для него доступными, представляется недопустимой. Правообладатель должен иметь возможность получения доходов от каждого способа использования произведения, предусмотренного действующим законодательством. Возможность получения существенной части дохода от одного из способов использования (например, публичного показа) не должна в полном объеме лишать его возможности получения такового от иного способа использования, пусть и менее доходного (например, воспроизведения).

Анализ международной практики применения норм о трехступенчатом тесте, приводит к выводу о следующем понимании обычного использования произведения. *Обычное использование произведения* – это такие виды использования произведения в рамках соответствующего способа использования<sup>7</sup> или использование произведения на таких рынках, которые имеют или могут приобрести существенное экономическое или иное значение для правообладателя, то есть те, которыми правообладатель обычно использует произведение при нормальном ходе событий, разумно ожидая от них основной доход. При этом в дополнение к тем видам использования, которые в настоящее время гарантируют значительный или ощутимый доход, следует учитывать те виды использования, которые с определенной степенью вероятности и достоверности, смогут приобрести значительное экономическое или практическое значение в будущем с учетом технологического развития и эволюции потребностей. В свою очередь, виды использования произведения, посредством которых правообладатели достаточно редко осуществляют исключительное право и, соответственно, не рассматривают их в качестве доминирующих источников дохода, не составляют обычного использования произведения.

Таким образом, при анализе ограничения исключительного права следует выявить, как именно используют произведение правообладатели при нормальном ходе событий в рамках того способа использования, который подлежит ограничению. Виды использования,

---

<sup>7</sup> Мы разграничиваем понятия «способы использования произведения» и «виды использования произведения», соотнося их как общее и частное. Основные *способы использования* произведения закреплены в положениях п.2 ст.1270 ГК РФ и соответствуют, как правило, базовым исключительным правам на произведения, закрепленным основными международно-правовыми актами в исследуемой сфере. Виды использования – это действия по использованию произведения в рамках определенного способа использования.



имеющие или могущие приобрести для правообладателей, существенное экономическое или иное практическое значение, составляют обычное использование произведения.

О противоречии обычному использованию произведения речь идет в тех случаях, когда использование произведения в рамках анализируемого ограничения будет вступать в экономическое соревнование с видами использования, которыми правообладатели обычно используют произведение в рамках определенного способа использования, извлекая существенную экономическую выгоду; будет вытеснять правообладателя с рынков, имеющих для него существенное экономическое значение, лишать его значительной части дохода или возможности его получения от использования произведения соответствующим способом. Степень конкурирования с правообладателем, степень рыночного вытеснения последнего, доля дохода, которая может быть утрачена правообладателем, и будут определять факт противоречия обычному использованию произведения. Следовательно, предлагаемое к закреплению в нормах законодательства ограничение исключительного права должно быть ограничено в объеме настолько, чтобы не вступать в экономическую конкуренцию с обычным использованием произведения правообладателем, не вытеснять правообладателя с рынков, имеющих для него существенное значение.

Таким образом, суть второго условия трехступенчатого теста можно свести к следующим основным положениям:

1) Ограничение исключительного права не должно полностью исключить контроль правообладателя за тем или иным способом использования произведения.

2) Обычное использование произведения – это виды использования произведения в рамках соответствующих способов использования или использование произведения на соответствующих рынках, которые имеют для правообладателя существенное значение в силу того, что обычно используются при нормальном ходе событий и приносят ему значительный (ощутимый) доход.

3) Противоречие обычному использованию имеет место в случаях, если использование произведения в рамках ограничения вступает в экономическую конкуренцию с теми видами использования произведения правообладателями, которые обычно ими используются и приносят им существенный (ощутимый) доход; вытесняет правообладателя с рынков, имеющих для него существенное значение, лишает существенной доли дохода.

*В-третьих*, ограничение не должно необоснованным образом ущемлять законные интересы правообладателей. Доктрина США постановляет, что, если второе условие трехступенчатого теста смотрит на степень рыночного вытеснения правообладателя свободным использованием произведения, при анализе ограничения на соответствие третьему условию следует измерить, *насколько* правообладатель пострадал вследствие

влияния ограничения. При этом, поскольку любое ограничение исключительного права может привести к некоторой степени ущерба имущественным интересам правообладателя, ключевым становится вопрос обоснованности размера такого вреда. Доминирующая позиция доктрины ЕС состоит в том, что, как минимум, все коммерческие виды использования исключительных прав составляют законные интересы правообладателя. При этом достаточно продемонстрировать возможность причинения вреда; не является необходимым производить количественную оценку фактических финансовых потерь, понесенных правообладателями. Судебный орган ВТО принял позицию США и постановил, что вред законным интересам правообладателей достигает необоснованного уровня, если исключение или ограничение причиняет или имеет возможность причинить неразумные потери доходам правообладателя.

*Таким образом, любое ограничение исключительного права, предлагаемое к включению в нормы действующего российского законодательства, должно быть детально исследовано с точки зрения соответствия рассмотренным выше условиям трехступенчатого теста, а именно положению абз.3 п.5 ст.1229 ГК РФ.*

## Разрешение гражданских споров судами шариата в Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах

**Е. П. Ермакова**

*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](mailto:ermakovaep@mail.ru)*

В статье представлена краткая характеристика правового регулирования организации и деятельности судов шариата в Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах, а также возможности урегулирования споров между мусульманами путем арбитража, медиации и иных альтернативных способов разрешения споров. <sup>1</sup>

**Ключевые слова:** суды шариата, исламский арбитраж, исламский банкинг

Индонезия, Малайзия, Сингапур и Филиппины имеют специальные суды для разрешения споров между мусульманами – суды шариата. На Филиппинах суды шариата входят в систему государственных судов. В Индонезии, Малайзии и Сингапуре системы судов шариата существуют параллельно с системами государственных судов. Но в Индонезии возможно кассационное обжалование решений религиозных судов в государственный суд - Верховный суд страны. В четырех перечисленных странах принято специальное законодательство, закрепляющее основные правила судопроизводства в судах шариата:

- 1) Закон Индонезии о религиозных судах № 7 от 1989 г.
- 2) Закон Малайзии о действии мусульманского права 1993 г.
- 3) Закон Малайзии о гражданском судопроизводстве в Судах шариата (федеральные территории) 1998 г.
- 4) Закон Сингапура о действии мусульманского права 1966 г.
- 5) Кодекс Мусульманского личного права Филиппин 1977 г.
- 6) Специальные правила судопроизводства в Судах шариата (Филиппины) 1983 г.

Следует подчеркнуть, что процедура рассмотрения гражданских дел в Судах шариата полностью соответствует процедуре рассмотрения дел в государственных судах. Но при разрешении спора судьи (имеющие специальное образование в области мусульманского права) должны применять нормы мусульманского права. Например, в ст. 17 Специальных правил судопроизводства в Судах шариата Филиппин закреплено: «при оценке доказательств, представленных сторонами, и при вынесении решения по делу судья должен

---

<sup>1</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта N 14-03- 0665а "Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона" по конкурсу РГНФ 2014 г.

придерживаться принципов мусульманского права и норм, закрепленных в основных источниках мусульманского права».

В судах шариата работают адвокаты – специалисты в области мусульманского права. Например, на Филиппинах адвокаты, которые намерены работать в Судах шариата, должны сдать специальный экзамен в Управлении по мусульманскому праву (Office of Muslim Affairs) Верховного суда Филиппин.

### **Индонезия**

Религиозные суды первой инстанции (Pengadilan Agama) были созданы по Закону Индонезии о религиозных судах № 7 от 1989 г. К юрисдикции религиозных судов относится рассмотрение и разрешение дел между мусульманами в следующих областях: брак, наследование, завещание, гранты, wakaf (религиозные благотворительные фонды), закят (милостыня), infaq, shadaqah (добровольные пожертвования). Религиозные суды созданы в каждом районе и городе на территории Индонезии и находятся вне судов общей юрисдикции. Полномочия религиозных судов были существенно расширены в 2006 г. в соответствии с Законом № 3 от 2006 г. Религиозные суды получили право разрешать некоторые коммерческие споры, в частности, в области банковского права. Решения религиозных судов в порядке апелляции обжалуются в Высокий религиозный суд Индонезии (Mahkamah Islam Tinggi). Кассационная жалоба может быть подана в Верховный суд страны.

### **Малайзия**

В соответствии со ст. 121 (1А) Конституции Малайзии в стране действует двойная система права: система общего права и система мусульманского права (Islamic law), а также две параллельные системы судов: система общих государственных судов и система Судов шариата.

Суды шариата разрешают споры исключительно между мусульманами. В Малайзию входит 13 штатов и 3 федеральные территории. Федеральные власти устанавливают систему Судов шариата и определяют их юрисдикцию для федеральных территорий Малайзии, а власти каждого штата устанавливают свою систему Судов шариата и их компетенцию в каждом штате. Таким образом, в Малайзии действует 14 систем Судов шариата. Юрисдикция Судов шариата и их организация на федеральных территориях Малайзии определена Законом о действии мусульманского права 1993г. в ред. 2006 г.

Система Судов шариата на федеральных территориях Малайзии включает в себя:

- 1) Апелляционный суд шариата (Syariah Appeal Court);
- 2) Высокий суд шариата (Syariah High Court),
- 3) Подчиненные суды шариата (Syariah Subordinate Court).

Подчиненные суды шариата в свою очередь подразделяются на Суды первой инстанции и Суды второй инстанции. Порядок судопроизводства по гражданским делам в Судах шариата установлен Законом о гражданском судопроизводстве в Судах шариата (федеральные территории) 1998г. в ред. 2006г. Закон 1998г. в точности копирует порядок судопроизводства в государственных судах, и, соответственно, порядок английского гражданского судопроизводства.

Специальные суды по рассмотрению споров в области «исламского банкинга» были созданы в рамках Высокого суда Западной Малайзии (Kuala Lumpur High Court). В Коммерческом отделении Высокого суда было создано специальное подразделение – «Muamalat Bench», которое рассматривало споры в области исламского банкинга.

В настоящее время порядок рассмотрения и разрешения указанных споров регулируется, в основном, с помощью судебных прецедентов. Малазийские ученые Умар Осени и Абу Умар Фарук Ахмад отмечали, что несмотря на усилия государственных судов, в Малайзии существует проблема постоянного увеличения количества дел в области исламского банкинга. Это привело к ситуации, когда споры в области исламского банкинга стали рассматриваться судьями других отделений Высокого суда.

### Сингапур

Суд шариата (Syariah Court) занимает особое место в системе судов Сингапура. Суд шариата появился в Сингапуре в 1957 г. по Ордонансу о мусульманском праве от 30 мая 1957г. (the Muslim's Ordinance). В 1966 г. указанный Ордонанс был заменен Законом о действии мусульманского права. Регулированию деятельности Суда шариата посвящен Раздел III Закона 1966 г. (ст.ст. 34 – 56). В юрисдикцию суда шариата входит рассмотрение споров между мусульманами или теми лицами, которые вступили в брак по мусульманскому праву по поводу:

- брака (marriage);
- разводов (divorces), известных в мусульманском праве как: fasakh, cerai taklik, khuluk, talak;
- обручения (betrothal),
- недействительности брака (nullity of marriage);
- раздельного проживания супругов (judicial separation);
- отчуждения или раздела имущества при разводе или аннулировании брака (disposition or division of property);
- выплаты пособий «emas kahwin» или подарков «mutaah».

Порядок обжалования решений и судебных приказов Суда шариата закреплен в ст. 55 Закона. Апелляционная жалоба может быть подана в Апелляционный Совет (Appeal Board).

В ст. 56 Закона предусмотрен порядок ревизии (Revision) решений Суда шариата. Президент Сингапура может подвергнуть ревизии любое решение Суда шариата, Регистратора, Кади (Kadi) или его заместителя (Naib Kadi).

### **Филиппины**

Суды шариата (Shari'ah Court) входят в судебную систему Филиппин. Деятельность Судов шариата регулируется Кодексом Мусульманского личного права Филиппин 1977 г. (Code of Muslim Personal Laws of the Philippines). Согласно кодексу 1977 г. Суды шариата имеют ограниченную юрисдикцию: в их компетенцию входит рассмотрение дел между мусульманами о браке и разводе, о содержании супруга, об отцовстве и родстве, о записях в гражданском реестре, о наследовании, и других дел, перечень которых закреплен в Книге IV кодекса «Судопроизводство и выдача юридических заключений». В Судах шариата применяются также Пересмотренные Правила гражданского судопроизводства 1997 г. и Специальные правила судопроизводства в Судах шариата 1983 г. (The special rules of procedure governing the Shari'a Courts).

Процедура рассмотрения гражданских дел в Судах шариата полностью соответствует процедуре рассмотрения дел в государственных судах.

Суды шариата входят в систему государственных судов Филиппин. Низшей инстанцией являются Районные суды шариата, затем следуют Окружные суды шариата. Следующее звено судебной системы – Апелляционный суд Филиппин (Court of Appeals), который уже является государственным судом. И высшей судебной инстанцией страны является Верховный суд Филиппин (Supreme Court). На Филиппинах действуют 5 Окружных Судов шариата и 51 Районный Суд шариата. Судьи Судов шариата назначаются Президентом страны.

### **Правовое регулирование арбитража и альтернативных способов разрешения**

#### **споров**

Различные методы альтернативного разрешения споров становятся все более популярными в Азии, поскольку процедура разрешения споров в государственных судах представляется большинству жителей этого региона длительной и дорогостоящей. Следует особо подчеркнуть, что основы медиации, то есть поощрение урегулирования споров с помощью третьей стороны, существуют на Востоке на протяжении веков, и корни этого процесса восходят к учениям Ислама, Индуизма, Буддизма, Христианства и Учения Конфуция. Источники мусульманского права, такие как Коран и Сунна, поощряют использование альтернативных способов разрешения споров. Сам термин «альтернативное разрешение споров» не встречается в мусульманском праве, но есть ряд норм, призывающих стороны правового конфликта к полюбовному соглашению.

Исламская концепция разрешения споров предусматривает следующие возможности:

- 1). *Nasihah* (консультирование);
- 2). Сулх (переговоры, посредничество, примирение, компромисс);
- 3). *Tahkim* (Арбитраж);
- 4). *Med-Arb* (процесс, который начинается с медиации и заканчивается арбитражем);
- 5). Мухтасиба (Омбудсмен);
- 6). Вали аль-*Mazalim* (омбудсмен-судья);
- 7). Фетвы муфтия (экспертное заключение);
- 8). *Med-Ex* (сочетание посредничества и экспертизы);
- 9). *Qada* (вынесение судебного решения).<sup>2</sup>

В Индуизме основные начала медиации содержатся в тексте религиозных учений, а также в концепции панчятов.<sup>3</sup>

### Индонезия

Ведущим арбитражным центром Индонезии является Индонезийский национальный арбитражный совет (*Badan Arbitrase Nasional Indonesian - (BANI)*). BANI был создан в 1977 г. при поддержке Торгово-промышленной палаты Индонезии. BANI также является центром исламского арбитража (*Badan Arbitrase Syariah Indonesia*), в котором разрешаются коммерческие и финансовые споры между мусульманами.

Согласно ст. 5 Закона Индонезии № 30 от 1999 г. в порядке арбитража могут быть рассмотрены споры между мусульманами только экономического характера, семейные споры могут рассматриваться исключительно государственными судами<sup>4</sup>.

В 2002 г. было создано еще одно арбитражное учреждение – Арбитражный совет индонезийского рынка капиталов (*Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia - BAPMI*).

### Малайзия

Региональный арбитражный центр Куала Лумпур (*Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration – KLRCA*), который был создан в 1978 г. при содействии Афро-азиатской консультативно-правовой организации – ААКПО (*Asian-African Legal Consultative Organisation - AALCO*). KLRCA – первый региональный арбитражный центр в Азии. Центр предоставляет услуги в области арбитража, исламского арбитража (**i-Arbitration**),

---

<sup>2</sup> DATO' CECIL ABRAHAM *Alternative dispute resolution in Malaysia*// [http://www.aseanlawassociation.org/9GAdocs/w4\\_Malaysia.pdf](http://www.aseanlawassociation.org/9GAdocs/w4_Malaysia.pdf)

<sup>3</sup> Панчяат — (санскр.), деревенский совет у народов Индии. В Панчяат обычно входит староста деревни и несколько уважаемых жителей деревни // Словари и энциклопедии на Академике // <http://dic.academic.ru/dic.nsf/lower/16908>

<sup>4</sup> BADAN ARBITRASE SYARIAH NASIONAL DAN EKSISTENSINYA Oleh AL FITRI, S.A.g., S.H., M.H.I (Hakim Pratama Madya Pengadilan Agama Tanjungpandan) // <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawBADAN-ARBITRASE-SYARIAH-NASIONAL.pdf>

ускоренного арбитража, медиации, арбитражного разрешения доменных споров. По каждому отдельному способу разрешения споров KLRCA имеет собственный Регламент. Так, в 2013 году Центром были принят Регламент разрешения споров в области шариата 2013 г. (**2013 KLRCA i-Arbitration Rules**). Регламент включает эталонную процедуру обращения к специалисту по мусульманскому праву или к специалисту Консультативного Совета Шариата. Состав арбитража должен вынести свое решение основываясь на принципах шариата. Кроме общего регламента о рассмотрении споров в порядке исламского арбитража, KLRCA имеет специальный регламент о рассмотрении споров в области исламского банкинга и финансовых услуг.

### Сингапур

Согласно Закону Сингапура о действии мусульманского права 1966 г. семейные споры между мусульманами разрешаются исключительно Судом шариата. Экономические споры между мусульманами могут быть разрешены в арбитраже или урегулированы путем медиации, переговоров и др.<sup>5</sup>

В Сингапуре действуют два всемирно известных центра международного коммерческого арбитража: Сингапурский международный арбитражный центр (Singapore International Arbitration Centre - SIAC) и Сингапурская морская арбитражная палата (Singapore Chamber of Maritime Arbitration - SCMA). Среди других арбитражных центров страны можно назвать Промышленный арбитражный суд (Industrial Arbitration Court). В настоящее время перечисленные арбитражные центры не имеют специальных правил по урегулированию споров между мусульманами.

### Филиппины

В ст.ст. 160-163 Кодекса Мусульманского личного права Филиппин 1977 г. (Code of Muslim Personal Laws of the Philippines) определен арбитражный порядок рассмотрения споров между мусульманами в Арбитражном совете Agama (Agama Arbitration Council)<sup>6</sup>. В отличие от Индонезии, где в арбитраже могут рассматриваться только споры между мусульманами экономического характера, Кодекс Мусульманского личного права Филиппин допускает арбитражное рассмотрение как экономических, так и семейных споров (например, споров, связанных с разводом).

---

<sup>5</sup> ADR and Islamic law: the cases of the UK and Singapore Arif A JAMAL [http://law.nus.edu.sg/wps/pdfs/004\\_2015\\_Arif%20Jamal.pdf](http://law.nus.edu.sg/wps/pdfs/004_2015_Arif%20Jamal.pdf)

<sup>6</sup> Courts for Muslims. A Primer on The Philippine Shari'a Courts // [http://www.muslimindanao.ph/shari'a/code\\_muslim.pdf](http://www.muslimindanao.ph/shari'a/code_muslim.pdf)



Арбитражный совет Agama может быть создан при районном суде шариата или при окружном суде шариата. В состав Арбитражного совета Agama входит клерк суда (который выполняет роль председателя) и представители каждой из сторон спора.

Можно заключить, что Индонезия, Малайзия, Сингапур и Филиппины - страны с мусульманским населением, во всех странах в той или иной мере действует мусульманское право и суды шариата. Все аспекты государственного регулирования деятельности судов шариата заслуживают пристального внимания и изучения, поскольку в последние годы суды шариата появляются не только в традиционно мусульманских странах. Например, в 2013 г. суд шариата впервые появился в Великобритании (за год им было рассмотрено более 100 дел).<sup>7</sup> К тому же, совсем недавно, появились новые формы альтернативного урегулирования споров – например, **исламский арбитраж** и разрешение споров в сфере **исламского банкинга**.

---

<sup>7</sup> См. об этом: Великобритания. Первый шариатский суд Великобритании рассмотрел более 100 дел за год// Издательский дом «Медина» // <http://www.idmedina.ru/medina/?121>; см. также: ADR and Islamic law: the cases of the UK and Singapore Arif A JAMAL // [http://law.nus.edu.sg/wps/pdfs/004\\_2015\\_Arif%20Jamal.pdf](http://law.nus.edu.sg/wps/pdfs/004_2015_Arif%20Jamal.pdf)

## Медиация в Индии

**Н. В. Ивановская**

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

*Российского университета дружбы народов*

*Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

Статья посвящена изучению возникновения и развития примирительной процедуры (медиации) в Индии, деятельности основных учреждений по медиации и посредничеству.

**Ключевые слова:** медиация, примирение, Индия, Институт арбитража и медиации

Медиация в Индии появилась за сотни лет до того, как эта страна стала колонией Великобритании. В Индии использовалась такая система урегулирования споров как разрешение конфликтов старейшинами племени. Хотелось бы отметить, что такая система используется и в настоящее время: уважаемые люди, к которым обращаются спорящие члены племени, должны приложить все силы для мирного разрешения спора. Если последнее не удастся, то спор разрешается на общем собрании всех заинтересованных членов племени. После публичного рассмотрения конфликта и обсуждения претензий в мельчайших подробностях, старейшина еще раз пытается урегулировать спор. Если результат не был достигнут, то старейшина вправе вынести решение, основанное на традициях племени, и обязательное для всех участников конфликта. При этом надо учитывать, что урегулирование конфликта старейшины не обеспечивается санкциями, принуждающими к исполнению условий разрешения спора, но тем не менее, исполняется конфликтующими сторонами. И сегодня посредничество имеет много общего с древним способом урегулирования споров. Прежде всего тем, что в урегулировании спора принимают активное участие его стороны, а посредник контролирует этот процесс. Но современное посредничество не может закончиться тем, что посредник примет решение, обязательное для участников конфликта, а лишь призывает стороны добровольно достигнуть соглашения, которое бы было бы компромиссом, сочетающим интересы конфликтующих.

Впервые о медиации в Индии заговорили в 1947 году, когда законодательно было закреплено применение посредничества при разрешении трудовых споров

Отмечалось, что в Индии пока юристы достаточно настороженно относятся к посредничеству, обсуждая вопрос о возможности применения посредничества в суде или вне суда, а также случаи, при разрешении которых допускается посредничество.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Hamline ЖУРНАЛ публичного права & политика

В Индии создан Институт арбитража и медиации ( Institute of arbitration trial and mediation of Indian –бывшим председателем Верховного суда Индии ПАМ) который является одним из первых учреждений в Индии, занимающихся арбитражем и посредничеством.<sup>2</sup> В этом учреждении создан Консультативный совет, состоящий из видных деятелей и возглавляемый бывшим председателем Верховного суда Индии. Институт арбитража и посредничества запустил проект, который ориентирован на предоставление услуг по разрешению конфликтов, возникающих среди населения, а также на подготовку посредников для разрешения таких конфликтов из числа местного населения.

В данный проект так же входят известные посредники, зарекомендовавшие себя как беспристрастные, компетентные, имеющие навыки в области альтернативного урегулирования споров.

Поход к применению медиации в Индии является весьма рациональным и означает, что применение медиации не является способом преодоления проблем, характерных для национальной судебной системы, а одним из способов внесудебного разрешения конфликтов. Этот способ основан на учете интересов сторон конфликте, поиска выхода из создавшейся ситуации, который бы устроил спорящих, в отличии от судебного разбирательства, в котором всегда одна сторона выигрывает, а вторая – проигрывает. К достоинствам медиации можно так же отнести и неформальность этой процедуры, применение медиации при урегулировании споров в дальнейшем позволяет сторонам сохранить отношения, в отличии от судебного разбирательства, основанного на формальном подходе, необходимости выработки правовых позиций и предоставления доказательств.

Вместе с тем, процедура медиации (примирения) не получила широкого применения в Индии, несмотря на принятие специального закона в 1996 году – Закона о арбитраже и примирении. Этот закон предусматривал применение посредничества для урегулирования споров, вытекающих из договорных и иных отношений, общие положения об осуществлении процедуры примирения, в т.ч. и создание специальных учреждений, которые бы предоставляли списки лиц, выступающих в качестве посредников при урегулировании споров.

Так же в 1995-1996 годах под руководством тогдашнего председателя Верховного Суда Индии было проведено совместное индийско-американское исследование причин задержек и иных проблем осуществления правосудия. Результатом такого исследования стали предложения о внесении поправок в Гражданский процессуальный кодекс. И в 1999 году в ГПК были внесены дополнения, касающиеся в том числе и включения положений об урегулировании споров во внесудебном порядке.

---

<sup>2</sup> <https://imimediation.org/qap-profile-iiam>

Использование терминов посредничество и согласительная процедура являются равнозначными в качестве внесудебного разрешения споров, а термины «примирение» и «посредничество» означают различные понятие и различные по содержанию способы урегулирования споров, основываясь на разделе 89 ГПК и Законе об арбитраже и примирении. Общим для них является то, что обе процедуры и примирения и посредничество осуществляются с помощью 3 лица (посредника или медиатора (примирителя). Существенное же отличие состоит в том, что при посредничестве, лицо, содействующее урегулированию спора (беспристрастная сторона), принимает активное участие – дает рекомендации сторонам при урегулировании спора, при составлении соглашения. Такое понимание посредничества полностью соответствует Правилам примирения обнародованных Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

В 2002 году в ГПК было включено положение о том, что что ссылки на посредничество, примирение и арбитраж являются обязательными для судебных вопросов.<sup>3</sup> Согласно законодательству, если судья находит, что имеются основания для примирения, он может направить гражданское дело на рассмотрение народного суда (Lok Adalat) или на арбитраж, примирение либо медиацию (Ibid. P. 255-256).<sup>4</sup>

Таким образом, в Индии пошли по пути продвижения медиации через судебные органы, осознавая, что медиация способствует более быстрому разрешению споров. Вместе с тем, индийские адвокаты весьма настороженно относились к применению процедуры медиации, считая ее недостаточно изученной, не в полной мере осознавая ее положительные стороны и не желали подвергать риску клиентов. Юридическое сообщество не в полной мере осознало эффективность медиации, личность медиатора не вызовет доверия, и, кроме этого, спорящие стороны зачастую ориентированы на правовую оценку возникшего конфликта. Для преодоления данной ситуации необходимо популяризовать процедуру медиации путем разъяснения ее положительных аспектов в части быстроты разрешения споров, возможности сохранения партнерских отношений, меньшего ущерба для деловой репутации бизнесменов.

Для этих целей был в разных регионах Индии были проведены конференции, на которых обсуждалась стратегия по внедрению медиации в рамках судебной системы.

Еще одним направлением популяризации медиации стало обучение медиаторов. Институтом арбитража и посредничества принята и опубликована Программа отборочной оценки – содержащая требования для аккредитации (квалификационной оценки) лица в

---

<sup>3</sup> Данное положение было оспорено, но Верховный суд Индии в 2005 году признал его законным.

<sup>4</sup> Руденко В.Н. [ifp.uran.ru/netcat\\_files/multifile/789/India.pdf](http://ifp.uran.ru/netcat_files/multifile/789/India.pdf)

качестве посредника (медиатора). Там, для получения международного сертификата посредника (медиатора) необходимо пройти обучение в течение 3 месяцев по определенным дисциплинам и иметь практический опыт по урегулированию споров, успешно пройти итоговую аттестацию.<sup>5</sup> Для подготовки медиаторов было разработано учебное пособие, над которым работали известные ученые и практикующие юристы Индии.<sup>6</sup> Первый выпуск подготовленных медиаторов был осуществлен в 2000 году и осуществлялся при помощи американских тренеров.

В 2002 году был открыт Центр посредничества, который первым делом собрал всех судей в целях разъяснения необходимости применения медиации и ее популяризации. Открытие этого центра имело огромное значение и осуществилось при участии всех главных судей Высших судов Индии.

В 2003 году в Бомбее была создана первая группа медиаторов и группа третейских судей, состоящие из вышедших на пенсию судей и работающих на платной (договорной) основе. Отдельные координаторы по ADR были назначены в городском суде и окружном суде Мумбаи. При Университете Мумбаи были организованы курсы подготовки специалистов по ADR для юристов и дипломированных бухгалтеров.

В 2005 году Центр медиации и посредничества был создан при Высшем суде Нью-Дели и по предложению этого Центра был начат пилотный проект по применению медиации в судах. В рамках этого проекта был создан Комитет по посредничеству и примирению, состоящий из судей и адвокатов. Данный Комитет является основным стратегом в области развития внедрения медиации в Индии, разрабатывает информационно-просветительные программы по медиации и посредничеству, проводит обучение, в т.ч. и среди судей.

Впоследствии во многих провинциях Индии в судах были созданы центры посредничества и медиации и, как следствие, применения медиации и посредничества в судах стало возможным. При этом судья, стороны спора и их адвокаты становятся участниками примирительной процедуры, которая проходит под руководством и контролем суда.

Таким образом, внедрение процедуры медиации в Индии как альтернативному судебному разбирательству способа урегулирования спора осуществлялось по нескольким направлениям: популяризация данного способа, подготовка кадров – обучение медиаторов, создание учреждений предлагающих услуги по обучению медиаторов и их услуги по урегулированию споров внедрение процедуры медиации через суды.

---

<sup>5</sup> <https://imimediation.org/qap-profile-iiam>

<sup>6</sup> <http://supremecourtfindia.nic.in/MEDIATION%20TRAINING%20MANUAL%20OF%20INDIA.pdf>

## Наследственное право Китая

**О. В. Протопопова**

*к.ю.н., доцент кафедры гражданского и трудового права  
юридического факультета  
Российского университета дружбы народов  
Тел.: 8 (495)433-14-28*

В статье исследуется эволюция наследственного права Китая, дана характеристика наследственного законодательства КНР.<sup>1</sup>

**Ключевые слова:** наследственное право, Китай, наследники, завещание.

В Китайской народной республике наследственное право представляет собой самостоятельную отрасль права, не входящую ни в систему гражданского, ни семейного права. Хотя исторически в Китае правовые нормы, регулирующие отношения наследования, входили в состав брачно-семейного права, поскольку к принятию наследства могли призываться только члены семьи умершего. В соответствии с принятым в то время порядком наследования глава семьи до своей смерти оставался собственником всего имущества, которым могли пользоваться все члены так называемой расширенной семьи.<sup>2</sup> Раздел имущества происходил только после смерти отца. Все имущество делилось поровну между его сыновьями. Дочери отстранялись из числа наследников.

Современные наследственные отношения регулируются Законом «О наследовании»<sup>3</sup>, который состоит из 5 разделов: I- Общие положения; II-Наследование по закону; III-Наследование по завещанию и завещательный дар; IV- Распоряжение наследством; V- Дополнительные положения.

Конституция КНР и Закон «О наследовании» устанавливают общие принципиальные положения в области наследственного права в КНР. В соответствии со ст.13 Конституции КНР государство охраняет права граждан на частную собственность и право наследования. Закон «О наследовании» в статье 1 устанавливает, что настоящий закон принят с целью защиты права граждан на наследование частного имущества.

Наследство открывается только после смерти наследодателя (ст.2 Закона). Это означает, что при жизни наследодателя никто из наследников (как по закону, так и по завещанию или иному основанию наследования) не вправе требовать передачи им имущества наследодателя.

---

<sup>1</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта N 14-03- 0665а "Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона" по конкурсу РФФИ 2014 г.

<sup>2</sup> Расширенная семья – это семья, состоящая из более чем двух поколений родственников или из нескольких супружеских пар и их детей, проживающих вместе и ведущих совместное хозяйство (См. Почагина О. Отечественные записки/2008, №3)

<sup>3</sup> Закон КНР «О наследовании» принят 3-й сессией Всекитайского собрания народных представителей шестого созыва 10 апреля 1985 г.- <http://chinahelp.me/notary/zakon-knr-o-nasledovani>

Наследоваться может только индивидуальное законное имущество, оставшееся после смерти гражданина (ст.3 Закона). Законом устанавливается перечень имущества, составляющее наследственную массу. Это: доходы, дом, денежные сбережения, предметы обихода, деревья, скот, домашняя птица, культурно-исторические ценности, печатные материалы, средства производства, обладание которыми разрешено законом, авторские права, права, вытекающие из патентного законодательства, имущественные права. Данный перечень не является исчерпывающим, наследование возможно в отношении и иного законного имущества гражданина.

Закон устанавливает круг лиц, которые признаются наследниками умершего. Их состав зависит от основания наследования.

Принцип свободы завещания – основополагающий принцип наследственного права КНР. В Законе «О наследовании» закреплено право гражданина на составление завещания, а не его обязанность. Оформленное в соответствии с требованиями закона завещание в любое время может быть отменено или изменено. Помимо завещания гражданин может распорядиться своим имуществом на случай смерти с помощью завещательного дара или договора содержания под завещательное дарение.

К одному из главных принципиальных положений наследственного права КНР относится положение о равенстве мужчин и женщин в наследственных правах (ст.9 Закона). Исторически женщины в Китае на протяжении веков не участвовали в наследовании: вдова и замужние дочери не призывались к наследованию, незамужние дочери наследовали только половину той доли, что им причиталась, наследство после смерти женщины не открывалось вообще.

Днем открытия наследства признается день смерти наследодателя. Не наследуют друг после друга граждане, умершие в пределах одних суток (в один день). В этом случае наследство открывается после каждого из них. Отстраняются от наследования (как по закону, так и по завещанию) лица, совершившие одно из перечисленных в Законе действий: 1) умышленное убийство наследодателя, 2) убийство других наследников с целью завладения наследством, 3) оставление наследодателя без содержания и ухода или жестокое обращение с ним при отягчающих обстоятельствах, 4) подделка, изменение в свою пользу или уничтожение завещания при отягчающих обстоятельствах (ст.7 Закона).

Законом установлен срок, равный двум годам, в течение которого наследники вправе в судебном порядке защитить нарушенные права. Начинает течь срок со дня, когда наследник узнал или должен был узнать о нарушении своих прав. Указанный срок не подлежит продлению или восстановлению, его истечение прекращает право лица на обращение в суд.

В Китайской народной республике законом установлено несколько оснований для наследования:

- по закону;
- по завещанию;
- по завещательному дару;
- по договору содержания под завещательное дарение.

Наследование по закону. Предусматривается две очереди наследников. При наличии наследников первой очереди наследники второй очереди к наследованию не призываются. К наследникам первой очереди закон относит: пережившего супруга, детей (рожденных в браке, внебрачных, приемных, а также пасынков и падчериц, находившихся на иждивении умершего), родителей (кровные и приемные родители, отчим и мачеха, находившиеся на иждивении умершего). В качестве наследников первой очереди рассматриваются сноха или зять, которые несли основную обязанность по содержанию свекра, свекрови, тестя, тещи.

Внуки наследодателя наследуют его имущество по праву представления, т.е. только в том случае, если ко дню открытия наследства детей наследодателя нет в живых. Их доля наследуется детьми (внуками наследодателя).

К наследникам второй очереди относятся братья и сестры (полнородные и неполнородные, приемные братья и сестры, братья и сестры, находившиеся на иждивении умершего), дед и бабка со стороны отца и матери (ст.11 Закона).

По общему правилу доли наследников первой очереди равны. Однако наследники своим соглашением вправе отступить от принципа равенства долей.

Закон устанавливает обстоятельства, которые должны быть учтены при разделе имущества, что повлечет за собой изменение размера долей наследников. Так, при разделе наследственного имущества должно учитываться положение нетрудоспособных наследников, которые являются таковыми в силу особых жизненных обстоятельств. На увеличение доли могут претендовать наследники, которые несли основную обязанность по содержанию наследодателя или проживали совместно с ним. Тем же наследники, которые были в состоянии содержать наследодателя, имели для этого условия и средства, но не выполняли эту обязанность, при разделе наследства доля не выделяется, либо подлежит уменьшению (ст.13 Закона)

В то же время доля в наследстве может быть выделена иным лицам (не из числа наследников), если они будучи ограниченно трудоспособными либо не имея источников существования, находились на иждивении наследодателя или несли основную обязанность по содержанию наследодателя.



При разделе наследства должна быть учтена доля зачатого, но еще не родившегося ребенка (ст.28 Закона).

Наследование по завещанию. В круг наследников по завещанию входят один или несколько наследников из числа наследников по закону. По завещательному дару наследодатель может распорядиться имуществом по своему усмотрению, подарив его государству, коллективу (организация коллективной собственности) или иным физическим лицам не из числа законных наследников.

По общему правилу завещание должно быть самостоятельно составлено и подписано собственноручно завещателем с указанием дня, месяца и года его составления. При отсутствии возможности самостоятельно составить завещание, оно может быть составлено иным лицом, но в присутствии двух или более свидетелей. Подписывается такое завещание его составителем, завещателем и другими свидетелями.

Допускается составление завещания в форме звукозаписи, но при этом необходимо присутствие двух и более свидетелей в месте составления завещания.

При чрезвычайных обстоятельствах закон разрешает сформулировать завещание в устной форме, сделанному в присутствии двух и более свидетелей. Если чрезвычайные обстоятельства отпали, завещатель вправе составить письменное завещание или в форме звукозаписи. Устное завещание в этом случае теряет силу. В статье 18 Закона «О наследовании» перечислены лица, которые не могут выступать в качестве свидетелей при составлении завещания. К ним отнесены: 1) недееспособные и ограниченно дееспособные лица; 2) наследники и лица, получающие дар; 3) лица, связанные интересами с наследниками и лицами, получающими дар.

Свобода завещания ограничена необходимой долей наследства, на которую имеют право наследники ограниченно трудоспособные или не имеющие источников существования. Размер такой доли закон не указывает.

Удостоверение завещание осуществляется в нотариальных органах. Завещатель вправе отменить, изменить самостоятельно составленное завещание. Действует правило хорошо известное законодательству многих стран – более позднее по времени завещание отменяет или изменяет завещание, составленное ранее. Нотариально удостоверенное завещание не может быть отменено или изменено завещанием, составленным самостоятельно или несамостоятельно, а также составленное в форме звукозаписи.

Завещание может быть составлено полностью дееспособным лицом. Составление завещания недееспособным или ограниченно дееспособным лицом влечет его недействительность (ст.22 Закона). Завещание должно выражать действительную волю завещателя. Завещание, составленное под влиянием обмана, угрозы, признается

недействительным. Недействительно также поддельное завещание. В случае, если имело место незаконное изменение завещания в чью-либо пользу, то недействительной признается измененная часть завещания.

Договор содержания под завещательное дарение. Гражданин может заключить договор с опекуном или с организацией коллективной собственности о завещательном даре, в соответствии с которым опекун или организация коллективной собственности берут на себя обязательство по обеспечению гражданина при его жизни и по организации его похорон и приобретают право на получение завещательного дара.

В случае наследников и лиц, получающих завещательный дар, наследство переходит в собственность государства. Если при жизни гражданин состоял членом организации коллективной собственности, наследство переходит в собственность такой организации (ст.32 Закона).

Наследники, вступая в наследство, обязаны уплатить налоги и погасить долги наследодателя в пределах действительной стоимости наследства. Завещательный дар не освобождает дарителя от уплаты налогов и погашения долгов, которые он должен уплатить и погасить согласно закону (ст.34 Закона).

## Судебная система Малайзии

**Е.П. Русакова**

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

В статье представлен анализ судебной системы Малайзии, структура и полномочия судов, специфические черты правовой системы.<sup>1</sup>

**Ключевые слова:** неписаное право, мусульманское право, высокий суд, апелляционный суд, федеральный суд.

Правовая система Малайзии включает в себя законы, которые возникли из трех существенных периодов в истории Малайзии: Султанат Малакка, распространение ислама в Юго-Восточной Азии, и после этого превращение в самобытную культуру британского колониального правления, которая представляла собой конституционное правительство и английское общее право.

Малазийскую правовую систему можно разделить на две большие категории: писаное и неписаное право. "Неписаное право" это законодательство, которое не принимается и не находится в ведении ни федеральной конституции Малайзии, ни конституций отдельных штатов. Эта категория закона возникает из случаев, рассмотренных в судебном порядке с применением местных обычаев, известных как нормы "общего права". "Писаное право" - это законодательство, содержащееся в федеральной и конституциях штатов, кодифицированных актах или статутах.

Мусульманское право применяется только к мусульманам, согласно принятой федеральной Конституции. Законодательное собрание штата вправе издавать (исламские) законы, затрагивающие права и обязанности лиц, исповедующих религию ислама. Такие законы регулируются отдельной системой судов: судами Шариата. Законодательное собрание штата также вправе в соответствии с конституцией, определять порядок создания и производство в судах Шариата.

Писаное право попало под сильное влияние английских законов, так как правовая система Малайзии во многом восприняла черты английской правовой системы. Тем не менее, обе эти системы права также находились под влиянием права Австралии и Индии<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> В статье представлены выводы исследовательского проекта N 14-03-665а "Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона" (конкурс РГНФ 2014 г.)

<sup>2</sup> Baker & McKenzie. Dispute Resolution Around the World. Режим доступа: <http://www.bakermckenzie.com/dr/disputeresolutionaroundworld/>

С тех пор, как в 1957 году Малайзия обрела независимость, законы Англии, хотя по-прежнему часто применяются в Малайзии, являются условными и повергаются ограничениям. Эти ограничения закреплены в Разделе 3 (1) Закона о гражданском праве 1956 г., который предусматривает, что: "Общее право, право справедливости и статуты могут применяться в исключительных случаях, если местные органы штатов сочтут это необходимым". Таким образом, английские законы могут применяться только в тех случаях, когда имеются пробелы в законодательстве самой Малайзии.

Судебная система Малайзии также находится под сильным влиянием системы английских судов, и подразделяется на нижестоящие суды и высшие суды. Самым низшим звеном судебной системы являлись суды «Пенгулу», которыми руководят главы данных поселений, назначаемые местными органами власти данных районов. Однако, 1 марта 2013 года суды «Пенгулу» были упразднены.

В штатах Сабах и Саравак самым низшим звеном судебной системы являются местные суды, рассматривающие дела в соответствии с местным законам и обычаями коренных народов этих двух штатов.

Кроме того, в Малайзии существуют мировые суды, которые относятся к низшему звену судов и рассматривают незначительные гражданские и уголовные дела. Мировые судьи разделены на классы: первый и второй. Вторых в настоящее время не назначают. Уголовные дела подсудные мировому судье первого класса составляют преступления, наказание за которые не превышает 10 лет или предусмотрен штраф, согласно разделу 87 (1) Закона о Нижестоящем суде 1948 года. Мировым судам подсудны дела, в которых искивые требования не превышают 100 000 ринггитов.

Суды Сессий являются высшей ступенью из нижестоящих судов, рассматривают дела, не превышающие 1000000 ринггитов, согласно вышеуказанному закону. Исключение составляют дела, касающиеся дорожно-транспортных происшествий, земельные или связанные с наложением ареста на имущество в обеспечении долга. Кроме того, стороны процесса могут заключить соглашение в письменной форме о передаче спора суду Сессий, вне зависимости от суммы иска.

Следующим звеном судебной системы Малайзии являются два высоких суда Малайзии: Высокий суд Малайи и Высокий суд штатов Сабах и Саравак. Эти два Высоких суда в Малайзии являются надзорными инстанциями по решениям, вынесенным нижестоящими судами по уголовным и гражданским делам. Высокие суды обладают неограниченной компетенцией по гражданским делам, где требования превышают 1000000 малазийских ринггитов.

Высокие суды рассматривают дела, касающиеся: законности заключения брака и бракоразводные дела; дела о банкротстве; связанные с опекой и попечительством; наследственные; договорные; связанные с исполнительным производством и другие.

Высокие суды рассматривают все уголовные дела, в том числе по преступлениям наказание за которые предусматривает смертную казнь, за исключением дел рассматриваемых по мусульманскому праву (шариата).

Верховный Суд Малайи в Куала-Лумпуре имеет следующую структуру: (а) Коммерческий отдел; (б) Апелляционный отдел; (в) Гражданский отдел; (г) Уголовный отдел.

Апелляционный Суд является вторым по величине судом в Малайзии и высшей судебной инстанцией, а также рассматривает жалобы на решения Высоких судов, как по гражданским, так и уголовным делам. По делам, где исковые требования меньше, чем 250000 малайзийских ринггитов или дела по установлению бесспорных фактов, для подачи жалобы вначале должно быть получено разрешение. Апелляционный суд также является наивысшей судебной инстанцией по обжалованию решений нижестоящих судов.

Федеральный суд - высшая судебная инстанция в Малайзии, рассматривает обращения на решения Апелляционного суда, если посчитает это – необходимым, а также уголовные дела, если они не были рассмотрены нижестоящими судами.

Кроме того существует суд рассматривающий споры, с участием детей, так называемый ювенальный суд, за исключением преступлений наказание за совершение которых предусмотрено в виде смертной казни, в этом случае дело должно быть рассмотрено высшими судами. Споры с участием детей, то есть лицами, не достигшими 18-летнего возраста, регулируются Законом о детях 2001 года.

В 1993 году был создан специальный суд по рассмотрению дел о совершении преступлений или проступков правителем Малайзии, включая королей, султанов и других правителей самостоятельных территорий, входящих в состав Малайзии<sup>3</sup>, а также все гражданские дела, возбужденные по их инициативе или против них. Председательствующим по таким делам является главный судья Федерального суда при поддержке 4х ассистентов, а именно: двух главных судей Высокого суда и двух лиц, выбранными правителями.

Суд Шариата рассматривает только вопросы, относящиеся к исламскому праву и семейное право лиц, исповедующих религию ислам. Однако Суд Шариата не имеет права осуществлять свою юрисдикцию в отношении любого преступления, которое наказывается лишением свободы сроком до трех лет и / или любым штраф в размере свыше 5,000

---

<sup>3</sup>Конституция Малайзии/Constitution of Malaysia:Article 43-2  
[https://en.wikisource.org/wiki/Constitution\\_of\\_Malaysia#Article\\_43](https://en.wikisource.org/wiki/Constitution_of_Malaysia#Article_43)

малазийских ринггитов. Шариатский суд не является открытым судом для всех адвокатов и юристов Малайзии. Данный Суд признает только шариатских юристов, которые должны обладать достаточными знаниями об Исламском Законе.

Все судоустройство Малайзии урегулировано: Законом о судопроизводстве 1962, Законом о профессиональной деятельности в области юриспруденции 1976, Законом о национальных судах (по уголовным делам) 1991, Общим законом о нотариусах 1959, Законом о представительстве 1949, Законом о взаимном исполнении решений 1958, Законом о нижестоящих судах 1948, Законом об осуществлении правосудия нижестоящими судами и другими.

Параллельно существует система государственного Шариатского судов с ограниченной юрисдикцией по вопросам государственного исламского (шариат) права. В Шариатский суды обладают юрисдикцией только в отношении вопросов, касающихся мусульман, и в общем случае может проходить только наказания не более трех лет лишения свободы, штраф до 5 RM от,000, и/или до шести ударов прутом.

#### **Трибунал по мелким исковым заявлениям**

В Трибунал по мелким исковым заявлениям при Мировом Суде направляются иски, не превышающие размер в 5,000 малазийских ринггитов. Данный Трибунал призван упростить процедуру сбора мелких долгов в неформальной атмосфере. Юридическое представительство с использованием адвокатов не допускается и стороны должны представлять себя самостоятельно. Так как по закону, во всех судебных разбирательствах, компании должны быть представлены адвокатами, в Трибунале по мелким исковым заявлениям иски, связанные с компаниями, не рассматриваются.

Иски должны быть составлены в установленной форме, затем их подают в Трибунал. Истец обязан заявить о сумме иска, сведениях о нем, соответствующих датах и основаниях подачи иска также в установленной форме. Судебный процесс проводится в непринужденной и неформальной обстановке. Несмотря на то, что в Трибунале применяются обычные правила доказательства, касаясь процедуры, связанной с техникой для доказательства аргументов, Трибуналом вряд ли будут использоваться. Судебный процесс, как правило, проводится на малайском языке перед мировым судьей. При необходимости, стороны могут обратиться с просьбой провести разбирательство на английском языке. По окончании судебного разбирательства, Мировой Суд выносит решение, которое впоследствии вступает в законную силу.

#### **Нижестоящие суды**

Нижестоящие суды делятся на две категории, а именно: Мировые Суды и Суды Заседаний. Данные нижестоящие суды обладают юрисдикцией по рассмотрению мелких

гражданских и уголовных дел. Апелляции на решения нижестоящих судов следует подавать в Верховный Суд.

### **Мировой Суд**

В подавляющем большинстве, Мировые Суды занимаются и гражданскими и уголовными делами, и располагаются практически во всех крупных городах Малайзии. Мировой суд под председательством мирового судьи (Магистра) обладает юрисдикцией по рассмотрению гражданских дел, где сумма спора или значение предмета спора не превышает размера 25,000 малайзийских ринггитов; и, как правило, всех уголовных дел, за которые максимальное наказание не превышает десяти лет лишения свободы или наказание в виде штрафа не превышает размера 10,000 малайзийских ринггитов. Тем не менее, следует отметить, что Магистр не может вынести решение о лишении свободы сроком более пяти лет.

### **Суды Заседаний**

Суд Заседаний под председательством судьи Заседаний, является высшим звеном Нижестоящих судов. Суд Заседаний может рассматривать гражданские дела, где сумма спора не превышает 250,000 малайзийских ринггитов, и обладает неограниченной юрисдикцией в рассмотрении дел, связанных с дорожно-транспортными происшествиями и арендными спорами. Суд Заседаний обладает юрисдикцией на рассмотрение любых уголовных дел, за исключением тех, которые наказываются смертью.

### **Верховный Суд**

Юрисдикция Верховного Суда является оригинальной, апелляционной и наблюдательной. При осуществлении своей первоначальной (оригинальной) юрисдикции, он может рассматривать любые гражданские и уголовные дела. Любой гражданский иск, который не может быть рассмотрен Нижестоящими судами, относится к Верховному Суду. Однако, уголовные дела, связанные с преступлениями, за которые не предусмотрена смертная казнь, Верховный Суд рассматривать не может, за исключением случаев, когда лицо, совершившее преступление не было должным образом передано в Мировой Суд или Суд Заседания.

Существует два Верховных Суда со схожей юрисдикцией и статусом: Верховный Суд Малайи и Верховный Суд Сабах и Саравак. Данные Верховные Суды также установили собственные ветви в разных штатах страны, обладающие местной юрисдикцией. Каждая ветвь Верховного Суда обладает юрисдикцией, если:

- (а) установлена причина иска;
- (б) ответчик или один из обвиняемых проживает здесь или имеет свое место бизнеса;
- (в) факты, на которых основаны разбирательства, действительно существуют;

(г) любая земля, собственность которой оспаривается, расположена в местная юрисдикции Суда.

Верховный Суд Малайи в Куала-Лумпуре имеет следующую структуру:

- (а) Коммерческий отдел;
- (б) Апелляционный отдел;
- (в) Гражданский отдел;
- (г) Уголовный отдел.

При осуществлении своей апелляционной юрисдикции, Верховный суд рассматривает апелляции от Мировых Судов и Судов Заседаний.

В последние годы, Верховным Судом были созданы специальные суды в Куала-Лумпур для исламской банковской деятельности (Муаламат), интеллектуальной собственности, вопросов коррупции: новые Арбитражные суды (NCC), новые Гражданские суды (NCvC) по всей стране.

#### **Апелляционный Суд**

Апелляционный суд обладает юрисдикцией по рассмотрению и разрешению любого уголовного спора в отношении решений, вынесенных Верховным Судом. Он также обладает юрисдикцией по рассмотрению гражданских дел, где сумма иска является не ниже, чем 250,000 малайзийских ринггитов. Апелляционный Суд является вторым по величине судом в Малайзии и председателями являются три судьи Апелляционного суда.

#### **Федеральный Суд**

Федеральный суд является высшей судебной инстанцией в Малайзии. Все делопроизводства ведутся, по крайней мере, тремя федеральными судьями. Федеральный Суд имеет три юрисдикции: оригинальную, консультативную и апелляционную, но он не охватывает вопросы юрисдикции Суда Шариата. Оригинальная юрисдикция Федерального суда позволяет ему рассматривать дела, связанные с конституционными вопросами. Консультативная юрисдикция позволяет разрешать любые споры, переданные ему Королем. Федеральный суд также рассматривает апелляции по гражданским и уголовным делам Апелляционного Суда.

#### **Специальный Суд**

Специальный суд был создан в 1993 году, согласно статье 182 Федеральной Конституции. Специальный суд рассматривает все правонарушения, совершенные главами государств (монархов), а также все гражданские дела, возбужденные по их инициативе или против них. Председателем является главный судья Федерального суда при поддержке 4х ассистентов, а именно: 2х главных судей Верховного Суда и 2х лиц, назначенных на Конференции Правителей.



## **Другие трибуналы**

### **Промышленный суд**

Промышленный суд является арбитражным трибуналом и не рассматривается в качестве гражданского суда. Промышленный суд создан и действует на основе Закона о производственных отношениях 1967 года. Функция Промышленного суда состоит в том, чтобы рассматривать споры между работниками и работодателями, вытекающие из предполагаемых необоснованных увольнений, где работник желает получить компенсацию за возмещение убытков. Решение Промышленного суда будет приведено в исполнение в том же порядке, что и обычное судебное решение. Оно также может быть отменено путем составления заявления о его отмене в Верховный Суд.

### **Трудовой суд**

Трудовой суд является административным судом, прежде всего, призванный разрешать споры между работодателями и работниками, относящиеся к нарушению условий договора (ов) занятости, в том числе выплате заработной платы и других вопросов, возникающих в соответствии с Законом о занятости и его подзаконных актах. Решения Трудового суда не является окончательным и может быть обжаловано в Верховном суде. Любой сотрудник, желающий, чтобы его спор был рассмотрен в Трудовом суде, должен подать жалобу Генеральному Директору суда в течение шестидесяти дней с момента подписания договора, из-за которого возник спор.

### **Суд Шариата**

Суд Шариата рассматривает только вопросы, относящиеся к исламскому праву и семейное право лиц, исповедующих религию ислам. Однако Суд Шариата не имеет права осуществлять свою юрисдикцию в отношении любого преступления, которое наказывается лишением свободы сроком до трех лет и / или любым штраф в размере свыше 5,000 малайзийских ринггитов. Шариатский суд не является открытым судом для всех адвокатов и юристов Малайзии. Данный Суд признает только шариатских юристов, которые должны обладать достаточными знаниями об Исламском Законе.

### **Трибунал для потребительских исков**

Трибунал для потребительских исков решает вопросы, затрагивающие исключительно потребителей. Он может рассматривать дела, сумма иска которых не превышает 25,000 малайзийских ринггитов. Тем не менее, стороны могут обратиться в Трибунал, несмотря на то, что сумма иска превышает установленные пределы в случае, если в письменном соглашении между сторонами сказано, что данный спор подлежит рассмотрению в Трибунале для потребительских исков. Трибунал не может решать вопросы, касающиеся земли; завещания или урегулирования торговых споров в отношении коммерческой тайны

или интеллектуальной собственности. Решение Трибунала является окончательным и обязательным к исполнению.

### **Трибунал для исков, связанных с недвижимостью**

Трибунал для исков, связанных с недвижимостью был сформирован согласно Жилищному Кодексу 2002 года для того, чтобы рассматривать споры, связанные с жалобами покупателей на продавца имущества. Покупатели, которые подписали договоры купли-продажи 1 декабря 2002 года или после этой даты, могут обойти затяжной и дорогостоящий процесс рассмотрения дела, подав в суд лишь иск о своей претензии за символическую плату в 10 малайзийских ринггитов. Юрисдикция Трибунала ограничивается суммой исков, где общее количество не превышает 50,000 малайзийских ринггитов если обе стороны не договорятся об ином в письменной форме.

## Услуга как объект предпринимательской деятельности

**Д. Ш. Сангинов**

*К.ю.н., доцент, зав. кафедрой предпринимательского  
и коммерческого права юридического факультета  
Таджикского национального университета (Душанбе)  
734025, Таджикистан, Душанбе, пр. Рудаки, 17  
[doniyor\\_sanginov@mail.ru](mailto:doniyor_sanginov@mail.ru)*

В данной статье анализируется предпринимательское законодательство Республики Таджикистан и научные мнения о понятии услуги. На основе анализа предлагается авторское понятие услуги и способы устранения противоречий в законодательстве по данному вопросу.

**Ключевые слова:** услуга, действие, деятельность, объект права, экономическая и юридическая категория.

С развитием рыночных отношений страны возникновение целого ряда различных видов услуг, в которых граждане, юридические лица, а также государство испытывают потребности, стало объективной необходимостью. Несмотря на развитие правоотношений в предпринимательском законодательстве отсутствует легальное определение понятия «услуги». Это не позволяет выработать единообразного понимания этой правовой категории в теории предпринимательского права и единообразного применения соответствующих норм законодательства в правоприменительной практике.

К объектам хозяйственных прав предпринимателя относятся вещи, деньги и услуга. В зависимости от их экономического содержания, физических и иных свойств объекты хозяйственных прав могут быть классифицированы по различным основаниям, в частности на оборотоспособные, изъятые из оборота, ограниченные в обращении. Объекты хозяйственных прав, которые могут принадлежать лишь определенным участникам оборота либо нахождение которых в обороте допускается по специальному разрешению, называются ограниченно оборотоспособными. Виды этих объектов определяются в установленном законом порядке<sup>1</sup>.

В таких условиях является актуальным научное исследование понятия услуги и отграничение этого объекта от других схожих объектов. Для определения понятия услуги необходимо анализировать законодательство и мнения учёных по данному вопросу.

В Гражданском кодексе Республики Таджикистан услуга как вид объекта гражданского права наряду с вещью, деньгами, в том числе иностранной валютой, ценными бумаги, работой, информацией, действием, результатом творческой интеллектуальной деятельности, фирменным наименованием, товарным знаком и иными средствами индивидуализации изделий, имущественными правами и другим имуществом относится к имущественным

---

<sup>1</sup> Сангинов Д.Ш. Предпринимательское право Республики Таджикистан. Учебное пособие. Второе издание с изменениями и дополнениями. Душанбе: «ЭР-граф», 2013. С.163.

благам и правам (имуществу)<sup>2</sup>. В ст. 797 ГК РТ предусматривается, что «По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услугу (совершать определенные действия или осуществлять определенную деятельность), не имеющую вещественной формы, а заказчик обязуется оплатить указанную услугу»<sup>3</sup>. В отдельных статьях части первой (ч.3 ст.1, ч.1.ст.118, ч.1 ст.128, ч.1 ст.135, ст.152, ч.2 ст.192, ст.428, ч.3 ст.456, ч.1 ст.458, ч.2 ст.458, ч.3 ст.458, ч.1 ст.461), части второй (ч.3 ст. 589, ч.1 ст.616, ч.2 ст.633, ч.1 ст.653 ч.1 ст.656, ч.4 ст.656 ч.1 ст.662, ч.1 ст.663, ст.670, ч.6 ст.721, ч.1 ст.743, ст.777, ст.797-803, ч.1 ст.821, ч.1 ст.843, ч.1 ст.844, ч.1-2 ст.844, ч.1-2 ст.875, ч.1 ст.877, ч.4 ст.886, ч.2 ст.913, ч.2 ст.958, ч.2 ст. 962, ст.963, ст.965, ч.2 ст.973, ст.1001, ч.2 ст.1108, ст.1111-1114, ч.2 ст.1120) и части третьей (ч.1 ст.1125, ст.1126 ч.2 ст.1152, ч.1 ст.1227)<sup>4</sup> Гражданского кодекса Республики Таджикистан используется слово услуга.

Анализ норм части первой, второй и третьей ГК РТ является доказательством того, что в ГК РТ под услугой понимается «совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности, не имеющей вещественной формы».

Но понятие услуги, предусмотренное в Законе Республики Таджикистан "О Государственных закупках товаров, работ и услуг», который является составной частью гражданского законодательства, не соответствует нормам ГК РТ. Услуги в соответствие с данным Законом - это «результаты интеллектуальной деятельности и работ, не связанных с изменением свойств материальных благ»<sup>5</sup>. В то же время нормы отдельных нормативно-правовых актов Республики Таджикистан, регулирующие некоторые вопросы услуг, противоречат ГК РТ. Например, нормы Законов Республики Таджикистан "Об индексации доходов населения с учетом роста цен на потребительские товары и услуги"<sup>6</sup>; "О торговле и бытовом обслуживании"<sup>7</sup>; "Об оценке соответствия"<sup>8</sup> и т.д.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс Республики Таджикистан от 30 июня 1999 г. (Часть первая)// Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан 1999г., №6, ст.153; 2001г.,№7, ст.508; 2002г., №4, ч.1. ст. 170; 2005., №3, ст.125; 2006г., №4, ст.193; 2007г., № 5ст.356; 2010г., №3, ст.156; 2010г., №12, ст.802.

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Республики Таджикистан от 11 декабря 1999 г. (Часть вторая)// Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан 1999г., №12, ст. 323; 2002г, №4, ч.1. ст. 170; 2006г, №4, ст. 193; .2009г., №12, ст.821 2010г,№7, ст.540.

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Республики Таджикистан от 01.03.2005г. (Часть третья)// <http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/codecs/08.01.2014г>.

<sup>5</sup> Закон Республики Таджикистан от 3 марта 2006 года, №168 "О Государственных закупках товаров, работ и услуг">// Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан 2006г, №3 ст 158.

<sup>6</sup> Закон Республики Таджикистан от 27 декабря 1993 г., №891 "Об индексации доходов населения с учетом роста цен на потребительские товары и услуги">// Вед. ВС РТ 1994 год, № 1, ст. 22; АМОПТ 1997год, № 9, ст. 117.

<sup>7</sup> Закон Республики Таджикистан от 19 марта 2013 года, № 943 "О торговле и бытовом обслуживании">// <http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/250/08.01.2014г>.

<sup>8</sup> Закон Республики Таджикистан от 2 августа 2011 года № 759 "Об оценке соответствия">// Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан 2011г., №7-8, ст. 613.

Все эти противоречия в законодательстве являются обоснованием для того, чтобы анализировать мнения учёных и совершенствовать гражданское законодательство о понятии услуги.

Акцент в определении услуги как экономической категории в дефиниции Я.Ф. Фархтдинова смещен в сторону услуги как потребительной стоимости: «это особая потребительная стоимость (благо), которая создается трудом вследствие присущего ему полезного характера и поддается учету, планомерному распределению, но реализуется не как товар, не может накапливаться и размещаться в хранилищах»<sup>9</sup>. По мнению Е.Г. Шабловой "Услуга - способ удовлетворения индивидуальной потребности лица, который связан с нематериальным результатом деятельности исполнителя, допускаемой действующим правопорядком, на возмездных началах"<sup>10</sup>. В понимании Ю.В. Никоноровой: «В гражданском праве услуги выступают в качестве объекта гражданско-правового регулирования и в качестве объекта гражданских прав. При этом объект обязательственного правоотношения может рассматриваться как благо, которое составляет непосредственный интерес для управомоченного субъекта и по поводу которого субъекты гражданского правоотношения осуществляют деятельность в процессе реализации субъективных гражданских прав и обязанностей»<sup>11</sup>.

Е.А. Пучков предлагает следующее авторское определение: «Услуга представляет собой двухстороннюю деятельность, направленную на создание (достижение) и передачу заказчику для его личного использования желаемого и согласованного результата. Этот результат может быть как материальным, так и нематериальным»<sup>12</sup>. Л.В. Санникова сделан вывод о том, что услуги как объект гражданско-правового регулирования представляют собой определенный вид общественных отношений, экономическая сущность которых заключается в осуществлении деятельности, направленной на удовлетворение потребностей участников имущественного оборота. Под «услугами» исследователем понимались действия услугодателя по сохранению или изменению состояния невещественных благ (неимущественных прав, информации, нематериальных благ), совершаемые в пользу услугополучателя<sup>13</sup>. Она же потом отмечает, что: «Услугами признаются действия услугодателя по сохранению или изменению состояния невещественных благ

<sup>9</sup> Фархтдинов Я.Ф. Правовое регулирование транспортно-экспедиционного обслуживания граждан. Казань. 1977. С. 8-9.

<sup>10</sup> Шаблова Е.Г. Гражданско-правовое регулирование отношений возмездного оказания услуг. Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург. 2003. С.11.

<sup>11</sup> Никонорова Ю.В. Гражданско-правовое регулирование договора на туристическое обслуживание в Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С.8.

<sup>12</sup> Пучков Е.А. Правовое регулирование договора возмездного оказания услуг. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С.12.

<sup>13</sup> Санникова Л.В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 16.

(имущественных прав, информации, нематериальных благ), совершаемые им в пользу услугополучателя»<sup>14</sup>.

Н.А. Баринов указывает на то, что «услуга - это полезный эффект, возникающий в процессе производительного труда как целесообразной деятельности»<sup>15</sup>. Д.И. Степанов под «услугой» в гражданском праве понимает разновидность объектов гражданских правоотношений, которая выражается «в виде определенной правомерной операции, то есть в виде ряда целесообразных действий исполнителя либо в деятельности, являющейся объектом обязательства, имеющей нематериальный эффект, неустойчивый вещественный результат, либо овеществленный результат, связанный с другими договорными отношениями, и характеризующейся свойствами осуществимости, не отделимости от источника, моментальной потребляемости, неформализованного качества»<sup>16</sup>. М.В. Кротов отмечает, что «Услуга как категория гражданского права есть отражение (выражение) одного из элементов имущественного отношения. Понятием имущественных отношений охватываются отношения, которые складываются по поводу имущества»<sup>17</sup>.

В исследовании О.М. Щуковской, посвященном регулированию деятельности по оказанию правовых услуг, предоставлено доктринальное определение услуги, оно следующее: «Услуга - это вид блага, служащий средством удовлетворения потребностей за счет осуществления деятельности (посредством совершения действий) одним субъектом, в полезных свойствах которой и состоит субъективный интерес другого субъекта и на которую у последнего возникает право требования»<sup>18</sup>. В.В. Кванина выделяет услуги в широком и узком смысле: «Под услугой в широком смысле следует понимать любую деятельность, не имеющую овеществленного результата (поручение, хранение, комиссия, перевозка, медицинские, образовательные услуги и др.). А в узком смысле слова под услугой следует понимать деятельность, которая непосредственно направлена не на вещь, а на личность услугополучателя»<sup>19</sup>.

Т.Э. Погудина отмечает, что «Услуга - это деятельность (действие) гражданина или юридического лица (исполнителя), направленная на удовлетворение потребностей других лиц, имеющая неовещественный, неотделимый от нее самой и личности исполнителя результат, который не может быть гарантирован»<sup>20</sup>. С.С. Алексеев отмечал, что услуги - это

---

<sup>14</sup> Санникова Л.В. Обязательства об оказании услуг в Российском гражданском праве. Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С.9.

<sup>15</sup> Баринов Н.А. Услуги (социально-правовой аспект): монография. Саратов, 2001. С.9.

<sup>16</sup> Степанов Д.И. Услуги как объект гражданских прав. М., 2005. С. 217.

<sup>17</sup> Кротов М.В. Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. Ленинград, 1989. С.26.

<sup>18</sup> Щуковская О.М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг. Автореф, дис. ... канд. юрид. наук, СПб., 2001. С.5.

<sup>19</sup> Кванина В.В. Договор на оказание возмездных услуг. Учебное пособие. - Челябинск, 2002. С.31.

<sup>20</sup> Погудина Т.Э. Гражданско-правовая защита сторон договора оказания туристских услуг. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С.34.

"не сама по себе деятельность, а определенный результат"<sup>21</sup>. Н.П. Индюков под услугой понимает потребительную стоимость в форме деятельности (положительный эффект), которая способна удовлетворить те или иные человеческие потребности. При этом положительный эффект неотделим от деятельности (таким образом из сферы услуг исключаются конкретно экономические отношения по выполнению работ в форме создания вещей). Услуги он подразделяет на две группы - материальные и нематериальные. Нематериальные услуги не принимают форму предметной реальности. Их действия направлены на самого субъекта, на создание удобств для услугополучателя. Это услуги информационного характера (справочные службы), услуги юридического характера (комиссия, поручение), услуги, связанные с удовлетворением культурных потребностей. Действия материальных услуг непосредственно направлены на принадлежащий услугополучателю предмет, через который удовлетворяется потребность субъекта. При этом материальные услуги подразделяются на два вида: первому свойственно отсутствие вмешательства в вещественную субстанцию предмета (отношения по хранению, перевозке грузов и т. п.), услуги второго вида направлены на восстановление потребительских свойств имеющихся предметов (стирка белья, химчистка, различные виды ремонта)<sup>22</sup>.

Наиболее распространено определение услуги как деятельности, не имеющей овеществленного результата. В частности, О.С. Иоффе указывал на то, что в договоре услуг идет речь "о деятельности таких видов, которые не получают или не обязательно должны получить воплощение в материализованном, а тем более в овеществленном результате"<sup>23</sup>. Е.П. Грушевая дает следующее определение: «Услуга - это экономическое отношение, но не по поводу результатов труда, а по поводу труда, как деятельности»<sup>24</sup>. А.И. Кочерга считает, что «По своей экономической природе услуга есть определенное общественное отношение, которое складывается по поводу полезного действия труда, потребляемого в качестве товара, вещи или деятельности и присвоения его результатов»<sup>25</sup>.

Заслуживает внимания мнение А.В. Кудряшова о том, что «.. многие ученые-цивилисты и юристы-практики делают вывод, что услуга представляет собой определенную деятельность, направленную на достижение нематериального результата. Признавая теоретическую значимость и практическую ценность этого мнения, полностью согласиться с данной общепризнанной позицией не могу, так как в этом понятии «услуги» объединены

---

<sup>21</sup> Алексеев С.С. Об объекте права и правоотношения // Вопросы общей теории советского права. М., 1960. С. 297.

<sup>22</sup> Индюков Н.П. Услуга как объект гражданского правоотношения / В кн.: Проблемы права социалистической государственности и его социального управления. Свердловск, 1978. С.32-33.

<sup>23</sup> Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 419.

<sup>24</sup> Грушевая Е.П. Обязательство по предоставлению услуг в хозяйственных отношениях // Сов. гос-во. 1982. №1. С. 82.

<sup>25</sup> Кочерга А.И. Сфера обслуживания населения. М., 1979. С. 67.

три самостоятельные правовые категории: деятельность, предшествующая оказанию услуги; деятельность, посредством которой оказывается услуга - собственно услуга; нематериальный результат услуги. Каждой перечисленной правовой категории соответствует отдельный этап правоотношения, имеющий правовую завершенность, и квалифицировать их как единое (причем, не комплексное) понятие означает «уход от истины».

Поэтому необходимо выделить эти элементы правоотношения, возникающего в процессе оказания услуг. Итак, деятельность, предшествующая оказанию услуг предполагает, по моему мнению, совокупность действий, которые необходимо совершить до оказания услуг, например, сформировать с помощью инвестиций материально-техническую базу, в том числе приобрести соответствующее оборудование, материалы, необходимые для оказания услуг; получить лицензию и т.п. Действия или деятельность, посредством которых оказывается услуга - объект правоотношения, определяется мною как согласованные действия или осуществление определенной деятельности обеих сторон правоотношения в целях получения желаемого нематериального результата, под которым (в свою очередь) следует понимать нематериальное благо»<sup>26</sup>.

Н.В. Зайцевой дается авторское определение «услуги». «Услуга - это определенные действия или определенная деятельность, осуществляемая услугодателем добросовестно и разумно для достижения определенной достижимой цели, обозначенной услугополучателем, не создающая или создающая овеществленный результат, который не может в созданной форме и по содержанию являться самостоятельным предметом гражданско-правовых сделок и может использоваться третьими лицами только после его переработки или изменения функционального назначения»<sup>27</sup>. Л.Б. Ситдиковой предлагается авторская дефиниция «услуга», под которою следует понимать действия (деятельность) юридического лица или гражданина - услугодателя, направленные на достижение определенного нематериального результата, удовлетворяющие потребности нуждающихся в них субъектов - услугополучателей, имеющие самостоятельную имущественную ценность и потребляемые в процессе оказания услуги»<sup>28</sup>.

Анализ мнений учёных о понятии услуги показал, что в современной правовой литературе доминирует мнение, что под услугой следует понимать действия или деятельность, осуществляемые по заказу и не имеющие материального результата.

---

<sup>26</sup> Кудряшов А.В. Гражданско-правовые отношения в сфере образовательных услуг. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С.14-15.

<sup>27</sup> Зайцева Н.В. Договор по оказанию медицинских услуг. Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004.С. 7-8.

<sup>28</sup> Ситдикова Л.Б. Правовое регулирование отношений в сфере оказания информационных и консультационных услуг в Российской Федерации. Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С.10-11.



Таким образом, на наш взгляд, под услугой надо понимать «Совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности со стороны субъектов предпринимательских правоотношений, не имеющих вещественной формы». А также, для устранения противоречий в законодательстве предлагаем данное понятие предусмотреть в Законах Республики Таджикистан "Об индексации доходов населения с учетом роста цен на потребительские товары и услуги"; "О Государственных закупках товаров, работ и услуг"; "О торговле и бытовом обслуживании"; "Об оценке соответствия".



## Антиисковые обеспечительные меры в защиту арбитражной оговорки: подходы европейского права

**Е. В. Ситкарева**

*К.ю.н., доцент кафедры гражданского и трудового права  
Российский университет дружбы народов  
117198, Москва, улица Миклухо-Макля, д. 6  
E-mail: [sitkareva@gmail.com](mailto:sitkareva@gmail.com)*

В статье рассматриваются основания, цели и правовые последствия наложения английскими судами антиисковых обеспечительных мер при рассмотрении спора в арбитраже на территории Англии, анализируются различия в отношении судов стран ЕС и иных государств.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, антиисковые обеспечительные меры, anti-suit injunctions, процессуальный запрет, West Tankers

Судебные антиисковые обеспечительные меры "anti-suit injunctions" являются традиционным, прежде всего, в странах англо-саксонского права, правовым механизмом предотвращения и устранения параллельных разбирательств, в том числе, в суде и арбитраже. Между тем их можно встретить и в других правовых системах, в частности Австралии, США, Канаде, Франции, Германии и даже России<sup>1</sup>. Тем не менее, в юридической науке антиисковые меры, в основном, обсуждаются применительно к решениям английских судов.

По характеру и содержанию они являются запретом, выданным судом, имеющим юрисдикцию в отношении спора, против стороны судебного разбирательства инициировать или продолжать судебные разбирательства в другом суде<sup>2</sup>.

Английские юристы называют Антиисковые обеспечительные меры также возможным средством борьбы с нарушением арбитражной оговорки<sup>3</sup>.

Заключая арбитражное соглашение, стороны таким образом косвенно обязуются при возникновении спора инициировать арбитражное производство, воздерживаясь от обращения в государственный суд. В данном случае судебный запрет направлен на исключение других форм разрешения споров. По своей сути судебный запрет является ответной мерой на договорные нарушения<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Подробнее см. Р.М. ХОДЫКИН АНТИИСКОВЫЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ В ЦИВИЛИСТИЧЕСКОМ ПРОЦЕССЕ И МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ "Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: LIBER AMICORUM в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева" (сост. и науч. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина). "Статут", 2013 (СПС КонсультантПлюс). С.134

<sup>2</sup> Там же С. 137

<sup>3</sup> Эндрус Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / пер. с англ.; под ред. Р.М. Ходыкина; Кембриджский ун-т. М.: Инфотропик Медиа, 2012. КонсультантПлюс. С 150. (СПС КонсультантПлюс)

<sup>4</sup> Эндрус Н. Судебное обеспечение соблюдения арбитражных оговорок: положение в английском праве <http://xn----7sbbaj7auwnfhk.xn--pai/article/5354>

Возможность английского суда выдавать судебные запреты на разбирательство в другой юрисдикции основана на существующем издавна общем праве суда издавать судебный запрет, что в настоящее время закреплено в п. 1 ст. 37 Закона о высших судах 1981 г.<sup>5</sup>

Объективно, антиисковые меры при рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже направлены против злоупотребления стороной арбитражного соглашения правом на обращение в государственный суд. В соответствии с положениями п.1) ст. 8 Типового закона о международном торговом арбитраже 1985г.<sup>6</sup>, получившими отражение в законодательстве большого числа государств, у суда, в который поступило исковое заявление по спору, в отношении которого заключено арбитражное соглашение, нет ни обязанности, ни права по собственной инициативе (без требования об этом другой стороны спора) прекратить разбирательство и направить стороны в арбитраж.

Тем не менее, антиисковые меры достаточно часто критикуются, что связано с возможными правовыми и процессуальными последствиями таких мер. Так, встает вопрос, не переходят ли указанные предписания, изданные английским судом, границу юрисдикции иностранного суда? Иными словами, должен ли иностранный суд подчиниться акту английского суда об антиисковых обеспечительных мерах, если к нему поступил иск вопреки такому акту.

Позиция английских судей состоит в том, что подобные меры не вторгаются в юрисдикцию иностранных судов: указанный запрет накладывается на сторону, а не на иностранный суд. Именно стороне предписывается воздержаться от совершения процессуальных действий в иностранном суде или, напротив, совершить их (например, принять меры к прекращению производства по делу).

Так, В деле *Turner v. Grovit* (2001)<sup>7</sup>, направленном Палатой лордов в Суд Европейского союза, лорд Хобхаус сделал следующие разъяснения относительно права английских судов выдавать запреты судебных разбирательств:

«23. Данный вид ограничительных приказов обычно именуется антиисковыми обеспечительными мерами (*anti-suit injunction*). Этот термин вводит в заблуждение, так как создает впечатление, что приказ адресован другому суду и имеет для него обязательную силу. Можно было бы предположить, что юрисдикция иностранного суда ставится под сомнение, и запрет представляет собой приказ иностранному суду не осуществлять полномочия, предоставленные ему правом его государства. Все это неверно. Когда

<sup>5</sup> Senior Courts Act 1981 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/37>

<sup>6</sup> [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL\\_Rus.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL_Rus.pdf)

<sup>7</sup> <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011213/grovit-1.htm>

английский суд принимает ограничительный приказ, этот приказ адресуется только соответствующей стороне. Он не направлен против иностранного суда... Приказ имеет обязательную силу только для данной стороны и действует только в случае, если данная сторона подчиняется юрисдикции английских судов и может быть принуждена к исполнению приказа: "...запрет ограничивает только сторону, подчиняющуюся юрисдикции суда, в отношении которой запрет будет эффективным средством защиты".

Таким образом, подчеркивается, что запреты, выдаваемые для указанных целей, направлены против недобросовестной стороны, а не против судов других юрисдикций.

Нарушение стороной антиисковых обеспечительных мер влечет ответственность за неуважение к суду. Суд имеет юрисдикцию применять такие санкции в отношении всех лиц, находящихся на его территории, поэтому при отказе исполнять антиисковые меры на нарушителя могут быть наложены санкции, если он подпадает под юрисдикцию английского суда.

Ответственность за нарушение может быть достаточно суровой, например тюремное заключение на срок, который суд посчитает разумным (пределы не установлены), денежный штраф, конфискация имущества. Надо отметить, что тюремное заключение за подобные правонарушения применяется крайне редко и осторожно. Чаще всего к правонарушителям применяется ответственность в виде штрафа, такая ответственность может налагаться либо альтернативно, либо кумулятивно с другими формами ответственности.<sup>8</sup>

Однако на этом поставить точку в данном вопросе не удастся.

В известном решении по делу Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc "The Front Comor"<sup>9</sup> Европейский суд справедливости постановил, что английский суд не имел права выносить судебный запрет (anti-suit injunction), направленный на воспрепятствование возбуждению судебного разбирательства в итальянском суде, даже в целях защиты соглашения, определяющего местом рассмотрения дела лондонский арбитраж. По мнению Суда, вынесение такого судебного запрета противоречило Регламенту ЕС N 44/2001<sup>10</sup>, поскольку, хотя он и направлен на участника процесса, а не на иностранный суд, непосредственно лишит иностранный суд права самостоятельно рассмотреть вопрос о наличии у него юрисдикции, что можно назвать одним из основополагающих положений

---

<sup>8</sup> Подробнее см. Р.М. ХОДЫКИН *Op. cit.* С.137

<sup>9</sup> Пункт 34 решения Суда ЕС от 10 февраля 2009 г. N C-185/07 по преюдициальному запросу Палаты лордов Соединенного Королевства по делу Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.// <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0185>

<sup>10</sup> Регламент N 44/2001 Совета Европейского Союза "О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам" (Принят в г. Брюсселе 22.12.2000) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:en:PDF> Перевод на русский язык размещен в СПС КонсультантПлюс

Более того, в Регламенте N 1215/2012 Европейского парламента и Совета ЕС "О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам"<sup>11</sup>, который пришел в развитие и на смену Регламенту ЕС N 44/2001 («Брюссель I»), в п.12) Преамбулы указано, что ничто в настоящем Регламенте не запрещает суду государства-члена ЕС, рассматривающему дело, в отношении которого сторонами было достигнуто соглашение о передаче его в арбитраж, приостановить его рассмотрение или отказать в рассмотрении, сославшись на арбитражную оговорку, либо рассмотреть вопрос о действительности, ничтожности, неприменимости арбитражной оговорки в соответствии со своим национальным законодательством.

Таким образом, можно сделать однозначный вывод о том, что Европейский суд, основываясь на европейском праве, исходит из презумпции распространения действия судебного запрета (*anti-suit injunction*) не только на участника спорного правоотношения, но и в отношении судов юрисдикции, иностранной суду, вынесшему запрет.

Ссылаясь на положения Регламента ЕС «Брюссель I», Европейский суд правосудия указал на неправомочность наложения судебного запрета, ограничивающего право иностранного суда рассматривать вопрос о наличии или отсутствии собственной юрисдикции в отношении спора, являющегося предметом арбитражного соглашения.

Английские юристы<sup>12</sup> отмечают, что такой запрет рассматривается как нарушение европейской аксиомы, согласно которой суд каждой страны-участницы при рассмотрении гражданского или коммерческого дела, связанного с Регламентом, вправе самостоятельно определять, обладает ли он юрисдикцией для рассмотрения по существу данного спора.

Прямо противоположный подход наблюдается применительно к юрисдикциям, не подпадающим под действие указанного Регламента. Вопреки наличию арбитражного соглашения, ряд судебных производств по спорам были инициированы в государственных судах Казахстана. 12 июня 2013 г. Верховный суд Великобритании объявил решение по делу *Ust-KamenogorskHydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* ([2013] UKSC 35), где суд подтвердил полномочия английских судов принимать *anti-suit injunction* в случае начала одной из сторон судебного разбирательства в иностранном государственном суде в нарушение заключенного между сторонами арбитражного соглашения<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32012R1215>. Перевод на русский язык размещен в СПС КонсультантПлюс

<sup>12</sup> Эндрус Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / пер. с англ.; под ред. Р.М. Ходыкина; Кембриджский ун-т. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С.152 СПС Консультант Плюс

<sup>13</sup> Подробнее см. Панов А. Английские суды могут принять *anti-suit injunction* даже при отсутствии арбитражного разбирательства //

Следует отметить, что российские суды также, как и Европейский суд справедливости, исходят из того же общего принципа, указывая на право суда иностранной юрисдикции решать вопрос о наличии своей компетенции самостоятельно.

Так в Обзоре судебной практики<sup>14</sup> указывается, что принятые иностранным судом обеспечительные меры в виде запрета на участие в рассмотрении спора в судах Российской Федерации не препятствуют рассмотрению спора компетентным российским судом.

В ходе рассмотрения дела в суде кассационной инстанции иностранный банк ходатайствовал о прекращении судебного разбирательства в связи с отсутствием компетенции у арбитражного суда в Российской Федерации на рассмотрение дела по причине того, что иностранным судом по инициативе иностранного банка был вынесен судебный запрет на участие российской компании в судебном разбирательстве по данному делу в иных юрисдикциях, кроме юрисдикции иностранного суда (anti-suit injunction)

Суд кассационной инстанции не согласился с доводами иностранного банка, мотивируя свою позицию следующим. В силу принципа суверенного равенства государств как основного принципа международного права государства юридически равны, и каждое государство пользуется правами, присущими государственному суверенитету. Данный принцип подразумевает, в том числе и то, что суд одного государства не вправе осуществлять властные полномочия в отношении суда другого государства и предписывать последнему осуществление тех или иных действий (принцип "равный над равным власти не имеет").

Судебный "противоисковый" запрет иностранного суда ни в силу своей природы, ни в силу норм международного и российского права не может препятствовать рассмотрению дела в арбитражном суде в Российской Федерации и порождать юридические последствия на территории Российской Федерации.

В случае неисполнения такого запрета иностранного суда физические и юридические лица, которым он адресован, сами определяют и несут риски наступления возможных негативных последствий за пределами Российской Федерации.

Следует ожидать, что указанное толкование российских судов устоит и в отношении антиисковых обеспечительных мер зарубежного суда, вынесенного в поддержку арбитражного соглашения.

---

[http://zakon.ru/blog/2013/06/28/anglijskie\\_sudy\\_mogut\\_prinyat\\_antisuit\\_injunction\\_dazhe\\_pri\\_otсутstvii\\_arbitrazhnoo\\_o\\_razbiratelstva](http://zakon.ru/blog/2013/06/28/anglijskie_sudy_mogut_prinyat_antisuit_injunction_dazhe_pri_otсутstvii_arbitrazhnoo_o_razbiratelstva)

<sup>14</sup> П. 32 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 N 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» (вместе с "Обзором судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц") // СПС Консультант Плюс

Анализируя различные подходы, можно резюмировать, что антиисковые меры (anti-suit injunction), следуя английской правовой традиции, не стоит рассматривать как направленные против осуществления юрисдикции иностранного суда в отношении решения вопроса о наличии компетенции на разрешение спора, являющего предметом арбитражного соглашения. Именно стороны спорного правоотношения, подпадающие под юрисдикцию суда, принявшего такие меры, несут риски неподчинения такому запрету.

Открытым остается вопрос о правовых последствиях резолюции Европейского суда Правосудия по делу West Tankers, ограничивающей право английских судов на наложение обеспечительных антиисковых мер, предусмотренное английским правом.



## **Взаимосвязи гражданского процессуального права и других отраслей права (законодательства)**

**Е. Е. Уксусова**

*К.ю.н., профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства*

*Московского государственного университета имени О.Е.Кутафина (МГЮА)*

*E-mail: [euksusova@mail.ru](mailto:euksusova@mail.ru)*

В статье рассматриваются отдельные аспекты проблемы взаимодействия отраслевой процессуальной формы - гражданского судопроизводства, гражданского процессуального права и других отраслей судопроизводства, права (законодательства) в российской правовой системе. Показывается значение взаимосвязей для правового регулирования и судебного применения.

**Ключевые слова:** гражданское судопроизводство, гражданское процессуальное право, процессуальная форма, процессуальное законодательство, конституционные процессуальные формы, конституционное право, материальное право, административное судопроизводство, единый гражданский процессуальный кодекс, гражданское право, корпоративное законодательство

В числе факторов, определяющих перспективу развития отечественной гражданской процессуальной науки, отметим определяющую тенденцию интеграции и дифференциации отраслевых правовых знаний, связанных с основным её предметом - гражданским судопроизводством<sup>1</sup>. Тенденция отражает потребность в достоверном воспроизведении связей и существа исследуемых правовых явлений и процессов в российской правовой системе. Особая роль судебной защиты значима не только на национальном уровне, но и в международно-правовом контексте.

Основой для возможных переходов к новым ступеням познания предмета исследования служит и накопленный огромный объем массива правовых знаний в трудах классиков юридической науки, в том числе процессуальной. В ареопаг выдающихся ученых, память о котором мы бережем, входит и профессор В.К. Пучинский. В его работах использование в научном поиске комплекса знаний ряда правовых наук и в различных правопорядках относительно как изучаемого предмета в целом, так и при его расчленении нашло отражение глубокое проникновение в связи и суть исследуемых правовых явлений, процессов и их закономерности.

Тенденция интеграции и дифференциации отраслевых правовых знаний отсылает нас к *проблемам взаимосвязей правовых явлений и процессов*, связанных с гражданским судопроизводством.

---

<sup>1</sup> Здесь и далее термины гражданское судопроизводство и гражданская процессуальная форма используются как синонимичные.

Процессуальная форма в качестве гражданского судопроизводства есть система норм гражданского процессуального права. Находясь в системе российского права, гражданское процессуальное право одновременно будучи системой, обладает интегральным и дифференциальными свойствами таковых систем. Поэтому наше осмысление отраслевого процессуального права с нормативной и функциональной сторон, на наш взгляд, может получать отражение посредством межотраслевых и внутриотраслевых связей права.

В свою очередь, гражданское судопроизводство находится в одном ряду среди конституционных процессуальных форм судебной защиты. Между такими различными формами имеются межотраслевые связи, ибо это виды одного рода явлений – процессуальной формы судопроизводства. Последнее рассматривается в качестве определенного законом порядка предоставления судом защиты прав, свобод и законных интересов, установленных и охраняемых различными отраслями материального права (законодательства). Поэтому для отраслевой процессуальной науки познание связей правовых явлений и процессов имеет особое значение, среди которых правовые связи между конституционными видами судопроизводства, гражданского процессуального права и других отраслей материального и процессуального права (законодательства). Несомненно, они находят различное проявление, их исследование может иметь различные особенности. Задача подобного подхода состоит в том, чтобы углубить наши представления об имеющихся и развивающихся межотраслевых и внутриотраслевых связях отраслевой процессуальной формы (права), о юридическом её оформлении и функциональном действии с учетом обновляемых как предмета судебного рассмотрения, так и материального и процессуального регулирования.

Зададимся между тем вопросом, как такие связи фиксируются на уровне законодательного регулирования и каково их проявление в юридической практике сегодняшнего этапа. Рассмотрим отдельные аспекты.

**1. Гражданское процессуальное право и конституционное право.** Верховенство Конституции РФ в рамках национальной правовой системы определяет базовый и первичный уровень правовых межотраслевых связей отраслевого процессуального и конституционного права. Субординационный характер таких связей является их отличительной особенностью. Основы организации и деятельности судебной власти являются объектом конституционного регулирования. Конституция РФ, будучи *lex generalis* для правовой системы, закрепляет конституционное право на судебную защиту, которое обеспечивается, прежде всего, основной функцией судебной власти – правосудием и её осуществлением исключительно в рамках процессуальных форм.

Конституционно разграничиваются отдельные *отрасли судопроизводства*, иначе виды процессуальной формы (судебные порядки), в рамках которых суды РФ осуществляют судебную власть, закрепляется положение, что судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства (ч. 2 ст. 118). Гражданское судопроизводство одна из процессуальных форм осуществления судебной власти, в том числе посредством правосудия по гражданским делам<sup>2</sup>.

Поэтому определяющим свойством для характеристики таких судопроизводств, в том числе гражданского судопроизводства в качестве процессуальной формы выступает их конституционное правовое регулирование, включая конституционные принципы судопроизводства. Им устанавливается статус и назначение суда как социального гаранта высшей юрисдикционной государственной деятельности защиты прав, свобод, охраняемых законом интересов и обеспечения законности, правопорядка в национальной правовой системе (ст. 18, 46 Конституции РФ).

Значимым элементом конституционного регулирования выступает процессуальное законодательство (ст. 71). Нельзя не признать, что в условиях обновляющейся России процессуальное законодательство, как, впрочем, и другие его области, отличаются сравнительной неустойчивостью современного периода и отмечаемое в последние десятилетия большой интенсивностью в принятии федеральных конституционных и федеральных законов.

Особо внимания заслуживают отдельные законодательные нововведения. В их числе - внесенные немного более года назад изменения в Основной закон<sup>3</sup>. Речь идет о последних конституционных установлениях, которыми, *с одной стороны*, объединено имевшееся ранее отраслевое разграничение процессуального законодательства на гражданско-процессуальное, арбитражно - процессуальное и уголовно- процессуальное, и предусмотрено лишь единое наименование «процессуальное»; когда наблюдается *утрата отраслевой видовой процессуальной привязки* к процессуальному законодательству. *С другой стороны*, без изменений в Основном законе оставлено наименование «административно-процессуальное законодательство» (ст. 72). Что видится в таком подходе законодателя? Отмечаем противоречие. При таком регламентировании прослеживаются два взаимоисключающих подхода. Если в первом случае при снятии имевшейся привязки кроется не столько отказ от отраслевого восприятия процессуальной формы в соотношении с конституционными процессуальными формами, разновидности которых сохранили свой

---

<sup>2</sup> Понятие «гражданские дела» употребляется в широком понимании согласно ст. 22 ГПК РФ и 27-33 АПК РФ, в силу которых определяется компетенция Верховного Суда РФ, судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

<sup>3</sup> Федеральный закон РФ о поправке к Конституции РФ от 05.02.2014 N 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ, 2014 N 6. Ст. 548.

самостоятельный статус: конституционное, гражданское, административное и уголовное судопроизводство, сколько в консолидации их возможностей и оптимизации их соотношения в целях реализации права на судебную защиту. И как следствие для науки - потребность в разработке и применении такого структурного анализа, который несет в себе позитивную теоретическую нагрузку – *выявление общих устойчивых черт любой процессуальной формы и при выраженной потребности их возможной унификации и всё же различия*. Поскольку известная их специфика, однако, не означает их абсолютного различия, но и одинакового содержания. Что же касается сохранения в Основном Законе статуса «административно-процессуальное законодательство», то имеющаяся видовая привязка не совсем понятна с точки зрения её связи с выделенной процессуальной формой – «административное судопроизводство». Если процессуальное законодательство – это то, которое традиционно связано с процессуальной формой, юридическим пониманием процесса как специфической формы исключительно судебной деятельности - правосудия, и его нахождение в исключительном ведении РФ, то «административно-процессуальное» законодательство находится в совместном ведении РФ и субъектов РФ. Закономерен вопрос, а не заложено ли в этом противоречие, когда по отношению к одному роду явлений - процессуальной форме, в том числе к административному судопроизводству, возможна иная форма выражения процессуальных норм в качестве не только федеральных законов, но и законов субъектов РФ. Вряд ли подобное можно объяснить. Остается лишь устранить законодательным путем<sup>4</sup>.

**2. Гражданское и административное судопроизводство.** Остро стоящий вопрос о целесообразности регламентации такой самостоятельной процессуальной формы как административное судопроизводство получил разрешение в связи с принятием КАС РФ. Законодательный формат гражданского судопроизводства претерпел принципиальные изменения. ГПК РФ лишился имевшейся регламентации судопроизводства не только по отдельным категориям дел публичного производства, но и по иным отдельным категориям гражданских дел.

---

<sup>4</sup> Вопросы о понятии административного судопроизводства, о его соотношении с гражданским судопроизводством, о том, каким должно быть административное судопроизводство, остаются открытыми, сохраняя актуальность. Законодательная практика имеет свою давнюю историю. В частности, к числу предложений по совершенствованию законодательства относится законопроект «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации», разработанный весной 2009 года Верховным Судом РФ. Таким законопроектом предлагалось внести изменения и дополнения в действующий ГПК РФ, связанные в принципиальном плане с введением в процессуальный кодекс категорий административное судопроизводство, административные дела, в основу выделения которых был положен характер возникающих правоотношений и применяемое административное законодательство. На законопроект в июне 2009 года была дана отрицательная экспертная оценка А.Т. Боннером, А.К. Сергун, Е.Е. Уксусовой. Законопроект не был внесен в Государственную Думу Российской Федерации. См.: Заключение, подготовленное данными авторами, на проект ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» (о реформировании производства по делам, возникающим из публичных правоотношений //Вестник гражданского процесса. 2012. №2. С. 253-282.

Не думается, что предпринятый законодателем подход, является удачным, поскольку на примере данного нового Кодекса *обособление и формирование самостоятельной процессуальной формы, модели* «административное судопроизводство», осуществлено главным образом за счет «отреза процессуального регламента» от гражданской процессуальной формы по ГПК РФ в части *специального регулирования* рассмотрения и разрешения отдельных категорий гражданских дел.

Это обособление произведено за счет правовой категории «административные дела» надстроечного характера. Под её новой «шапкой» - «административные», и прежде всего, объединены категории дел, которые ранее были поименованные по процессуальным кодексам - ГПК РФ и АПК РФ как дела публичного производства. Эту категорию мы впервые обнаруживаем в новой редакции ст. 126 Конституции РФ и ФКЗ о Верховном Суде РФ<sup>5</sup>. Поэтому изначально до введения в действие КАС РФ (15 сентября 2015 г.) отдельные из включенных в новый Кодекс категории дел рассматривались новым Верховным Судом РФ согласно правилам судебной подведомственности и подсудности посредством гражданского судопроизводства, т.е. по правилам ГПК РФ.

По КАС РФ категория «административные дела» получила иное более широкое наполнение. Более того, предложенный перечень административных дел, оказался открытым (ст. 1 КАС РФ). Такое регламентирование находится в явном противоречии с правовой определенностью такой процессуальной формы как административное судопроизводство и пределами её действия. Будучи специальной процессуальной формой, административное судопроизводство по предмету рассмотрения и пределам действия по отношению к своей первооснове – гражданскому судопроизводству, заметно выбивается как из системы процессуального регулирования в целом, так и гражданского процессуального как общего свойства, в частности.

В предметном плане, в итоге так получилось, что административное судопроизводство по сравнению с гражданским судопроизводством, с одной стороны, охватило не только дела публичного производства, но и другие, ранее рассматриваемые по ГПК РФ (п. 3-7 ч. 2, п. 3 и 6-8 ч. 3 ст. 1 КАС РФ). Плюс также и иные, поскольку они находятся в открытом перечне «административных дел» (терминологией закона – «в том числе»). С другой же, за пределами административного судопроизводства остались дела, возникающие из публичных правоотношений, рассматриваемые по АПК РФ. Последние продолжают рассматриваться в порядке гражданского судопроизводства и в такой его процессуальной организации как арбитражный процесс. Среди них – это публичные дела, отнесенные к ведению арбитражных

---

<sup>5</sup> Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 N 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>. 06.02.2014.

судов, в числе которых и отдельные разновидности корпоративных споров согласно правилам специальной подведомственности (ст. 29, п. 2 ч. 1 ст. 33, ч. 2 ст. 225.2 АПК РФ).

При этом, на примере регламента такой специальной процессуальной формы как административное судопроизводство мы видим копирование гражданско-процессуальной инфраструктуры, на примере - исковое заявление, иск, истец, ответчик и др. с применением к ней материально-правовой привязки «административный» и обозначением предмета рассмотрения новым термином общего надстроечного свойства «административные дела». Предлагаемая модель судопроизводства *не носит принципиального сущностного отличия от гражданского судопроизводства ни по предмету рассмотрения, ни по принципам судопроизводства*. Кодификацию на примере КАС РФ, говоря условно, можно назвать «дочерним обществом» в силу преобладающего участия материнской компании (ГПК РФ) в его уставном капитале.

Проигнорирован законодателем и отечественный исторический опыт, когда специальное процессуальное регулирование в отношении споров сферы публичных правоотношений традиционно было относимо к области гражданского судопроизводства. Изначально такие споры были в составе дел особого производства. В результате кодификации в связи с принятием Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1962г. (ст. 1) и ГПК РСФСР 1964 г. (ст. 22-25), производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений, впервые получило право на самостоятельное существование и дальнейшее развитие на базе данного процессуального кодекса.

Предлагаемое ныне обособление процессуальной формы не может не вызывать возражений и по той причине, что такое формально-юридическое обособление формы по КАС РФ привело к отрыву её от родовой основы - гражданского судопроизводства. Сегодня в рамках административного судопроизводства исключается возможность объединения и одновременного рассмотрения в рамках одного производства по делу требований административно-правового и искового характера (например, убытков, морального вреда), когда оспаривается незаконность актов публичной власти (п. 1 ч. 1 ст. 128, п. 1 ч. 1 ст. 194). По ГПК РФ в своё время это было допустимо. Соответствующим образом складывалась и судебная практика согласно разъяснениям Верховного Суда РФ. С позиций правоприменения перед судами общей юрисдикции неизбежно встает и вопрос о том, поставлена ли защита нарушенного права путем возмещения вреда, причиненного в результате незаконности ненормативных актов публичной власти в зависимости от необходимости их самостоятельного оспаривания по правилам, установленным КАС РФ? Новый процессуальный регламент в конечном итоге породил проблему, связанную с

соотношением гражданского и административного судопроизводства. И как неизбежное следствие – вытекающие из этого дополнительные процессуальные усложнения и препятствия для лиц, отыскивающих судебную защиту в судах общей юрисдикции, «хождение» их по видам судебных юрисдикций в тех случаях, когда ранее этого всего можно было избежать.

Нельзя в итоге не заключить, что предложенное регламентирование административного судопроизводства на базе нового процессуального кодекса в сущностном плане – это всего лишь не более чем *углубление специализации* гражданского судопроизводства. Это не что иное как имевшее в прежнем преимущественно сущностном гражданском процессуальном варианте *содержание*, которое получило, правда, *комфляж* с новым названием в виде «административное судопроизводство». Однако такая дальнейшая специализация была бы более оправдана на базе ГПК РФ.

**3. Гражданское судопроизводство и форма (источники) отраслевого процессуального права.** В противоположность иным конституционным процессуальным формам гражданское судопроизводство носит *общий и универсальный* характер. Такое место и значение гражданской процессуальной формы изначально задается самым предметом судебной защиты (деятельности), который нельзя определить исчерпывающим образом из - за неограниченности конституционного права на судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ). Такая форма призвана рассмотреть и разрешить *любой правовой спор, правовой вопрос, обращение, которое облекается в судебное- гражданское дело, и любую его категорию самой разнородной и разнообразной материальной отраслевой принадлежности лишь при одном условии*, если рассмотрение судебного (юридического) дела законом не отнесено к рассмотрению в другом судебном порядке (конституционном, уголовном, административном судопроизводстве).

Ровным счетом нельзя ограничить допустимость судебной защиты посредством гражданского судопроизводства и исчерпывающим образом определить содержание правовой категории «гражданские дела». В силу данных факторов законодательно заложен неограниченный потенциал возможностей гражданского судопроизводства, этим обеспечивается широкая допустимость его использования в правовом обороте, который в нормативном оформлении представлен двумя моделями процессуальной организации процессуальной формы. В качестве общего характера одной из них выступает гражданский процесс, а специального характера по отношению к первой модели – арбитражный процесс. Ныне они регламентированы современными кодификациями - ГПК РФ и АПК РФ.

Однако на повестке дня стоит вопрос о принятии новой процессуальной кодификации. Видны излишне поспешные шаги в подготовке к принятию Единого гражданского

процессуального кодекса на базе действующих ГПК РФ и АПК РФ<sup>6</sup>. Имеющиеся процессуальные кодексы при всем заложенном в них потенциале к возможной подвижности в направлении совершенствования действительно способны изменяться принятием новой кодификации гражданского процессуального права. Однако, для новой кодификации должно быть наличие достаточно веских оснований. Автор разделяет позицию тех специалистов, которые полагают, что только одной лишь целью унификации процессуального законодательства нельзя обосновать его разработку.<sup>7</sup> Потребность в унификации процессуальных норм для регулирования гражданского и арбитражного процесса, действительно, не может быть определяющей причиной в предлагаемом подходе в краткосрочной перспективе. С учетом юридических традиций унификация и связанная с ней дифференциация - это лишь общий ориентир для развития и совершенствования процессуального регулирования гражданского судопроизводства. Ибо в каждом конкретном случае на том или ином этапе развития процессуального права следует определять, что нуждается (если нуждается) в унификации или дифференциации, а если в этом есть необходимость, то в каких пределах унификация или дифференциация приемлема и адекватна. Унификация, о чем свидетельствует практика, может быть осуществима и ныне действительно успешно проводится на базе имеющегося исторически сложившегося раздвоения гражданской процессуальной формы (гражданский и арбитражный процесс). Нельзя игнорировать и не признавать достигнутые положительные результаты в этом направлении. Среди них, в частности, по сути достигнутая в последние годы тождественность процессуального регулирования проверочных производств по ГПК РФ и АПК РФ. Вызывает недоумение излишняя категоричность суждений, согласно которым различное регулирование процессуальной деятельности в таких процессуальных кодексах расценивается как нарушение конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, которое якобы создает препятствия в осуществлении правосудия. В противном же случае при таком подходе мы вынуждены были бы признать, что идеальная правовая модель процессуальной формы может быть только единой и единственной и специфика судебной организации и предмета судебного рассмотрения не имеют никакого значения для формирования процессуальной формы и её специализации. Напротив, не только национальный, но и мировой опыт свидетельствует об обратном, когда имеет место

---

<sup>6</sup> Концепция по унификации процессуального законодательства, проект который публично был впервые представлен 28.10.2014 в Екатеринбурге на расширенном заседании рабочей группы по унификации процессуального законодательства Комитета ГД по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству. Ныне документ, одобренный решением указанного Комитета от 08.12.2014 N 124(1), получил наименование как "Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации"// СПС Консультант Плюс.

<sup>7</sup> Шерстюк В.М. О концепции нового Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. Законодательство. 2015. № 2. С. 49-51.



многообразии в организации судоустройства и судопроизводства сферы гражданской юрисдикции, например, в сфере торговых дел, трудовых споров.

Подобные планы относительно судьбы действующих кодексов *в краткосрочной перспективе* вряд ли представляются целесообразными, так как в настоящее время потребность в предлагаемой процессуальной кодификации вызывает большие сомнения в силу отсутствия для этого в первую очередь необходимых объективных факторов. Для начала отметим, что мы имеем в наличии две базовые действующие обновленные процессуальные кодификации, за подготовкой каждой из которых стоит длительный и осмысленный процесс правотворчества (структуры, содержания кодексов). Рабочими группами по подготовке проектов ГПК РФ и АПК РФ с участием известных ученых-процессуалистов было сделано немало и в направлении унификации. Во-вторых, в последние годы мы наблюдаем существенные изменения, которые внесены и в эти процессуальные кодексы. Изменения позволили отразить современные потребности в обновлении судопроизводственной сферы гражданской юрисдикции. В-третьих, до сих пор нет окончательной определенности по двум значимым моментам. Без чего унификация законодательства по делам публичного производства, даже если признать её базовым основанием для осуществляемой кодификации, не сможет быть проведена. До конца еще не определено место КАС РФ в Едином кодексе. Кроме того, как известно, такое производство по АПК РФ включает и дела об административных правонарушениях. До настоящего времени не прослеживается системного видения места и содержания среди конституционных процессуальных форм производства по всем таким судебным делам. В этой связи данная сфера судопроизводства с базовых позиций системно не сформирована и законодательно четко не отрегулирована. Ныне судами общей юрисдикции в отличие от арбитражных судов они рассматриваются за пределами такой формы как гражданское судопроизводство. Практика же арбитражных судов о применении гражданской процессуальной формы по таким делам свидетельствует о её очевидной приемлемости для их рассмотрения. Полагаем, что *de lege ferenda* оправдана постановка вопроса о расширении пределов действия гражданской процессуальной формы в отношении дел об административных правонарушениях, рассматриваемых судами общей юрисдикции. Такое решение следует рассматривать как неотъемлемое средство охраны и защиты прав, свобод и законных интересов по делам, связанным с административными правонарушениями. При определении предмета рассмотрения в рамках такой формы могут быть относимы те случаи, когда с учетом составов административных правонарушений, применяемых санкций и других факторов требуются дополнительные правовые гарантии, которыми могут выступать прошедшие успешную апробацию гражданско- процессуальные способы и средства

процессуального регулирования, составляющие гражданскую процессуальную форму. Бесспорна необходима законодательная систематика данной сферы судопроизводства. В-четвертых, нельзя игнорировать существующую специфику судоустройства и инстанционности судов общей юрисдикции и арбитражных судов, чем определяются особенности процессуальной формы, которые обусловлены и предметом судебного рассмотрения. Необоснованно сбрасывать со счетов и сложившуюся судебную практику в функциональном плане. Напротив, данное объективное обстоятельство, даже если не принимать во внимание сложившуюся практику функционирования этих параллельных судебных систем, оправдывает сохранение исторически сложившегося и более-менее устоявшегося процессуального регулирования гражданского судопроизводства по ГПК РФ и АПК РФ. Нельзя не учитывать и перспективы реорганизации судебной системы, которые обозначены образованием нового высшего суда.

Несомненно, что кодификация процессуальных правил в таком общем масштабе должна носить поступательный, эволюционный характер, исключая поспешность в принятии нового кодекса, отражая действительно *требуемое коренное обновление процессуального законодательства каким собственно и является новая кодификация*. В Концепции, как справедливо отмечает В.М. Шерстюк, ничего не сказано, какие именно изменения в жизни общества, государства, в деятельности судов произошли, повлиявшие на процессуальное законодательство и свидетельствующие о настоятельной необходимости его реформирования.<sup>8</sup> В этой связи возникает закономерный вопрос, для гражданского судопроизводства при существующих его двух разновидностях - это изменение лишь формы отраслевого процессуального права с привнесением лишь незначительного содержательного обновления не сущностного свойства или же это совершенно иная процессуальная «модель» судопроизводства в качестве единой максимально унифицированной формы судопроизводства? Если мы принимаем первый случай, то подобное реформирование получается ради формы, а не самой кодификации. Если же второй вариант развития событий, то необходимо уяснение и обоснование общественно значимой потребности в принятии такого значимого для общества и граждан нормативного акта. Ведь, если одна из них - гражданский процесс представляет собой «социальную» модель судопроизводства, заключающуюся в получении облегченного доступа к суду и возможности самостоятельного ведения процесса, ориентированную на участие, прежде всего, граждан и защиту их прав, то другая - арбитражный процесс, ныне приближенная к профессиональной модели судопроизводства и рассчитанная на рассмотрение споров, субъектами защищаемых прав которых, главным образом, выступают участники предпринимательской деятельности.

---

<sup>8</sup> Шерстюк В.М. Указ. соч. С. 48.

Вопрос о необходимости или, напротив, об отсутствии таких изменений процессуального законодательства должен обсуждаться, в том числе в ходе серьезных научных дискуссий. Предметом одной из них, как было ранее отмечено, остается вопрос о соотношении гражданского и административного судопроизводства. Он остается открытым, сохраняя актуальность.

**4. Процессуальное и материальное право.** Взаимосвязи процессуального и материального права являются традиционно значимыми. Прав А.Т. Боннер, подчеркивая, что материальное и процессуальное право находятся между собой в диалектическом единстве, взаимно влияют и обуславливают друг друга<sup>9</sup>.

М.А. Гурвич, емко характеризуя *взаимозависимость существования* материального права и процессуальной формы, утверждал, что «одно без другого бы не имело смысла, одно служит необходимым условием существования и действия другого»<sup>10</sup>. По его признанию, для понимания содержания и задач процессуального права основным положением является определенность содержанием и задачами охраняемого им права и вне этой связи процесс являл бы собой технический, в идеологическом смысле не имеющей никакой цели пустяк<sup>11</sup>. Представляется, что взаимосвязи материального и процессуального права заданы следующими правовыми факторами (1) *спецификой судебной юрисдикционной деятельности, осуществляемой в рамках процессуальной формы; (2) назначением процессуальной формы (ст. 2 ГПК РФ и АПК РФ) и её универсальным характером; (3) основной связью процессуальной формы с предметом судебной деятельности (защиты), содержательная характеристика которого относима к материальному праву.*

Своим социальным назначением деятельность суда служит охранению и защите прав и законных интересов каждого, общества и правопорядка, судебная защита как высшая юрисдикционная деятельность может быть осуществлена только в процессуальной форме. *Материальное и процессуальное право* - извечный тандем судебного применения, реализации норм в случае обращения к суду. Процессуальная форма всегда сфокусирована на предмете рассмотрения, *через предмет определяются и пределы её действия.*

Д.М. Чечот, характеризуя функции гражданского процессуального права, отмечал, что функциональные его особенности обусловлены целями процессуального регулирования и применяемыми для достижения этих целей правовыми средствами. Среди таких

---

<sup>9</sup> Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: автореф. дис...док. юрид. наук. М., 1980. С. 10-11.

<sup>10</sup> Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия: Избранные труды: В 2 т. Краснодар, 2006. Т. 2. С. 52 - 53.

<sup>11</sup> Гурвич М.А. О применении советским судом гражданских законов//Ученые записки ВЮЗИ. 1969. Вып. XVI. С. 264 -265.

особенностей его ярко выраженная охранительная направленность. Из этого вытекает, что процессуальные нормы обеспечивают принудительное применение мер материально-правовой охраны (в частности, присуждения к исполнению обязанности в натуре, взыскание неустойки (штрафы, пени), которые предусматриваются материально-правовыми нормами. Все отраслевое право, по сути дела, с точки зрения отношения к защищаемым правам, по утверждению автора, играет охранительную роль. В этом смысле подчеркивается, что процессуальное регулирование «имеет своей целью соответствующее воздействие на сферу именно материальных правоотношений, ибо процесс без цели защиты именно материальных прав просто немислим»<sup>12</sup>.

Такая характеристика направленности процессуального регулирования дает представление об условиях существования и развития отраслевого процессуального права. Судебная защита прав и охраняемых законом интересов в рамках процессуальной формы осуществляется с использованием предусмотренных законом двояких правовых средств – материально-правовых и процессуальных. Среди правовых средств, например, акты реализации прав и обязанностей как в процессуальных, так и в материальных правоотношениях. Последние же выступают предметом судебной деятельности (разбирательства), и наряду с юридическими фактами материально-правового характера и исковыми требованиями могут быть объектом судебного признания и порождать определенные процессуальные последствия. Так, В. К. Пучинский, проводя, основанное на законодательстве и судебной практике сравнение признания иска ответчиком с отказом от иска и мировой сделкой сторон, показал различную юридическую природу этих процессуальных действий. В отличие от отказа от иска, мировой сделки сторон признание ответчиком иска, а тем более признание стороной факта, по мнению ученого, не является по своему содержанию гражданско-правовым распорядительным актом, связанным с принципом диспозитивности. В ходе проведенного анализа им убедительно показано, как иное понимание юридической природы судебного признания может «привести практику к смешению материально-правовых и процессуальных вопросов, возникающих при разбирательстве и разрешении споров о праве гражданском».<sup>13</sup>

Особыми процессуальными средствами являются акты применения права - судебные постановления. Процессуальные средства имеют свои особенности в зависимости от

---

<sup>12</sup> Чечот Д.М. Функции гражданского процессуального права// Защита субъективных прав и советское гражданское судопроизводство/ Межвузовский тематический сборник/ под ред П.Ф. Елисейкина. Ярославль, 1977. С. 86-87.

<sup>13</sup> Пучинский В.К. Признание стороны в советском гражданском процессе. М.: Госюриздат, 1955. С. 32.

характера конкретного дела, поскольку «процесс по конкретному делу... детерминирован материальным правом»<sup>14</sup>.

При этом «предмет судебной деятельности определяет содержание и особенности процессуальной формы»<sup>15</sup>. Поэтому такой предмет выступает связующим звеном межотраслевых связей материального и процессуального права.

История развития отечественной процессуальной формы позволяет видеть неуклонное влияние *предмета судебной деятельности(защиты)*, в широком смысле предметной компетенции судов, материально-правового регулирования на развитие процессуального законодательства в направлении специальных процессуальных правил судопроизводства, специализации их и судопроизводства. Усматривается значение и обратное влияние самой процессуальной формы на материально-правовую сферу.

**5. Процессуальное и гражданское право.** Взаимосвязи процессуального и гражданского права являются генетически тесными. Весьма показательны возможности процессуальной отрасли права быть способом применения норм различных отраслей материального права (законодательства), в частности, на примере такого предмета судебного рассмотрения как корпоративные споры. Проблема связи материального права и процессуальной формы обращает нас к связям процессуального и корпоративного законодательства, к *процессуальной категории «корпоративные споры»*, в составе «дел по экономическим спорам» по АПК РФ (п.2 ч. 1 ст. 33, гл. 28.1). Соответствующие изменения были внесены в АПК РФ в общем пакете Федерального закона 2009 года, получившего наименование как «антирейдерский»<sup>16</sup>, среди них понятие «корпоративные споры» и процессуальный регламент двух новых порядков судопроизводства для рассмотрения дел по корпоративным спорам (гл. 28.1) и дел о защите прав и интересов группы лиц (гл. 28.2). По праву подобные нововведения можно назвать пилотным проектом специализации суда и отраслевой процессуальной формы. Благодаря введенному понятию в процессуальный кодекс законодатель удалось сконцентрировать рассмотрение корпоративных споров *в одном виде* судопроизводства – арбитражном процессе *и одном суде* – по правилам исключительной подсудности (по месту нахождения корпорации), в рамках *специального судебного порядка, который включил и специальные процессуальные средства*. Тем самым, удалось минимизировать нежелательные последствия, связанные с устранением

---

<sup>14</sup> Гукасян Р.Е. Влияние материально-правовых отношений на форму процесса в исковом производстве//Вопросы теории и практики гражданского процесса: межвуз.сб.науч.тр./Сарат.юр.ин-т им.Д.И.Курского. Вып.1. Саратов, 1976. С.31.

<sup>15</sup> Чечина Н.А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1987. С.54.

<sup>16</sup> Федеральный закон от 19.07. 2009 N 205-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». СЗ РФ. 2009. N 29. Ст. 3642.

возможности возбуждения параллельных дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах, исключить конкуренцию судебных постановлений, а суду позволило эффективнее осуществлять судебную защиту<sup>17</sup>. Подход законодателя позволил по-новому взглянуть на институт судебной подведомственности и подсудности, на возможности процессуальной формы в целом. Отойти от тех стереотипов, которые в своё время сложились.

В свою очередь, наличие соответствующих материально-правовых способов, например, как признание недействительным решения собрания участников корпорации, потребность в защите прав и интересов группы лиц, интересов так называемых ныне ГК РФ участников соответствующих гражданско-правовых сообществ, обусловили иной модели специальной организации процесса - группового производства, ориентированной и приспособленной для защиты прав и интересов группы лиц. В итоге на уровне процессуального законодательства были заложены новые правовые измерения правовых конфликтов и самой процессуальной формы (при всех плюсах и минусах), отличные от традиционных подходов, которые ныне заставляют с иных позиций осмысливать назначение и возможности процессуальной формы.

При этом нельзя не учитывать, что ныне в отличие от прежних условий в обновленном и действующем ГК РФ нашло закрепление вычленение юридических лиц корпоративного типа, законодательно определилось содержание категории «корпоративные отношения». В этой связи встает вопрос о необходимости учета таких изменений и корректировки категории «корпоративные споры» в АПК РФ.

Показателен и другой пример. Связи процессуального права и гражданского права проявляются на примере правил исковой давности. В последние годы они получили законодательное обновление. В частности, новое наименование статьи 204 ГК РФ наглядно отразило более широкий предмет регулирования, связанный с течением давностного срока при защите нарушенного права в судебном порядке. На данном примере можно наблюдать процесс воздействия процессуального регулирования на развитие материального права, материальное законодательство.

Теперь такое процессуальное действие как обращение в суд в установленном порядке «замораживает» течение давностного срока, он не течет. Срок давности не течет на протяжении всего времени, пока осуществляется судебная защита нарушенного права.

Законодательно предусмотрено и удлинение срока после оставления иска без рассмотрения, если ситуация касается последних шести месяцев оставшегося давностного

---

<sup>17</sup> Подробнее о содержании и значении правовой категории «корпоративные споры см.: Уксусова Е.Е. Категория «корпоративные споры» в арбитражном процессуальном законодательстве: проблемы применения// Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 1. С. 71-79.

срока. Однако, законодатель исключает допустимость его удлинения, если процессуальные действия (бездействие) истца могли препятствовать (исключать) получение защиты в суде.

Верховный Суд РФ, давая разъяснения относительно применения новых положений ст. 204 ГК РФ, обоснованно ориентирует суды и на их применение, учитывая дифференциацию процессуальной формы по ГПК РФ, когда судебная защита осуществляется не только в исковом, но и в приказном производстве; указывает на те основания, которые исключают удлинение срока при оставлении иска без рассмотрения; допускает и возможность применения положений статьи и в случае прекращения производства по предъявленному иску<sup>18</sup>. Такое истолкование основано на сущностной оценке как установленного законом судебного порядка, в рамках которого предоставляется судебная защита посредством гражданского судопроизводства, так и связи такого порядка с давностным сроком и его правовыми последствиями в интересах тех лиц, которые обращаются в суд за судебной защитой.

Итак, заключая, заметим, что в отечественной правовой системе *взаимосвязи права (законодательства)*, с одной стороны, призваны придать, ему внутриотраслевое единство, с другой – межотраслевое согласование различных элементов права (законодательства) – отраслей (нормативных актов), институтов, норм. Такие взаимосвязи служат системному, ясному и целостному правовому регулированию общественной жизни. В системе правового регулирования при усложнении общественного бытия и явлений они обеспечивают общий процесс реализации норм права различной отраслевой принадлежности, когда при этом, наблюдается необратимый процесс расширения границ отраслевого правового регулирования вообще и специального отраслевого в частности. Это показательно при реализации норм в связи с судебной защитой прав в рамках гражданского судопроизводства. Углубление и расширение правового регулирования судопроизводства, в том числе за счет специальных норм, специальных нормативных актов, включая усиление комплексного характера таковых, не в лучшую сторону влияет на системность законодательства и права, проявляясь во всех своих негативных последствиях – противоречиях, несогласовании между нормативными актами, нормами права.

Поэтому рассматриваемые связи, на наш взгляд, не могут не выступать необходимыми компонентами при исследовании отраслевой процессуальной формы. Такие взаимосвязи призваны оттенить целостность и внутреннюю системность самой процессуальной отрасли права, *монолитность процессуальной отрасли*, нормами которой *определяется и в тоже время дифференцируется* гражданская процессуальная форма.

---

<sup>18</sup> Пункты 17-18 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.09.2015 N 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности».

Современное законодательство и практика придают новое звучание взаимосвязям правовых явлений и процессов, ибо способность гражданского судопроизводства обслуживать самые различные отрасли материального права (законодательства), когда имеется потребность обращения к такой процессуальной форме, не снимает вопроса о необходимости исследования проблем гражданского процессуального права в парности с материальным правом, ибо присущие и сохраняющиеся взаимосвязи материального и процессуального права являются одним из основных юридических факторов существования, функционирования и развития процессуальной формы, в том числе в направлении её специализации. Истоком такой взаимосвязи в рамках гражданского судопроизводства выступает предмет судебного рассмотрения. Не только материальное регулирование воздействует на развитие процессуального законодательства. Наблюдается обратный процесс, когда процессуальное урегулирование с разной степенью воздействует на развитие материального права, материального законодательства.

По мере развития отечественной гражданской процессуальной науки при специфике предмета одноименной отрасли права расширяются не только горизонты исследования, но и возрастает количество проблем, сопутствующих этому, но при этом неизменным сохраняется изменяющийся главный объект познания – само *гражданское судопроизводство как процессуальная форма и наличествующие с ним правовые связи и зависимости в нашей правовой системе*, в том числе и другими судебными и несудебными формами защиты прав и законных интересов (третейское разбирательство, исполнительное производство, административные процедуры и т.п.).

Этим определяется потребность исследовать и анализировать взаимосвязи *отраслевого процессуального и других отраслей права (законодательства), прежде всего, материальных отраслей права, для их согласования и дальнейшего совершенствования*. Такая необходимость продиктована ответом на извечный вопрос, стоящий перед процессуальной доктриной, о возможностях процессуальной формы, не утрачивая своей актуальности, о процессуальных средствах и способах процессуального регулирования относительно обновляемых и расширяемых сфер материально-правового регулирования. Бесспорно, что его решение в форме такой взаимосвязи рельефно выкристаллизует многие теоретические и прикладные проблемы процессуальной науки.

Право на судебную защиту обеспечивается как нормами процессуального, так и материальных отраслей права в едином процессе правового регулирования, в системе реализации материальных и процессуальных норм права. Парность материального и процессуального права – это неотъемлемый атрибут, как два берега одной реки – судебного применения по гражданским делам, находящегося в постоянном развитии сообразно



развитию самого права и судебной практики. Судебная практика способна не только раскрывать содержание права, но и выявлять несовершенство и обнаруживать новые потребности в правовом регулировании, ощущать потенциал процессуальной формы и её дифференциации.

## К вопросу унификации международного вексельного права: Конвенция ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях

**В.Н. Уруков**

*Кандидат юридических наук, соискатель кафедры гражданского и трудового права юридического института, Российский Университет Дружбы Народов, 117198 Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6.*

В настоящее время в мире сложились три системы вексельного права. Многие страны при создании своего вексельного законодательства использовали Женевские вексельные Конвенции. Сложились два варианта принятия вексельного законодательства: принятия по аналогии Единообразного вексельного Закона (далее по тексту-ЕВЗ) или использование его положений в качестве основы для национального вексельного права. Эти страны и образуют Женевскую систему вексельного права. В свою очередь, Женевская система вексельного права подразделяется на две группы<sup>1</sup>:

1. Страны-участницы, входящие в Женевскую систему права и ратифицировавшие Конвенции или присоединившиеся к Конвенции, всего 21 государство<sup>2</sup>.

2. Страны, не являющиеся участниками Женевских вексельных Конвенций, но законодательство которых основано на Женевском Единообразном вексельном Законе

К последней группе относится также абсолютное большинство стран СНГ<sup>3</sup>.

Вторую самостоятельную систему вексельного права образуют страны англо-американского права. Вексельное законодательство указанных стран основывается на английском вексельном законе 1882 года.

Третью систему вексельного права входят государства, основами вексельного законодательства которых являются нормы французского вексельного Ordonance 1673 года и Французского торгового кодекса<sup>4</sup>.

Основу англо-американского вексельного законодательства составляют: Единообразный Торговый кодекс (далее по тексту ЕТК - прим. автора) США 1978 г. и

<sup>1</sup> Мелкумов Я.С.. Вексель и его использование в хозяйственном обороте. -М.: ДИС,1995. -С. 48-49.

<sup>2</sup> Шмиттгофф К.М.. Экспорт : право и практика международной торговли /К.М. Шмиттгофф/Отв. ред.: Комаров А.С.. Пер.с англ. Басистый Б.А., Вилкова Н.Г., Диденко В.П., Зайцева В.В. / -М. : Юридическая литература,1993.- С. 192.

<sup>3</sup> См. В. В. Ильин, А. В. Макеев, Е. А. Павлодский. Вексельное право. Общие положения и юридический комментарий. - М. : Банковский деловой центр. -1997.- С. 42. ;

Ведомости Верховного Совета Украины.- 1992. -№ 35.- Ст. 516;

Собрание Постановлений Правительства Республики Беларусь.- 1992. - № 15. -Ст. 258;

Ведомости Парламента Республики Грузии. -1995. -№ 27-30. -Ст. 595, 596;

Монитор Парламента Республики Молдавия. 1993. -№ 10.- Ст. 285, 286;

Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1997. -№8.-Ст. 87.

<sup>4</sup> См.более подробно: Справка по вексельному законодательству СССР и иностранных государств/ Приложение №10 Инструкции Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 года №1 «О порядке совершения банковских операция по международным расчетам».- М.:Финансы и статистика, 1986.

Закон Великобритании от 18 августа 1882 года, кодифицированное право, относящееся к переводным векселям, чекам и простым векселям (Bills of Exchanges Act 1882)<sup>5</sup> (далее по тексту - Закон о переводных векселях 1882 года (сокращенно- ЗПВ) - прим. автора).

Как справедливо отмечается в литературе, «в рамках некоторых современных теоретических концепций глобализации экономики, основанных на идеях экономического неолиберализма, достаточно отчетливо проявляется принижение роли современных государств и соответственно национально-государственных интересов в связи с тем, что мировое сообщество по мере либерализации внешнеэкономических связей и все большего снятия административных, экономических, правовых и других барьеров для трансграничного движения товаров, услуг, капиталов и рабочей силы развивается в направлении формирования единой целостной экономической системы»<sup>6</sup>.

Указанное обстоятельство являлось побудительным моментом для унификации вексельного права различных стран. С этой целью Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНИСТРАЛ) подготовила проект Конвенции о международных переводных векселях и международных простых векселях (далее по тексту Конвенция - прим.автора), которая главным образом призвана сгладить основные различия между Женевской и англо-американской системами вексельного законодательства. В настоящее время Конвенцию подписали (но не ратифицировали), помимо России, еще два государства: Канада - 7 декабря 1989 года, США - 29 июня 1990 года. Единственным государством, присоединившимся к Конвенции, является Гвинея<sup>7</sup>. Конвенция не ставит целью унифицировать вексельное право всех стран, а унифицировать в той части, которая затрагивает интересы международного обращения векселей. Само понимание векселя и все рассмотренные в Конвенции<sup>8</sup> конструкции вексельного права относятся к международным переводным и простым векселям. Многие нормы Конвенции не характерны для российского вексельного законодательства. В литературе справедливо отмечается, что «Конвенция не имеет своей целью заменить существующее внутреннее законодательство. В ней содержится предназначенный для факультативного использования при международных сделках всеобъемлющий свод теоретически и практически обоснованных норм,

---

<sup>5</sup>Текст ЗПВ 1882 года .

<sup>6</sup> Международные экономические отношения / Под ред. Б.М. Смитиенко. -2-е изд. М.: ИНФРА-М, 2008.- С. 44.

<sup>7</sup>Шмиттгофф К.М. Экспорт: Право и практика международной торговли /Отв. ред.: Комаров А.С., Пер.с англ. Басистый Б.А., Вилкова Н.Г., Диденко В.П., Зайцева В.В. / К.М., Шмиттгофф- М.: Юрид. лит., 1993.- С.195.

<sup>8</sup> Здесь и далее текст Конвенции приводится по официальному изданию ООН на русском языке, Нью-Йорк, 1988 год. Интернет-сайт ООН: <http://www.un.org/ru/дата обращения15.01.2014 года>.

вытекающих из ряда последовательных взаимосвязанных принципов, которые лежат в основе всех известных правовых норм, регулирующих переводные и простые векселя<sup>9</sup>.

Следует подчеркнуть, что Конвенция содержит ряд положений, которые не характерны для Женевской системы вексельного права. Данное утверждение можно проиллюстрировать, к примеру, сравнив прежде всего существенные реквизиты векселя по Конвенции и ЕВЗ.

Согласно ст.2 Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях *международный переводный вексель* представляет собой *переводный вексель*, в котором названы по крайней мере два из следующих мест и указано, что любые два таких места находятся в разных государствах:

- a) место выставления переводного векселя;
- b) место, указанное рядом с подписью векселедателя;
- c) место, указанное рядом с наименованием плательщика;
- d) место, указанное рядом с наименованием получателя;
- e) место платежа, при том условии, что место выставления векселя, либо место платежа названо в векселе и что такое место находится в Договаривающемся государстве.

*Международный простой вексель* представляет собой *простой вексель*, в котором названы по крайней мере два из следующих мест и указано, что любые два таких места находятся в разных государствах:

- a) место выставления векселя;
- b) место, указанное рядом с подписью векселедателя;
- c) место, указанное рядом с наименованием получателя;
- d) место платежа, при том условии, что место платежа названо в векселе и что такое место находится в Договаривающемся государстве.

*Нормами ст.3 Конвенции ЮНИСТРАЛ предусмотрены следующие реквизиты переводного и простого векселя. Так, переводный вексель* представляет собой письменный документ, который:

- a) содержит безусловный приказ векселедателя плательщику уплатить определенную денежную сумму получателю или его приказу;
- b) указан срок по оплате: по предъявлении или в определенный срок;
- c) датирован;
- d) подписан векселедателем.

*Простой вексель* представляет собой письменный документ, который:

---

<sup>9</sup> Дробышев П.Ю. Вексельное право и Конвенция ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях. - М.: Фонд "Международ. ин-т развития правовой экономики", 1996. - С.68.

a) содержит безусловное обязательство векселедателя уплатить определенную денежную сумму получателю или его приказу;

b) указан срок по оплате: по предъявлении или в определенный срок;

c) датирован;

d) подписан векселедателем.

Как следует из вышеприведенного, в международных векселях отсутствует такой существенный реквизит, предусмотренный ЕВЗ, как «*вексельная метка*». Кроме этого, по нормам ЕВЗ количество реквизитов в Женевском векселе существенно отличается от количества реквизитов в международном векселе. Реквизиты в Женевском векселе являются более строгими и формальными чем реквизиты международного векселя. Обязательные реквизиты переводного векселя указаны в ст. 1 ЕВЗ, а простого-в ст.75 ЕВЗ.

По ЕВЗ документ, в котором отсутствует какое-либо из обозначений, указанных в ст. 1 ЕВЗ, не имеет силы переводного векселя, за исключением следующих случаев:

- при отсутствии особого указания, место, обозначенное рядом с наименованием плательщика, считается местом платежа и вместе с тем местом жительства плательщика;
- переводный вексель, в котором не указано место его составления, признается подписанным в месте, обозначенном рядом с наименованием векселедателя.

Документ, в котором отсутствует какое-либо из обозначений ст.75 ЕВЗ, не имеет силы простого векселя, за исключением определенных случаев:

- простой вексель, срок платежа по которому не указан, рассматривается как подлежащий оплате по предъявлении;
- при отсутствии особого указания место составления документа считается местом платежа и вместе с тем местом жительства векселедателя;
- простой вексель, не указывающий место его составления, рассматривается как подписанный в месте, обозначенном рядом с наименованием векселедателя.

При составлении простого и переводного векселя непременно должны быть все вексельные реквизиты, указанные в ст. ст. 1, 74 ЕВЗ. Отсутствие одного из них в векселе лишает этот документ вексельной силы. Чтобы с первого взгляда определить в документе вексель, необходима вексельная метка, т.е. наименование документа векселем. В этой метке выражается согласие должника подчиниться действию вексельного права. В векселе векселедателем должен быть указан первый приобретатель - лицо, которому или приказу которого должен быть произведен платеж. ЕВЗ не допускает выписки векселя на предъявителя, поскольку в основе векселя лежат реальные денежные сделки с вполне конкретными лицами.

Таким образом, вышеизложенное указывает на то, что *понятие векселя* и его существенные реквизиты в нормах в ЕВЗ и Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях *существенно* отличаются, а *во-вторых*, нормы ЕВЗ о реквизитах векселя в отличие от норм Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях, содержат более строгие правила по соблюдению реквизитов и формы векселя, чем нормы Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях. Кроме того, Конвенцией ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях предусмотрен такой тип векселя, как *неполный вексель*. *Неполный вексель* неизвестен Женевской системе вексельного права. Понятие неполного векселя раскрыто в ст.12 Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях. Как следует из нормы данной статьи, неполным векселем является вексель, который удовлетворяет требованиям, предусмотренным в пункте 1 статьи 1 Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях, и подписан векселедателем переводного векселя или акцептован плательщиком или который удовлетворяет требованиям, предусмотренным в пункте 2 статьи 1 и пункте 2 d статьи 3 Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях, но в котором отсутствуют другие элементы, относящиеся к одному или нескольким реквизитам, предусмотренным в статьях 2 и 3 Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях, может быть заполнен, и заполненный таким образом вексель имеет силу переводного или простого векселя. Таким образом, у *неполного векселя* отсутствуют отдельные вексельные реквизиты, которые характерны для обычного векселя (по-видимому, в связи с неполнотой реквизитов вексель был назван *неполным*). Следующее коренное отличие международного векселя от Женевского векселя – возможность составления международного векселя от имени двух и более векселедателей, а также на два и более получателя платежа по векселю. Это предусмотрено ст.10 Конвенции ЮНИСТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях. Согласно нормам данной статьи *переводный вексель* может быть выставлен:

- a) двумя или более векселедателями;
- b) платежом двум или более получателям, а *простой вексель* может быть выставлен:
  - a) двумя или более векселедателями;
  - b) платежом двум или более получателям.

Если вексель подлежит оплате альтернативно двум или более получателям, он оплачивается любому из них, и любой из этих получателей, кто владеет векселем, может осуществлять права держателя. Во всяком ином случае вексель оплачивается всем получателям совместно, и права держателя могут осуществляться только ими всеми.

Вышесказанное позволяет делать вывод о том, что в Конвенции предпринята попытка совместить основные институты Женевского вексельного права и англо-саксонского вексельного права (*при доминировании последнего*), то есть фактически принята попытка совместить не совместимое. Скорее всего, поэтому абсолютное большинство стран мира не спешат присоединиться к Конвенции. На взгляд автора, наилучшим выходом был бы в качестве основы международного вексельного права использование норм ЕВЗ, поскольку абсолютное подавляющее стран мира используют нормы ЕВЗ для своего национального вексельного законодательства. Следует также отметить, что нормы ЕВЗ – очень лаконичны, они понятны практически неспециалисту, в отличие от норм Единообразного Торгового кодекса США 1978 г. и Закона Великобритании от 18 августа 1882 года, кодифицированное право, относящееся к переводным векселям, чекам и простым векселям.

# What is Mediation? Attempted Systematization of a Widely-Used, But Seldom-Clarified concept

**Dr. Willy TADJUDJE**

*Certified Mediator - civil, commercial and criminal matters (Luxembourgish Ministry of justice)  
Associate Senior Lecturer, University of Luxembourg  
[willytadj@gmail.com](mailto:willytadj@gmail.com)*

## **Abstract**

*There are many alternative dispute resolutions, such as mediation, arbitration, negotiation, conciliation, etc. In practice, these mechanisms are sometimes confused with one another and misused, so that it may become difficult to distinguish precisely one from the others. This article will focus on mediation, and we will see that the concept includes lot of understandings, and there is a need for clarification. The objective of this article is to distinguish mediation from the other alternative dispute resolutions, on the one hand, and to specify what mediation is from a legal point of view, on the other hand. At the end, we will identify some rules and points that can contribute to the systematization of the concept of mediation.*

## **Introduction**

Mediation is an alternative dispute resolution (ADR). It is an effective way of resolving disputes without the need to go to court. It involves an independent third party, called mediator, who helps both sides come to an agreement. Mediation is a flexible process that can be used to settle disputes in a whole range of situations such as consumer disputes, contract disputes, family disputes, neighborhood disputes, etc.<sup>1</sup>.

The role of the mediator is to help parties reach a solution to their problem and to arrive at a common outcome. Mediators avoid taking sides, making judgements or giving guidance. It is not their role. They are simply responsible for developing effective communications and building consensus between the parties.

Mediation is a voluntary process and will only take place if both parties agree to partake in it. It is a confidential process where the terms of discussion are not disclosed to any party outside the mediation hearing. If parties are unable to reach agreement, they can still go to court. Details about what went on at the mediation will not be disclosed or used, even before the court<sup>2</sup>.

Mediation is not the only alternative dispute resolution. There are many others, such as arbitration, conciliation, negotiation, transaction, etc. In practice, there is a need to distinguish mediation from these related processes, because, sometimes, they are used with confusion. All the same, to clarify the concept of mediation, it is important to distinguish between mediation under the

---

<sup>1</sup> Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger, "Mediation and social justice: risks and opportunities", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27:1 2012, 1-52.

<sup>2</sup> Joseph P. Stulberg, "Mediation and Justice: what standards govern", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 6, 2005, 44p.



judicial code from the other types of mediation. It is after all these distinctions have been made that some ideas towards a systematization of the concept of mediation will be formulated.

This analysis will be based on Belgian and Luxemburgish law. In Belgium, apart from arbitration and ombudsmen's services, the main form of alternative dispute resolution (ADR) is mediation in civil and commercial matters. The Belgium Mediation Act came into force on 21 February 2005. The law makes a distinction between voluntary (or conventional) mediation and court-ordered mediation (to which the parties turn when judicial proceedings are already being dealt with). But the Belgian Official Gazette has published the Judicial Code to include the Mediation Act of 21 February 2005. Before the adoption and entry into force of the Mediation Act, only specific piecemeal provisions existed. The Act of 19 February 2001 introduced mediation in family matters into the Judicial Code, and there are a number of non-judicial tribunals for matters such as consumer contracts and the public corporations<sup>3</sup>.

In Luxembourg, the law of 24 February 2012 implementing the EU Mediation Directive 2008/52/EC of 21 May 2008 has been published on 5 March 2012 and entered into force on 9 March 2012. Before, no legislative framework regarding mediation existed in Luxembourg. The Law sets up a domestic commercial mediation framework based on the provisions of the Directive, which promotes the use of mediation by introducing a framework legislation covering European Union (EU) cross-border civil and commercial mediation and addressing key aspects of civil procedure for the enforcement of out-of-court agreements throughout the EU<sup>4</sup>.

## **I- Mediation and related concepts**

### **1. Mediation and arbitration**

Arbitration is an ADR (alternative dispute resolution) method where the disputing parties carry their disagreement to one arbitrator or a panel of arbitrators (private, independent and qualified third party). The arbitrator(s) determine(s) the outcome of the case. While it may be less expensive and more accessible than a trial, the arbitration process has well-defined disadvantages. Some of these disadvantages include the risk of losing, formal or semi-formal rules of procedure and evidence, as well as the potential loss of control over the decision after transfer by the parties of decision-making authority to the arbitrator. By employing arbitration, the parties lose their ability to participate directly in the process. In addition, parties in arbitration are confined by traditional legal remedies that do not encompass creative, innovative, or forward-looking solutions to business disputes<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Xavier Ibarondo, "La loi sur la médiation: obstacle ou opportunité pour les différends commerciaux?", <http://www.eurojuris.net/en/system/files/documents/La%20Loi%20Sur%20la%20Mediation.pdf> (17/11/2015).

<sup>4</sup> Gilles Cabos, "La médiation: une possibilité désormais prévue par la loi", <http://www.cdm.lu/download/2274/article-paru-en-juin-2012-intitule-la-mediation-une-possibilite-desormais-prevue-par-la-loi-.pdf> (17/11/2015).

<sup>5</sup> Avocats.be, "A propos de l'arbitrage...", [http://www.avocats.be/sites/default/files/texte\\_arbitrage3.pdf](http://www.avocats.be/sites/default/files/texte_arbitrage3.pdf) (17/11/2015).

Mediation is an ADR method where a neutral and impartial third party, namely the mediator, facilitates dialogue in a structured multi-stage process to help parties reach a conclusive and mutually satisfactory agreement. A mediator assists the parties in identifying and articulating their own interests, priorities, needs and wishes to each other<sup>6</sup>.

Arbitration and mediation both promote the same ideals, such as access to justice, a prompt hearing, fair outcomes and reduced congestion in the courts. Mediation, however, is a voluntary and non-binding process - it is a creative alternative to the court system. Mediation often is successful because it offers parties the rare opportunity to directly express their own interests and anxieties relevant to the dispute. In addition, mediation provides parties with the opportunity to develop a mutually-satisfying outcome by creating solutions that are uniquely tailored to meet the needs of the particular parties. Unlike arbitrators, mediators do not decide or judge, but instead becomes an active driver during the negotiation between the parties. A mediator uses specialized communication techniques and negotiation techniques to assist the parties in reaching an agreement<sup>7</sup>.

Another important difference between arbitration and mediation exists in regards to choosing the neutral party. In choosing an arbitrator, the parties seek to select an individual that possesses particular legal skills, knowledge and competence. The arbitrator determines the outcome of the dispute according to traditional legal principles, so the arbitrator must be highly knowledgeable in the relevant area of law. In mediation, the selection of a mediator can be made among individuals with a variety of degrees and particular experience or specialized training in the mediation of disputes. Mediators are often described as experts in the process (of mediation), although it is generally helpful to designate a mediator with some degree of subject matter knowledge as well. Mediation is a collaborative effort by all involved, and to arrive at a satisfactory outcome, it includes the willing cooperation and respect of all parties<sup>8</sup>.

The mediation process is both informal and confidential. In contrast to arbitration and its relatively formal rules of evidence and procedure, mediation is flexible in terms of evidence, procedure, and formality. Both procedures are confidential as the parties allow a neutral third-party to discuss or decide the dispute without the exposing the parties' dealings to public scrutiny or judgment. Specifically, the statements of a party during mediation are confidential and may not be disclosed without written consent. Generally, confidentiality in mediation also extends to documents specifically prepared for mediation, such a mediation briefs. Confidentiality is

---

<sup>6</sup> Anne Floor, "La médiation prend de plus en place dans notre société: pourquoi, comment, jusqu'où?", Analyse UFAPEC 2011, n° 09.11, <http://www.ufapec.be/files/files/analyses/2011/0911mediation.pdf> (17/11/2015).

<sup>7</sup> Emmanuel Jeuland, Thomas Clay, *Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution, Alternative à la justice ou justice alternative, Perspectives comparatives*, LITEC, 2005, *passim*.

<sup>8</sup> Demeyere Luc, "The Belgian law on mediation: an early overview", *Dispute Resolution Journal*, Vol. 61, n° 4, October 2006, 6p.

paramount to the effectiveness of the mediation process--it creates an atmosphere where all parties are increasingly comfortable to discuss their dispute without fear that their words will be used against them at a later date. Confidentiality promotes open communication about the issues involved between the parties<sup>9</sup>.

Finally, one unique feature of mediation is that any party, unilaterally, can decide to stop the mediation at any time if they believe the process is not productive, as opposed to an arbitration proceeding, which needs a common approval to discontinue. To be effective, mediation must be considered by the parties as a tool or instrument that the parties can use to manage directly the resolution of their disputes between one another. The focus is their direct, active participation as opposed to the increasingly detached role the parties play in an arbitration proceeding run by an arbitrator<sup>10</sup>.

## **2. Mediation and transaction**

The transaction is a bilateral (or multilateral) agreement whereby the parties end a dispute that has arisen or may arise by making mutual concessions.

It is an abdicative act, the parties waiving their right to act with respect to initial claims, while restoring a contractual balance that had weakened. This is a declaratory act, because it is not a simple convention. It acquires the authority of *res judicata* between the parties on the elements of the dispute settled by amicable means. The Parties intend to substitute the rights to their initial claims. By conferring the binding force of the provisions they adopt, either party may ask the courts to order the other to run if it does not comply: The transaction is the judgment that the parties give to themselves.

Transaction and mediation are both conventional methods of dispute resolution, while arbitration is a judicial one. The friendly character of the transaction is that it is the parties themselves who end their dispute by agreeing. The arbitration decision (award) sets the conflict between the parties imperatively, the solution being that of a judge designated by the parties. But with mediation, the parties set their dispute with the assistance of an independent third party<sup>11</sup>.

Mediation and transaction usually act in complementarity in practice. Indeed, in most cases, the transaction is part of the mediation process. Under Belgian law, litigations likely to end in transaction are those that may be subject to mediation (article 1724 Belgian judicial Code).

## **3. Mediation and negotiation**

---

<sup>9</sup> Piet Taelman, Stefaan Voet, "Belgian Mediation Report 2013", National Report XIX, International Congress of Comparative Law, July 20-27 2014, Vienna, 19p.

<sup>10</sup> Felix Steffek, "Mediation in the European context: an introduction", European Commission, June 2012, 22 p.

<sup>11</sup> Scott R. Peppet, "Contract formation in imperfect markets: Should we use mediators in deals?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 15, 2004, n° 2, 285-304.

Mediation involves two parties who jointly invite a third party to facilitate reaching an agreement. In some cases the mediator might need to understand contract law or to have access to comparative data. However, the principles of mediation require only that the facilitator is able to understand the objectives, beliefs and perceptions of the parties – and then facilitate mutual changes of position until the two parties can agree.

In negotiation the facilitator normally works for one side, training the team or individual in negotiation skills, preparing them for a particular negotiation and coaching them during the negotiation. Many of the processes are the same, though, because the object is to understand the other party and to create an outcome that will fulfil their aspirations as well as one's own.

A first stage is likely to be to enable each party to hear and understand the other. Very often the problem is only real in terms of what the other party is assumed to think. When the parties understand each other's position, the next stage is to understand each other's objectives, in particular, what is important to them about those objectives. The key question could hence be phrased as follows: how could the real objectives be achieved in a manner acceptable to the other party?<sup>12</sup>

#### **4. Mediation and conciliation**

Conciliation is another dispute resolution process that involves building a positive relationship between the parties. However, it is fundamentally different from mediation and arbitration in several respects. While conciliation is typically employed in labor, family and consumer disputes, mediation is encouraged in every type of dispute.

The conciliator is an impartial person that assists the parties by driving their negotiations and directing them towards a satisfactory agreement. It is unlike arbitration in that conciliation is a much less adversarial proceeding. It seeks to identify a right that has been violated and searches to find the optimal solution.

Conciliation tries to individualize the optimal solution and direct parties towards a satisfactory common agreement. Although this sounds strikingly similar to mediation, there are important differences between the two methods of dispute resolution. In conciliation, the conciliator plays a relatively direct role in the actual resolution of a dispute and even advises the parties on certain solutions by making proposals for settlement. In mediation, the neutral agent (mediator) is usually seen as an authority figure who is responsible for the figuring out the best solution for the parties. The mediator, not the parties, often develops and proposes the terms of settlement. The parties come to the mediator seeking guidance and the parties make decisions about proposals made by mediators. In this regard, the role of a conciliator is distinct from the role of a mediator<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Charles B. Craver, "Negotiation Styles: the impact on bargaining transactions", *58-APR Disp. Resol. J.48* (2003).

<sup>13</sup> Law reform Commission, *Dispute Resolution: Mediation and conciliation*, Report, Nov. 2010 (LRC S8-2010), 235p.

The mediator at all times maintains his or her neutrality and impartiality. A mediator does not focus only on traditional notions of fault and a mediator does not assume sole responsibility for generating solutions. Instead, a mediator works together with the parties as a partner to assist them in finding the best solution to further their interests. A mediator's priority is to facilitate the parties' own discussion and representation of their own interests, and guide them to their own suitable solution - a good common solution that is fair, durable, and workable. The parties play an active role in mediation, identifying interests, suggesting possible solutions, and making decisions concerning proposals made by other parties. The parties come to their mediator seeking help in finding their own best solution.

Also the role of the attorneys is different in mediation. Attorneys are more active in mediation in generating and developing innovative solutions for settlement. In conciliation, they generally offer advice and guidance to clients about proposals made by conciliators.

Conciliation and mediation both look to maintain an existing business relationship and to rekindle a lost balance of power between two parties. These concepts are sometimes used as synonyms, but they do indeed differ substantially in their procedures. In mediation, the mediator controls the process through different and specific stages: introduction, joint session, caucus, and agreement, while the parties control the outcome. By contrast, in conciliation the conciliator may not follow a structured process, instead administering the conciliation process as a traditional negotiation, which may take different forms depending on the case.

Conciliation is used almost preventively, as soon as a dispute or misunderstanding surfaces: a conciliator pushes to stop a substantial conflict from developing. Mediation is closer to arbitration in that it intervenes in a substantial dispute that has already surfaced that is very difficult to resolve without professional assistance. The parties approach mediation as an alternative method to resolve their dispute, due to the fact that they both recognize that the conflict has grown potentially serious enough for litigation. Mediation may be used, however, any time after the emergence of a dispute, including the early stages<sup>14</sup>.

Each of the ADR processes addressed herein, arbitration, mediation, negotiation and conciliation, provides important benefits to parties and may be seen as complementary to the judicial process. In Europe, mediation has emerged as one of the most predominant ADR processes because it affords the parties the opportunity to develop settlements that are practical, economical, and durable.

For commercial disputes, mediation also offers the opportunity to create innovative solutions to business disputes that further the unique interests of the parties in an analytical framework that is

---

<sup>14</sup> Henry Funch, "La médiation et la conciliation en Belgique : en évolution, mais lente", *Lusiada. Dereito*, Lisboa, n° 4/5, 2007, 237-247.

broader than traditional legal rights and remedies. In this sense, the mediation process may be used to secure business solutions to business disputes, because it encourages the parties to consider all the dimensions of a dispute, including both legal issues and business interests<sup>15</sup>.

## **II- Types of mediation**

There are two major types of mediation, namely institutional mediation, and professional mediation (mediation under the judicial code).

### **1. Institutional mediation**

Institutional mediation is implemented to resolve disputes between the institutions and the public, whether a legal or natural person. Through their positioning, their experience, their authority, and their independency within the institution, these mediators are encouraged to go further than could previously make a consumer service, a customer service, a complaints service or an internal appeal body. They also have a global vision of the problems detected which helps to better understand the institution failures and allows them to propose changes. One of the advantages of institutional mediation lies in the preventive role and a catalyst for change within the various institutions concerned<sup>16</sup>.

In Luxembourg, institutional mediation is conducted by the Ombudsman or mediator. He receives complaints from businesses and individuals in cases involving them and linked to the functioning of Luxembourg administrations. The Ombudsman is dedicated to find without legal proceedings amicable solutions to problems that it has been presented with. All businesses and all individuals, regardless of their nationality, who deem themselves harmed by an administrative decision or procedure or by the behavior of a public agent may turn to the Ombudsman.

The claimant can refer his case to the Ombudsman if it is a concrete case which is directly related to the claimant and not to the functioning of the administration in general. The claimant can also refer his case to the Ombudsman if he has already asked or intends to ask the authority in question to clarify or change its position. An additional condition is that there has been no answer to this intervention or the answer is not satisfying.

Businesses and private individuals can submit a complaint either by a written individual complaint, by submitting an online complaint on the website of the ombudsman, or by making an appointment with the Ombudsman's secretary and submitting the complaint orally. Verbal complaints can be submitted in another foreign language on condition that the person submitting the complaint is accompanied by an interpreter.

---

<sup>15</sup> Philippe Lemoult, Patricia Malbosc, "Le rôle de la médiation dans la société", *Les cahiers du journalisme* n° 18, Printemps 2008, 112-130.

<sup>16</sup> Salvija Kavalné, Iena Saudargaitė, "Mediation in disputes between public authorities and private parties: comparative aspects", *Jurisprudence*, 2011, 18 (1), 251-265.

The complaint must be accompanied by a summary of the contentious facts, as well as supporting documents like letters and disputed administrative decisions. The Ombudsman checks if the complaint is admissible. If he should decide that the claim is not justified, he informs the claimant of the reasons for his decision. This decision cannot be appealed against in court. If he deems the complaint to be admissible and justified, the Ombudsman sends his recommendations to the authorities in question, in order to have the authorities' concerned reexamine the disputed decision and to reach an amicable agreement about the dispute.

He then informs the person lodging the complaint, in writing, of the results of his proposal. The Ombudsman is neither a judge nor a referee and cannot intervene in judicial proceedings. However, if the institution concerned does not abide by a court ruling, he can summon it to comply within a deadline set by him. A complaint addressed to the Ombudsman does not interrupt the deadlines of appeal to the competent courts. Likewise, the Ombudsman remains in charge of the case even if an appeal has been lodged at court.

Although called a mediator, the Ombudsman is not completely one, compared to the mediator under the Judicial Code. He is in charge only for conflicts involving the administration and he is the only person in charge. Parties are not free to choose their mediator in this case. Also, it is true that the Ombudsman doesn't take decisions, but he provides recommendations to the administration in case he finds the complaint admissible and justified. Unlike matters dealt with the Ombudsman, the initiation of a mediation process can interrupt the deadlines of judicial proceedings<sup>17</sup>.

In some countries, such as France, there are also institutional mediators in the private sector. They are found, particularly in the banking credit, insurance institutions, etc. They collect the complaints of users. A referral procedure is often necessary for the case to be treated. They instruct records, assess and decide on further action on the complaint<sup>18</sup>.

## **2. Mediation under the judicial code (professional mediation)**

There is not a day without the media and people mentioning the holding of mediation in a particular field. However, few people distinguish mediation in the broadest sense from that enshrined in the Judicial Code.

The first can be defined as a structured process, regardless of how it is named or referred to, in which two or more parties to a dispute attempt by themselves, voluntarily, to reach an agreement on the resolution of their dispute, with the assistance of a mediator (European Directive 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Article 3 a).

---

<sup>17</sup> Steven Van Roosboeck, Steven Van De Walle, "The relationship between Ombudsman, Government and Citizens: A survey analysis", *Negotiation Journal*, July 2008, 287-303.

<sup>18</sup> Elisabeth Volckrick, Stéphanie Rigo, "La médiation institutionnelle. Un mode nouveau de légitimation d'une action publique en mutation", *Recherches en Communication*, n° 25, 2006, 91-111.

The second is a confidential, structured process of voluntary consultation between the parties between whom there is a dispute, run by a neutral third party, independent and impartial, which has no judicial powers and whose role is primarily to create the necessary conditions to establish and facilitate communication between parties but also to drive the latter to redefine their relations, among others, leading them to find themselves one or more solutions to the dispute and to select one.

Under the Judicial Code, there are three types of mediation in Belgium: judicial mediation, voluntary mediation and free mediation.

Unlike judicial mediation (which is suggested by a judge, at the joint request of the parties or the judge's initiative, with the agreement of the parties), voluntary and free mediations depend exclusively on the initiative of the parties, which can use it independently of any judicial or arbitral proceedings, before, during or after the conduct of judicial proceedings (Article 1730 of the Belgian Judicial Code in respect of voluntary mediation).

However, only judicial and voluntary mediations receive special legal protection. Thus, they allow, in principle, for the entry into an agreement which will be subject to compulsory execution after an accelerated and simplified judicial procedure. It is the purpose of the operating control of the reached agreement by the judge (this procedure is known as judicial approval).

It is also interesting to know that, if it contains the claim of a right and if it is sent by registered mail, voluntary mediation request worth notice, and suspend for one month the period of limitation of action attached the right claimed (Article 1730 §§ 2 and 3 of the Judicial Code).

In other words, what fundamentally distinguishes the free mediation from other types of mediation it is not only the absence of special legal protection, but also the absence of constraint as to its practical implementation. It depends entirely on the agreement of the parties, without the need, among others, to use the services of an accredited mediator.

While many legal proceedings conclude with decisions that do not pacify the relations between the parties, the practice shows that mediation can permanently set a large number of conflicts, and is less random, less costly and less time as trial.

Mediation should also contribute to reducing congestion in certain jurisdictions, to clear the backlog which they must face and streamline the overall budget allocated to justice without dehumanizing it<sup>19</sup>.

### **III- Main characteristics of mediation**

The key feature of mediation is that it is controlled entirely by the parties themselves. They do not only choose to enter into mediation, but they also retain control over the process throughout and

---

<sup>19</sup> Beatrice Brenneur (ed.), *Overview of judicial mediation in the world, Mediation in the universal language of conflict resolution*, 1st introduction conference on judicial mediation, Paris, 16-17 October 2009, L'Harmattan, 2010, 380p.



they elect the terms of the settlement. Mediation has a number of characteristics and benefits which distinguish it from other forms of dispute resolution:

- **Voluntary**, unless specifically provided in an agreement, parties enter mediation voluntarily and can withdraw at any point during the process;

- **Private and Confidential**, unless agreed by the parties, what is discussed during mediation remains private and confidential. Information cannot be shared and both parties will be required to sign a confidentiality agreement prior to the commencement of the mediation. Any information provided to the mediator in a private meeting with one party will be kept confidential unless it is agreed that it can be shared with the other party;

- **Change of focus**, because mediation looks forward and end encourage parties to move on from the history and focus on the future;

- **User-Friendly**, in the sense that mediation is not and should not be treated as a quasi-judicial process. It has a number of distinct advantages over the court process:

- It is not imposed and takes place at a time and location agreed by the parties;
  - It provides remedies for resolving disputes that may not be available by pursuing legal proceedings;
  - It is informal and flexible allowing for a combination of joint and individual meetings;
  - All parties participate and it is not colored by “legal speak” or involve cross examination;
  - It is quick to arrange and people-focused;
  - It allows parties to be open, provide their views and air strong feelings in a neutral setting directly to each other;
  - Avoids unnecessary legal costs;
  - Improves the channels of communication and understanding between the parties thus preserving relationships;
  - It increases the chances of a mutually beneficial outcome for all parties;
  - It does not require parties to disclose everything;
  - It is much less stressful than going to court<sup>20</sup>.
- As an amicable process, mediation:
    - involves two or more parties in dispute over one or more contract issue(s);
    - is entirely voluntary for non-litigious disputes;

---

<sup>20</sup> Silvia Prins, “Being in good hands’: providing containment in organizational mediation”, 26th IPSO Annual Meeting, Toledo, Spain, [www.ipso.org](http://www.ipso.org), 30p.

- is non-coercive, in that the mediator does not decide for the parties, but rather encourages them to agree to a settlement;
- appears like an 'assisted negotiation', in the sense that the third party neutral (mediator) remains impartial;
- through the mediator may provide relationship-building or procedural assistance and options which had not been previously contemplated by the parties;
- offers a more informal and relaxed process than that of a court or an arbitration;
- rules are those which are agreed to between the parties;
- rely on confidentiality, which is an important ingredient of its process. All communications are without prejudice and cannot be used as evidence in subsequent arbitration or court. Each of the disputing parties control the disclosure of information to the mediator and what information can be disclosed to the other parties.

#### **IV- Systematizing and protecting the concept of mediation?**

Many things can be done to systematize and protect the concept of mediation. Focusing on the Belgian experience, I will underline some ideas. In Belgium, like in many other countries, but unlike in France, the concept of mediation is not defined in the law. This is a very significant problem, because many processes or techniques are usually identified as mediation.

To systematize the concept of mediation, a first step is to provide a definition. It is also important to mention in the law, with all the necessary details, what is mediation, and what is not mediation, following a survey on the use of the concept. In France for example, a 2011 Order was issued under the Act of 17 May 2011 on simplification and improvement of the quality of law. It transposes Directive No. 2008 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. According to the Directive, mediation means any structured process, whatever the name, by which two or more parties attempt to reach an agreement for the amicable resolution of their differences with the help of a third party, the mediator, chosen by them or designated, with their agreement, by the judge hearing the case.

With such a definition, mediation includes various forms of settlement not necessarily provided by official documents: legal or contractual mediation, or mediation systems dependent on public or private services, and in some cases, the conciliator's intervention justice. Following the Directive, the concept of mediation has a meaning broader than that generally used in France or Belgium. Thus the Directive governs not only mediation in the strict sense but also the conciliation conducted by a judicial conciliator. There is a real need for clarification, first at the European level,

so that the Directive will provide a right way to national legislators, for them, to provide an appropriate definition of mediation that will pertinently distinguish it from the other ADR<sup>21</sup>.

In this perspective, and like many other legislators, a certain protection of the notion of mediation can be introduced in the law, so that a misuse of the concept of mediation could be punished civilly and criminally. For instance, the Ombudsman will not be referred as a mediator for example.

Another point that may contribute to systematization of the concept of mediation is the professionalization of mediators, and many questions arise. Mediation as ADR has spread in many areas: family, schools, neighborhoods, etc. This phenomenon cannot be reduced to a simple conflict resolution technique. It is part of a movement for social integration. With the growing demand for mediation, the issue of professionalization of this activity becomes a serious matter. The mediator, as a new player in the field of conflict regulation also raises another question: should we consider mediation as an autonomous profession or as accessory activity to existing professions? Lawyers, social workers, judges believe they practice mediation accessorially in the exercise of their function. But they are not provided mediation bodies. The distinction is important. Mediators meet many difficulties to build their identity around a professional competence. This identity is yet needed to escape the attempts to control the mediation market by traditional legal or social professions.

Should we demand a law giving the mediator a special status? Should the legitimacy of the function of the mediator regulated? But legislating on the status of the mediator does not exclude the pressures from a number of professions that are trying to control access to this new activity.

All the same, at the moment, any person can act as mediator, especially for free mediation, and even for voluntary mediation. Such professionalization can be reached through the requirement of accreditation as imperative condition for a mediator to exercise. In this context, the training, the competences, the education, etc. of the mediator can be guaranteed by their professional association. The issue is to make the mediation a profession, just like, the bar for example. The access to the profession, the ethics of the profession, and the safeguard of the interests of the citizens should be protected by the professional association, knowing that all accredited mediators must become member of such association.

If these points are granted by the legislator, mediation will surely gain in confidence and quality. There will be clarifications over what mediation is, and what mediation is not. There will be more trust over the potential of mediator as a professional, responsible of his action, and answerable before a professional association and the law.

---

<sup>21</sup> Giuseppe De Palo et al., *'Rebooting' the mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediation in the EU*, Study, European Parliament Committee on legal affairs, 2014, 235p.

## The Legal Status Of The Private Bailiff

**A.Y. Assanov**

*КазГЮУ старший преподаватель, магистр юриспруденции кафедры гражданского права и гражданского процессуального права.  
E-mail: [boss.azamat.85@mail.ru](mailto:boss.azamat.85@mail.ru)*

**Abstract:** This article discusses the problematic issues introducing the institution of private bailiffs . The author traces the gradual change in the law on execution of judicial acts. Based on a brief analysis of the current legislation proposed change in payment rates for private bailiffs . Justified and made a proposal for presentation including moral and ethical requirements for the nature of private bailiffs . The author supports the idea of empowering private bailiffs functions on a preliminary investigation of cases involving the failure of judicial acts.

Legal protection and restoration of violated rights are of paramount importance in the public policy of Kazakhstan. Protected or restored by the court the right acquires its real content only when actually meets the requirements of the person concerned, namely after the enforcement of the judgment.

It's no secret that winning the case in court is only the first step to protect their violated rights, fulfill the same court decision - that's another problem that often can not be solved. Kazakhstan's legislation on enforcement proceedings took quite a long stage of its development. The first step to becoming such legislation believe the adoption in 1998 of the Law "On Enforcement Proceedings and Status of Court Bailiffs" from 30.06.1998. In accordance with the decision of the Government of the Republic of Kazakhstan on 07.05.99, the number 931 functions to execute court decisions were assigned to the newly formed Committee for the execution of judgments Mini Ministry of Justice, which carried out special executive and control functions, as well as leadership in the field of ensure the enforcement proceedings.<sup>1</sup>

However, this innovation did not have a positive influence on the situation with the performance of judicial acts. Adopted in 2000, the Presidential Decree №440 of the Republic of Kazakhstan 01.09.2000 "On measures to strengthen the independence of the judicial system of Kazakhstan" identified as the authorized body in the sphere of material - technical and other support activities of the courts, the Committee on Judicial Administration under the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Law "On Enforcement Proceedings and Status of Court Bailiffs" (253 from 30.06.98) // Collection of normative and legal acts and others. Acts on enforcement proceedings in Republic of Kazakhstan. - Astana: Publishing House of the Court Administration Committee under the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan. JSC "Bi-Logistics", 2006. P. 125

<sup>2</sup> Decree of the President of the Republic of Kazakhstan dated September 1, 2000 № 440 "On measures to strengthen the independence of the judicial system of the Republic of Kazakhstan» // [www.online.zakon.kz](http://www.online.zakon.kz)

In 2001, the Presidential Decree of 22.01.2001g №536 «On measures to improve law enforcement in the Republic of Kazakhstan" function to execute court orders from the Ministry of Justice were referred to the Committee on Judicial Administration.<sup>3</sup>

Change of subordination to a certain extent improved the situation. So, if in 2001 were fully satisfied the requirements of claimants for legal acts, that is really been enforced, - 42% of the number of completed production executive documents, in 2002 - 62%, in 2003 69% and in 2004 this indicator has reached almost 71%. Thus, since the transfer of functions to execute court decisions in the actual implementation of the Committee has increased by 29%.<sup>4</sup>

Despite the positive results, the level of execution of judgments remained quite low. Widely discussed the proposal to introduce the institution of private bailiffs was approved by the adoption in 2010 of the new Law "On Enforcement Proceedings and Status of Court Bailiffs" (hereinafter - the Law). The introduction of private bailiffs pursued as its main goal - increasing the number of cases performed that allow claimants to find a choice between public and private bailiffs, unload state apparatus bailiffs would be burdensome for the national budget and increase the efficiency of judicial acts.

As the main motivating factor for a speedy execution of the act was assumed that private bailiffs will be interested in the outcome of the case, it would be sufficient for this simple but rather strong motivation, because his income will depend on the results of execution. In accordance with the law of private bailiffs are remunerated at the rate of 10 per cent of the collected amount or value of the property or ten with MCI individuals and 20 % MCI - from legal entities under the executive production of non-material nature. But in practice, this provision has meant that private bailiffs are often reluctant to take on the execution of judgments with a small amount to recover. Since then, it was suggested to revise the rates of pay of private bailiffs, through the introduction of declining - regressive scale of interest rates, and the higher the amount of duty levied, the lower the rate.<sup>5</sup>

If we talk about private bailiffs, the legal status of private bailiffs got his settlement in the law "On Enforcement Proceedings and Status of Court Bailiffs". They have to meet certain requirements and rigid enough. This age limit (reaching 25 years of age) and educational level (one must have higher legal education) and the requirement for qualification exam, as well as the requirement of an internship and licensing.

---

<sup>3</sup> Decree of the President of the Republic of Kazakhstan dated 22.01.2001 №536 «On measures to improve law enforcement in the Republic of Kazakhstan." [www.online.zakon.kz](http://www.online.zakon.kz)

<sup>4</sup> Zeinulla Makashev Priorities Committee on Court Administration. // [Www. supcourt.kz/rus/](http://Www.supcourt.kz/rus/)  
Decree of the President of the Republic of Kazakhstan dated January 22, 2001 № 536  
"On measures to improve law enforcement in the Republic of Kazakhstan" (amended on 22.09.2010) // [www.online.zakon.kz](http://www.online.zakon.kz)

<sup>5</sup> Smagulova.A Novels in enforcement proceedings the Republic of Kazakhstan. // [www.zakon.kz](http://www.zakon.kz)

List of conditions where a person can not be a private bailiff, even wider, namely, can not be a private bailiff person recognized in accordance with the law of the Republic of Kazakhstan as incapable or partially capable, for which a period of three years prior to his appointment as private bailiff for corruption offenses imposed by a court order administrative penalty; committed corrupt acts; previously dismissed for negative motives to the state, military service, law enforcement and special state agencies, courts and judicial authorities; has not repaid or removed in accordance with the law a criminal record; the debtor for enforcement proceedings, except the person who is the debtor of the enforcement proceedings for the recovery of periodic payments and arrears of periodic collection of more than three months; deprived of a license to engage in activities of the private bailiff.

Also for the private bailiff prohibits employment activity other than teaching and research.

Statutory requirements, are well founded and reasonable. However, we believe that a private bailiffs must be submitted requirements and the moral and ethical character, due to the fact that their activities are directly linked to the implementation of the property and has a high level of corruption.

In order to simplify the procedure for obtaining a license to engage in activities of the private bailiff in February 2012, the license shall be issued in electronic form by the state database "E-licensing". From April 2012 administrative barriers of legislative procedure for obtaining a license to engage in the activities of private bailiffs were removed. Now they can become law enforcement officers with experience of at least ten years without probation and qualification exam. As currently proposed to amend the law with regard to further simplify the procedures for obtaining licenses, namely, it is proposed that for the position of the private bailiff will be enough to pass a qualifying exam and get a license. We believe that this measure will have a positive effect in terms of increasing the number of private bailiffs, but negatively affect the quality of the execution of judgments.

In the Act of 2010 contained many other positive stories, namely, the bailiff was granted the right to collect from the debtor's expenses incurred by the Contractor in the course of enforcement of the judgment, the right to appeal to the court to invalidate the debtor's transactions for the disposal of his property, performed by them in the purpose of concealing property from foreclosure during the preliminary investigation, pending trial or at the stage of enforcement proceedings. Were introduced measures such as the time limit of the debtor in leaving the Republic of Kazakhstan, the debtor refusal to grant a license or temporary license suspension. All these measures were aimed at improving the quality of judicial acts.

Despite the positive results in the performance of judicial acts, there is a number of problems.

Bailiffs are now heavily loaded. The main problem of delay in enforcement is primarily a heavy workload and lack of time as a result. After all, quality and timely examination of cases depends primarily on how much time can be given to each executive officer of the court proceedings.

Today performs in fact about half of the judicial acts and exacted a tiny fraction of cash. In 2012, of the nearly 2 trillion tenge be recoverable really recovered only 82 bln., Or 5%.<sup>6</sup>

Authority of the judiciary is undermined because of the execution of court decisions. In this regard, care should be taken to drastically improve that situation.<sup>7</sup>

According to the Attorney General of the Republic of Kazakhstan, to solve the problems of judicial acts alone organizational methods is not possible, and therefore the need to fundamentally change the approach to the current system of judicial execution.<sup>8</sup>

One of these measures is to increase the legal culture in society, the citizen, the debtor knew that fulfill the court's decision is necessary, and the failure of judicial acts punishable.

Among the measures aimed at improving the performance improvement of judicial decisions is planned to restrict the rights of the debtor to obtain a number of government and non-government services, except for socially significant in the case of non-fulfillment of their obligations. Within the framework developed by the Criminal and Criminal Procedure Codes of the proposed concept to solve the question of giving bailiffs function investigation.

Approved by the Parliament of the Republic of Kazakhstan in December 2013 bill provided for an increase in administrative penalties for failure to perform judicial acts in size instead of 10 to 250 monthly calculation indices (MCI), a legal entity rather than 20 to more than 1,250 MCI, the failure rate of a base restrictions on the rights of the debtor in sphere of issue and validity of the license or special rights.<sup>9</sup>

We believe that these measures do not play a significant role in the enforcement of judicial decisions, as if the debtor has not paid, the increase in the amount that he will be levied, will not contribute to rapid debt repayment. Most likely, on the contrary, it will help to prolong the process of judicial acts on more long term. However, the proposed measure is to reduce the size of the fines, depending on the period of performance of the judicial act. For example, if the debtor to repay the

---

<sup>6</sup> Round table in the Majilis: improving enforcement proceedings // [www.nomad.su](http://www.nomad.su)

<sup>7</sup> Daulbayev AK Kazakhstan has consistently taken measures to improve the activity of judicial acts. <http://www.zakon.kz>

<sup>8</sup> Message from the President of the Republic of Kazakhstan - Leader of the Nation Nursultan Nazarbayev of the people of Kazakhstan "Strategy" Kazakhstan-2050 ": new political course of the settled state" (Astana, December 14, 2012) // [www.zakon.kz](http://www.zakon.kz)

<sup>9</sup> Kazakhstan's parliament passed amendments that increase the penalties for non-performance of judicial acts date treatment. // [www.zakon.kz](http://www.zakon.kz)

debt within 2-3 days, respectively, the size of the penalty may be reduced to 50%. This can affect the speed of execution of judicial acts.

It seems reasonable proposal to amend the existing law, in terms of the debtor's personal liability for failure to perform judicial acts, which provides the only restriction of freedom for a certain period of time. Also consider it necessary to give bailiffs, both private and public, the authority to impose administrative penalties without having to go to court. Accordingly, granting extensive powers enough bailiffs should entail to them more stringent qualification requirements, as well as stricter liability for violations committed by a bailiff in the course of enforcement proceedings.

In the enforcement proceedings is necessary to make greater use of the Internet and modern technology. For example, delivery or notice, debtor tracing may be performed using a cellular connection or the Internet. Although the law allows for such acts, as evidenced by paragraph 1 of article 27 of the Act, which provides that in the event of a statement to that application, participants are notified of enforcement proceedings by telephone, by means of short text messages via cellular communication or by e-mail, as well as with other communication facilities providing fixation notice or call, but this provision was not reflected in the other articles of the law. From a literal interpretation of Articles 29 and 30 of the Act implies that the agenda should be in writing and be sure its delivery by hand. We believe that it is necessary to amend the current law, namely, the more clearly and in detail to regulate the order of application of mobile communication and the Internet in the commission proceedings in the enforcement proceedings.

In the enforcement proceedings is necessary to make greater use of the Internet and modern technology. For example, delivery or notice, debtor tracing may be performed using a cellular connection or the Internet. Although the law allows for such acts, as evidenced by paragraph 1 of article 27 of the Act, which provides that in the event of a statement to that application, participants are notified of enforcement proceedings by telephone, by means of short text messages via cellular communication or by e-mail, as well as with other communication facilities providing fixation notice or call, but this provision was not reflected in the other articles of the law. From a literal interpretation of Articles 29 and 30 of the Act implies that the agenda should be in writing and be sure its delivery by hand. We believe that it is necessary to amend the current law, namely, the more clearly and in detail to regulate the order of application of mobile communication and the Internet in the commission proceedings in the enforcement proceedings.

Improving the performance of judicial and other acts is today one of the most urgent tasks of the state. The solution to this problem Cornerstone will enhance the efficiency of justice, improving the investment climate, strengthening competitiveness.



It is clear that today the problem of judicial execution must not be decided by only the Ministry of Justice. The situation may be solved by efforts of almost all government agencies.

Based on the foregoing, we believe that innovation in the Law of the Republic of Kazakhstan "On Enforcement Proceedings and Status of Court Bailiffs" must raise a new level of quality of judicial decisions and should contribute to the proper and timely execution of acts of court and other organs.

## NONPROFIT ORGANIZATIONS FACING COMPETITION (английский)

**A.A. Arkhangelskaia**

*Peoples' Friendship University of Russia*

*117198 Moscow, Russia, Miklukho-Maklaya st., 6.*

**Keywords:** nonprofit organizations, competition law, European Community, market, case-law, European Court of Justice.

The non-profit voluntary sector plays a fundamental role in the development of the civil society. Many countries recognize the importance of a well-functioning and regulated non-profit sector, active in the market economy, and also directly involved in the process of democratization and European cohesion. In Europe, governments have to acknowledge the increasing significance of this organisational form, and are now facing the necessity of implementing a legal system that provides the “enabling environment” in which nonprofits can operate, and fulfil their tasks.<sup>1</sup>

Despite the increasing amount of literature dealing with nonprofits’ market activities, efficiency, quality standards and production; it is difficult to find authors who directly address the problem of application of competition laws to nonprofit organisations. Probably, the marginal amount of attention dedicated to this problem can be attributed, at least at the European Community level and in Germany, to a lack of significant case-law, or to the difficulties in defining “nonprofit undertakings”, or “nonprofit commercial activities”. The current European Community and German competition laws do not contain specific provisions for nonprofit organisations. Due to the nonprofits’ social function and peculiar characteristics, rules and standards, used to decide cases involving for-profit firms could prove to be inappropriate, or too restrictive.

A society that seeks to encourage competition must construct an institutional framework that channels individual initiative in competitive directions.<sup>2</sup> Thus, the law should prevent those activities that reduce welfare, and enforce those contracts and agreements that implement useful cooperation. Finally, it must forbid those market practices that entail “undue” or “harmful” cooperation, and thereby undermine society’s welfare. In markets, where nonprofits operate, competition law should also give nonprofits incentives to refrain from gratuitously restraining the market. In this way, nonprofit would engage only in forms of cooperation which can allow the better accomplishment, and the enhancement of their social goals and economic function.

In many European countries, the growth of nonprofit sector has been facilitated by a constant cash-flow from the government, which has induced these organizations to develop an increasing

---

<sup>1</sup> See Lakdawakka, Philipson (1998), and, for e.g. the “Communication from the Commission on Promoting the role of voluntary organisations and foundations in Europe” (1997), p. 4-5.

<sup>2</sup> See Coase (1992), p. 717-718, and Hayek (1948), p. 110-114.

degree of dependence on State's funds and grants. Due to the government's support, some nonprofit organizations managed to increase their operational field, becoming a strong competitive actor, especially on the employment market.<sup>3</sup>

Nonprofits in Europe are mainly active in the traditional fields of welfare services, education, health and social services.<sup>4</sup> Moreover, the presence is particularly strong in the field of sport and recreation in general, family support and kindergartens, daycare, nursing, museums, theatres and other cultural events. Throughout the European Community, different kinds of nonprofits are engaged in the training of the unemployed, in some cases acting as providers of government programs, but also independently following their own plans, as well as supplying services for less favoured people and youth.

In all of these fields, nonprofit organizations take part in the market mechanism either on the supply or demand side, in competition with other market actors, being subjected to the European rules on competition.

As suggested by the European Court of Justice, competition law has to maintain a level of flexibility which enables it to adapt its rules to different economic environments and industries, always taking into account the fact that "the nature and intensiveness of competition may vary to an extent dictated by the products or services in question and the economic structure of the relevant market sectors".<sup>5</sup>

The nature and intensity of competition law should not be regarded as a fixed and constant parameter, which can be used as a reference in every market situation, legal and economic context. This could also imply a relaxed application of competition rules, in cases where restrictions of competition are regarded as necessary in order to promote a particular industry or product, a more efficient allocation of economic resources, consumer's needs and social goals of general interest. Such application of competition would be especially beneficial for those organizations which operate in mix-mode markets, fulfilling social goals, but also undertaking economic market activities. In such cases, while the clauses of an agreement or decision might be per se anticompetitive, they might also result in a positive socially beneficial effect.

---

<sup>3</sup> Caritas, for example, actually has more ca. 230.926 full time and part time employees only working in the health sector, ca. 102.106 are dealing with children care and help, ca. 4.260 in family help, ca. 87.991 in elderly care, ca. 52787 in disable care and help, and another 17.149 are dealing with other social services. In total, Caritas employs, only in detailed "neue Caritas Statistic" (2012), [www.caritas.de](http://www.caritas.de), related to 2011-2012.

<sup>4</sup> This is particularly true in Western Europe, where the dominance of nonprofit organizations in the provision of welfare services is probably due to the historical strong presence of the Catholic and Protestant Church, which were usually involved in the exclusive provision of education and social services. To provide some examples, in European context, the Netherlands have a health-dominant nonprofit sector, like the United States, where almost 45 percent of all nonprofits concentrates in these fields. In Germany, for example, nonprofits are active in the social service field and healthcare. See The John Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project (2009), p. 21 ff.

<sup>5</sup> European Court of Justice, opinion in the case 26/76 Metro v. Commission (No 1) (1977) ECR 1875, (1978) 2CMLR 1, par. 20.

Actual rules of competition, although drafted mainly to protect consumers against business firms' anticompetitive behaviour already entail the degree of flexibility necessary to also allow their application to not-for-profit undertakings. This is mainly due to the fact that European competition law has always been conceived as a tool to achieve social and integration goals, and not only as a legal instrument to protect a priori the competitive process.

With the development of a global market place, however, the activities of nonprofit organisations are no longer limited by national boundaries. Conversely, the process of globalization is gradually leading to a proliferation of nonprofits' transnational transactions, agreements and endeavors. The growth of a nonprofit sector operating in a competitive global market conveys an increase in interest regarding cross-national comparative studies of antitrust law, which is evolving from a purely domestic policy to one requiring cooperation, and extraterritorial enforcement.<sup>6</sup>

In the European context, the picture is further complicated, as competition law should pursue the market integration goal, the protection of individual consumers, as well as safeguard the tradition of Member States to protect economic freedom.

We can see that nonprofit organizations can adopt market practices which restrain competition on the market. According to the case-law, in the different jurisdictions taken into consideration, nonprofit organizations are more likely to engage in horizontal agreements and cartelization practices, such as price-fixing, reduction of output and market division.

The enforcement of competition law to nonprofit organizations has to take into consideration both immediate and potential effects of nonprofits' agreements, according to the economic context and market circumstances in which these organizations aim to fulfil. Accordingly, we can suggest to assess the effects of nonprofits' market practices using an across market balancing procedure between pro and anticompetitive consequences of the challenged market practice.

The analysis shows that harmonization, if possible, should focus on developing and fostering adherence to common principle of process, interpretation and analysis, and not the adoption of new antitrust rules for nonprofit organizations. Common norms of process are able to ease the substantive convergence towards common rules, and enhance the likelihood of an effective enforcement of competition law against nonprofit market actors in an international dimension.

---

<sup>6</sup> Cicoria, Cristina. Nonprofit Organizations Facing Competition, The Application of United States, European and German Competition Law to Not-for-Profit Entities (2005). Die Deutsche Bibliothek, p. 69-70.

## Theoretical aspects of nature of aboriginal title in Canada

**A.S. Ivanov (Канада)**

*Osgoode Hall Law School, York University,  
master's degree candidate*

**Abstract:** This article is about specific form of property, which can be received only by the aboriginal people in Canada. In part 1 of the article I will analyze the development of the concept of aboriginal title in Canada. In part 2 I will discuss three main features of aboriginal title, which distinguish it from the ordinary property rights. Also, in this article I will describe rights, which can be granted by aboriginal title.

**Key words:** aboriginal title, aboriginal right, The Royal Proclamation, Sui Generous, content, inalienability, communal nature, source.

Through the history of Canada, Aboriginal people always fought for conformations and acceptance of their Aboriginal rights. Even after *The Royal Proclamation of 1763*<sup>1</sup> and treaties between the Crown and Aboriginal groups, the acceptance of existence of Aboriginal rights was just formal. The situation changed only at the end of 20 century. The Courts confirmed that Aboriginal people have certain legal rights and the Government of Canada should respect these rights. The most important recognition was made in *the Constitutional Act 1982*<sup>2</sup>, which affirmed and recognized the existence of Aboriginal rights.

Aboriginal title is the highest Aboriginal right. It gives to Aboriginal community the right to use and possess the land with some restrictions. The existence of such right shows that common law respects rights of Aboriginal people and connection between Aboriginal groups and their native lands. The Supreme Court of Canada tries to find balance between the interests of Aboriginal groups and the Crown. In *Delgamuukw v. British Columbia*<sup>3</sup> the court answered what is Aboriginal title and the legal test, which can help to determine the existence of Aboriginal title. This decision was the new step in confirmation of right of Aboriginal group to use the land.

The Supreme Court of Canada in *Delgamuukw* was able to create clear definition of the Aboriginal title. Restriction on the use of Aboriginal title are important compromise between the interests of the Crown and Aboriginal people. *Delgamuukw* confirmed the existence of Aboriginal title separately from the *Proclamation* and that right to the title arises from the pre-sovereignty occupation of the land by the Aboriginal group. I agree with definition and approach of the Court to the content of Aboriginal title, however gaps remained in establish of content of Aboriginal title.

### **Historical view on Aboriginal title before the Delgamuukw**

---

<sup>1</sup> *The Royal Proclamation of 1763*. (online: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1370355181092/1370355203645#a6>).

<sup>2</sup> *Constitutional Act, 1982*, being scheduled B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11. (Canlii).

<sup>3</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. (WLNext Can).

*The Royal Proclamation of 1763*<sup>4</sup> recognized the right of Indian people to the land which is in their possession, protected interest of Indian people in those lands and stated that right in the land can be surrendered only to the Crown. The *Proclamation* is a formal attempt to recognize Indian interests in their land and protect such interests. The *Proclamation* have the force of law in Canada and it referred to in Canadian Charter of Rights and Freedoms. The role of *Royal Proclamation* evolved since 1763. It confirms the existence of Aboriginal title, but it does not create it. Aboriginal title exist separately from the *Proclamation* and arises from the pre-sovereignty occupation of the land by Aboriginal group. However, *Proclamation* plays important role, because it shows that Britain respected right of Aboriginal people to their land.

The first case, where was discuss the meaning of *Proclamation* was *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*.<sup>5</sup> This case affirmed that Aboriginal rights and Aboriginal title were being part of law of Canada. The Privy Council in this case stated that Aboriginal title is the burden of the Crown, even though the Crown holds underlying title to the land.<sup>6</sup> Indians have the right to occupy the land they possessed and may surrender it only to the Crown.<sup>7</sup> In addition, Privy Council pointed that the only source of the Aboriginal title is *The Royal Proclamation of 1763*. This view was rejected by the Supreme Court of Canada in *Calder v. A.G. British Columbia*<sup>8</sup>. In this case the Aboriginal group argued that Aboriginal Title to their asserted land has not been extinguished by the Crown. The Court agreed that Aboriginal title existed at common law and that it continue to exist unless it validly extinguished by the Crown. This case confirmed that Aboriginal rights to land existed and they are not solely depend on treaties, legislation or executive orders. This rights existed because of the use and occupation of the land by the Aboriginal people.<sup>9</sup> The effect of this case is significant, because after the decision the Government of Canada, which denied the existence of Aboriginal title, tried to solve all land disputes with Aboriginal people. The Supreme Court of Canada in *Guerin v. the Queen*<sup>10</sup> confirmed that Aboriginal title existed independently from the *Proclamation*.

This history shows the development of idea of Aboriginal title in Canada. In the early cases the Courts stated that Aboriginal rights and Aboriginal title are granted by *the Proclamation* and that they cannot exist without it. Then the ideas of Aboriginal rights and Aboriginal title evolved

---

<sup>4</sup> *The Royal Proclamation of 1763*. (online: <https://www.aadnc-aande.gc.ca/eng/1370355181092/1370355203645#a6>).

<sup>5</sup> *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1887) 14 A.C. 46 (P.C.) (online: [http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1888/1888\\_70.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1888/1888_70.html)).

<sup>6</sup> *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1887) 14 A.C. 46 (P.C.).

<sup>7</sup> *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1887) 14 A.C. 46 (P.C.).

<sup>8</sup> *Calder v. A.G. British Columbia* [1973] SCR 313. (Online: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5113/index.do>).

<sup>9</sup> *Calder v. A.G. British Columbia* [1973] SCR 313. (Online: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5113/index.do>) at para 328.

<sup>10</sup> *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. (Online: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2495/index.do>).

and courts stated that they exist, because of the previous occupation and use the land by Aboriginal people. However, all this decision established the source of Aboriginal title, but they never tried to define and describe the Aboriginal title. In 1997 the Supreme Court of Canada released its decision on *Delgamuukw* where it established the content and nature of Aboriginal title.

### **Sui Generous nature of aboriginal title and content of Aboriginal Title.**

#### **Sui Generous nature of aboriginal title**

Aboriginal title have three “dimensions” which distinguish it from the ordinary property right. These “dimensions” were pointed by the Lamer J. in the *Delgamuukw v. British Columbia*<sup>11</sup>: inalienability, source and communal nature.

First part of the title is inalienability. This means that Aboriginal title cannot be sold, transferred, or surrendered to anyone, other than the Crown.<sup>12</sup> The court in *Delgamuukw* explained that the new settlers or colonies must get title on the land from the Crown and, because of this, they cannot get the title from the Aboriginals.<sup>13</sup> In addition, this restriction protects unique relationship, which Aboriginal people have with their lands.<sup>14</sup> Aboriginal people can surrender Aboriginal title to the Crown, but the Crown will own fiduciary duty to the Aboriginal people.<sup>15</sup>

Second part of the title is its communal nature. Aboriginal title cannot be owned by individual person.<sup>16</sup> This right is collective and it owned by the Aboriginal nation. The decision to surrender land can be made only by the Aboriginal community.<sup>17</sup>

Third part of Aboriginal title is the source. The Court pointed in *Delgamuukw* that *Royal Proclamation*<sup>18</sup> recognizes that Aboriginal title arises from the prior occupation of Canada by Aboriginal people.<sup>19</sup> The prior occupation is important because, “occupation is proof of possession in law and, in the case of aboriginal people, it is that such occupation occurred before the asserting of the British sovereignty that underscores the sui generis nature of Aboriginal title”<sup>20</sup>.

I agree with *Delgamuukw* decision on three “dimensions” of Aboriginal title. I think, the approach that Aboriginal title cannot be transferred to anyone other than the Crown is appropriate one. The main goal of the title is to give opportunity to Aboriginal nation to use the land which they possessed before the occupation by British settlers. The transfer restriction is necessary, because it protects the interest of Aboriginal nation as a group. Otherwise, individual members of the group, which control the community, can have their interest in the transaction of the Aboriginal title to the

---

<sup>11</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. at paras 113-115.

<sup>12</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para 113.

<sup>13</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para 129.

<sup>14</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para 129.

<sup>15</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para 131.

<sup>16</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para 115.

<sup>17</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para 115.

<sup>18</sup> *The Royal Proclamation of 1763*.

<sup>19</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, para 114.

<sup>20</sup> Thomas Isaac, *Aboriginal title* (Saskatoon, Canada: Houghton Boston Printers, 2006) at page 13.

private person. In addition, if the Aboriginal title will be full property right, it will not be clear who owns the land and how it can be divided between the Aboriginal people.

I, also, agree, that Aboriginal title can arise only if the Aboriginal people occupied this land before British sovereignty over it. If it was not an essential part of the Aboriginal title, then the result will be, that aboriginal communities will be able to receive Aboriginal title on the land which they occupied after the British sovereignty. I think, that this feature protects the Crown from unreasonable claims from Aboriginal communities, which using the land without the authorization of the government.

### **The content of Aboriginal Title**

In *Delgamuukw* the court stated that the content of Aboriginal title can be described by two main statements: “first, that aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures; and second, that those protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group’s attachment to that land”.

First of all this means that Aboriginal community can use land for activities which appeared after British sovereignty over the land. It is very important point, because otherwise the rights of Aboriginal will be limited to proven Aboriginal rights. I believe, that such strict restriction is not necessary, because Aboriginal people will not be able to use modern technologies in their aboriginal rights. For example, if Aboriginal will use chainsaw, the Crown can argue that Aboriginals have not got them 300 years ago and because of this they do not have aboriginal right to cut the forest. I think that with such restrictions Aboriginal title will lose its value, because central part of the title is the land and I believe that Aboriginal can use this land with help of modern achievements.

However the Judges in *Delgamuukw* made it clear, that the right to use land by Aboriginals is not limited to the customs and traditions, but it has certain frames. The use of the land must not be irreconcilable with the nature of the Aboriginal group’s attachment to the land. For example, Aboriginal people can argue that they use particular land for fishing and hunting activities. The Court will give them title for this land to do this activities. This mean that Aboriginal community can use this land for fish and hunting purposes, but they will not be able to do such activities, which can have significant effect on hunting and fishing. For instance, they cannot build dam to produce electricity and sell it to province, because this can potentially kill all the fish and, therefore, Aboriginals will not be able to use their Aboriginal rights. However, they can try to build a small dam on river, which will not affect Aboriginal rights, and produce electricity for local communities.

The restrictions for using the land by Aboriginal community will be different and depend on the nature of Aboriginal right, which is associated with the land. For instance, if Aboriginal right to



use specific land limited only to religious or sacral purposes, then, in this situation Aboriginal community may not be able to build anything on this land or do other activities which are controversial to aboriginal right. Situation will be different if land was used for other activities (hunting or fishing), in this scenario Aboriginal community can use the land in such way that it will not make significant impact on their Aboriginal rights. For this reason the evidence that “led to prove Aboriginal title becomes crucial for determining future uses to which the land subject to aboriginal title will be eligible”. Therefore, “the scope of uses can be either wide or narrow”. In order to use the land under the Aboriginal title, in the way aboriginal title does not allow, Aboriginal community have to surrender this land to Crown. I think, that restriction on use of land is crucial to Aboriginal title, because, otherwise, Aboriginal people will use this land in the way opposite to the law and regulations

## Обеспечение участия граждан в осуществлении гражданского судопроизводства

**И.А. Банников**

*аспирант кафедры гражданского процесса  
Московского государственного  
университета им. М.В. Ломоносова  
119234, Москва, ул. Ленинские Горы, 1, к. 13.*

1. Существуют следующие исторические формы участия граждан в отправлении правосудия по гражданским делам.

Для англосаксонской гражданской процессуальной системы – это суд присяжных. В.К. Пучинский, отмечал по этому поводу следующее: *«Принцип участия присяжных заседателей (жюри) в отправлении правосудия характерен для ряда стран, юридические системы которых основаны на концепциях общего права. ...Институт возник на раннем этапе английского средневековья»<sup>1</sup>.*

В гражданском процессе стран континентального права суда присяжных отсутствует. Однако здесь имеют место аналоги, хотя и не идентичные суду присяжных, но в определённой степени сходные с ним по принципу коллегиальности. Речь идет о коллегиальном составе суда из трёх судей, иногда именуемом «суррогатом суда присяжных»<sup>2</sup>. Участие граждан в отправлении правосудия, наряду с профессиональными судьями, в странах романо-германской правовой семьи имеет место и в иной форме, например суд шеффенов (Schöffengericht), состоящий из профессионального судьи и двух представителей народа.

Схожим по своей правовой сущности является институт народных заседателей, существовавший в советском гражданском процессе.

2. Участие граждан в отправлении правосудия является конституционным правом граждан и закреплено в ч. 5 ст. 32 Конституции Российской Федерации (*далее Конституция РФ*). Право граждан Российской Федерации участвовать в осуществлении правосудия в порядке, предусмотренном федеральным законом, закреплено также ч. 1 ст. 8 ФКЗ от 31.12.1996 N 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации». В.М. Жуйков справедливо отмечает, что *«поскольку принцип осуществления правосудия только судом основан на Конституции РФ и нормах международного права, то он должен действовать в отраслевом (процессуальном) законодательстве, регулирующем отдельные виды судопроизводства, очевидным образом равнозначно-безусловно, с учётом их особенностей,*

<sup>1</sup> Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран / Под ред. В.В. Безбаха. М. Зерцало. 2008. С. 44-45.

<sup>2</sup> Lariviere D.S. Overview of the Problems of French Civil Procedure // American Journal of Comparative Law. 1997. N 45. P. 744.

но без неоправданных и существенных различий»<sup>3</sup>. Однако в нормах действующих процессуальных кодексов такие различия усматриваются. При сравнительном анализе норм УПК РФ, ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ становится очевидным, что институт участия граждан в отправлении правосудия реализован по-разному: в форме институтов присяжных заседателей, арбитражных заседателей либо не реализован вовсе. Исследователи данной проблемы зачастую ограничиваются лишь констатацией её наличия.

3. Вопрос возможной о форме участия граждан в отправлении правосудия по гражданским делам обсуждался ещё на этапе принятия современного ГПК РФ. Предлагался вариант введения института присяжных-заседателей при рассмотрении гражданских дел. Сторонниками данной идеи выступали: Г.А. Жилин, С.Б. Ромазин, М.М. Бобров<sup>4</sup>. Данная позиция нашла оправданную критику. Так **В.К. Пучинский** отмечал: *«Зачем пересаживать американский опыт на нашу почву. Американцы отказываются от суда присяжных, англичане тоже»*<sup>5</sup>.

Действительно, современная практика показывает, что в Великобритании рассмотрение гражданских дел с участием суда присяжных носит характер единичных случаев, а в США, в настоящее время, присяжными рассматривается не более 2% от общего числа гражданских дел, разрешаемых федеральными судами<sup>6</sup>.

Институт народных заседателей, существовавший в советском гражданском процессуальном праве, являлся одним из краеугольных институтов советского правосудия<sup>7</sup>. По замечанию Н.А. Чечиной, данный принцип, как часть системы принципов советского гражданского процессуального права, выступал одним из проявлений демократизма советского социалистического процессуального права, судебной деятельности и процессуальной формы, являлся проявлением принципа участия трудящихся в управлении государством<sup>8</sup>.

В ходе судебной реформы 90-х годов роль данного правового института изменилась. В 1992 году, появилась новая редакция ст. 6 ГПК РСФСР 1964 г. Было установлено, что гражданские дела рассматриваются судьёй единолично, если лица, участвующие в деле не возражают против этого. При наличии таких возражений, дело рассматривалось коллегиально судом в составе судьи и двух народных заседателей. Указанные изменения

---

<sup>3</sup> Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>4</sup> См.: Путь к закону (исходные документы, пояснительные записки, материалы конференций, варианты проекта ГПК, новый ГПК) / Под ред. М.К. Треушников М. 2004. С. 84, 87, 90.

<sup>5</sup> Там же. С. 120.

<sup>6</sup> Малешин Д.Я. Гражданская процессуальная система России. М.: Статут, 2011. С. 161.

<sup>7</sup> Жуйков В.М. Указ. соч.

<sup>8</sup> Чечина Н.А. Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление// Правоведение 1960 № 3. С. 80-81.

были связаны с качественным изменением состава принципов гражданского процессуального права и расширением принципа диспозитивности.

Фактически институт народных заседателей прекратил своё существование с введением в действие новых процессуальных Кодексов (ст. 2.1 Федерального закона «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 18 декабря 2001 г. и ст. 2 Федерального закона «О введении в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» от 14 ноября 2002 г. в результате чего, Федеральный закон «О народных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» признан утратившим силу. В литературе также отмечается, что исчезновение института народных заседателей обусловлено политико-экономическими факторами, изменением структуры форм собственности в экономике государства, как отмечает М.К. Треушников *«Предприятия перестали отпускать большое количество людей в суд»*<sup>9</sup>.

Институт арбитражных заседателей регламентирован в настоящий момент нормами АПК РФ, а также нормами Федерального закона от 30.05.2001 N 70-ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации». Законодательное закрепление данного института прошло длительный и непростой путь: от установления возможности привлечения арбитражных заседателей к рассмотрению дела на основании волеизъявления стороны в виде ходатайства, до введения дополнительного критерия для такого привлечения – положения ч. 1 ст. 19 АПК РФ, в соответствии с которым указанное ходатайство должно обосновывать «особую сложность дела и (или) необходимость использования специальных знаний в сфере экономики, финансов, управления. Хотя и до вступления в силу Федерального закона от 27.06.2010 г. практика, по свидетельству В.М. Шерстюк<sup>10</sup> ограничительно толковала закон, требуя обосновать заявленное стороной ходатайство в соответствии со ст. 159 АПК РФ, а положительное решение вопроса об участии арбитражных заседателей ставиться в зависимость от сложности дела и необходимости использования специальных познаний в области коммерции, банковского, страхового дела<sup>11</sup>. При этом, критерий особой сложности дела является весьма оценочным и труднопрогнозируемым, в свете того, что арбитражный процесс (как и гражданский), в рамках рассмотрения каждого конкретного дела, является категорией динамичной, предполагающей возможные осложнения в ходе разрешения дела. При анализе института

---

<sup>9</sup> Треушников М.К. «Дела выигрываются и проигрываются до процесса»: Интервью // Московский юрист. 2011. № 1. С. 113.

<sup>10</sup> Шерстюк В.М. Современные проблемы гражданского и арбитражного судопроизводства. Сборник статей. М. Статут, 2015. С. 131.

<sup>11</sup> Там же. С. 131.

рассмотрения дел с участием арбитражных заседателей, в литературе делается вывод о том, что существующее его регулирование *«никак не укрепляет гарантии судебной защиты прав организаций и граждан и по существу делает формальным институт участия арбитражных заседателей в арбитражном судопроизводстве»*<sup>12</sup>.

Нам также будет интересным изучить систему позитивных цензов (требований) предъявляемых к арбитражным заседателям. Согласно ч. 2 ст. 2 АПК РФ арбитражными заседателями могут быть граждане, достигшие 25 лет, но не старше 70 лет, с безупречной репутацией, имеющие высшее образование и стаж работы в сфере экономической, финансовой, юридической, управленческой или предпринимательской деятельности не менее пяти лет. Закон устанавливает возмездность деятельности арбитражных заседателей, устанавливает для них ряд социально-экономических гарантий (в том числе: сохранение за ними основного места работы на период осуществления полномочий, среднего заработка по основному месту работы) и иных гарантий (в том числе государственную защиту, как лиц, осуществляющих правосудие). Рассмотренные требования к арбитражным заседателям достаточно высоки и обеспечивают компетентность лиц, привлекаемых к осуществлению правосудия в указанном качестве. По нашему мнению, институт арбитражных заседателей, при надлежащей организации его правового регулирования, обеспечивающего в первую очередь реальность привлечения арбитражных заседателей к рассмотрению гражданских дел, способен повысить эффективность судопроизводства в арбитражных судах.

4. Проблема восстановления института народных заседателей в гражданском процессе в наши дни не является широко обсуждаемой в процессуальной литературе. Более того, глава 2 «Состав суда. Отводы» Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации не упоминает данный институт, предлагая вместе с тем сохранить институт арбитражных заседателей. Это, на наш взгляд, противоречит задаче, поставленной перед разработчиками Концепции: «устранить различия по отношениям в процессуальном праве»<sup>13</sup>.

В настоящее время, по нашему мнению, **существует необходимость восстановления института народных заседателей в гражданском процессе**. И необходимо это не только с точки зрения реализации конституционного положения об участии граждан в отправлении правосудия в гражданско-процессуальном законодательстве.

Введение данного института способствует достижению целей гражданского судопроизводства, а также обладает рядом достоинств, по сравнению с существующей

---

<sup>12</sup> Там же. С. 133.

<sup>13</sup> Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации/ Вступ. Слово П.В. Крашенинникова. М., 2015. С. 11.

моделью, когда большинство гражданских дел рассматривается судьёй единолично. Часть 1 ст. 6 «Конвенции о защите прав человека и основных свобод» (далее *Конвенция*) устанавливает: *«Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона»*. Категория «справедливости» разбирательства гражданского дела в процессуальной литературе зачастую оставляется исследователями без внимания. Её место обычно занимают другие неотъемлемые и не менее важные требования, которым должно отвечать рассмотрение гражданского дела: законность и своевременность. Однако такой подход противоречит приведённому положению Конвенции, а значит и Конституции РФ, противоречит социальному назначению института правосудия. Как известно, законотворчество и институт судебной власти существует не для того, чтобы просто наличествовать в обществе. Это механизм социальной регуляции, цивилизованное средство разрешения социальных конфликтов. И в этом отношении следует согласиться с Э.М. Мурадяном в том, что *«суд-институт общественно – государственный»*<sup>14</sup>. Таким образом, введение в состав суда народных заседателей, по нашему мнению, будет способствовать достижению баланса между законностью (в её позитивном понимании) и общественным представлением о справедливости. Это необходимо для предотвращения социальной конфронтации в обществе между государственными институтами в лице судов и гражданским обществом, для утвердительного ответа на вопрос *«Воспринимается ли судебная власть обществом как своя, или она остается чуждой, от которой лучше держаться подальше?»*<sup>15</sup>.

В настоящий момент, по нашему мнению, существует социальный запрос на введение в гражданском процессе коллегиального состава суда с участием народных заседателей по отдельным категориям гражданских дел. Это общественно-значимые дела следующего характера: споры вытекающие из брачно-семейных отношений, в особенности споры о детях, жилищные споры (о вселении и выселении), споры вытекающие из трудовых отношений, к категории «социально значимых» в литературе также относят экологические споры, споры о защите прав потребителей, связанные с оказанием медицинских услуг, связанные с градостроительной деятельностью.

При этом, коллегиальное рассмотрение обладает рядом преимуществ, перед единоличным рассмотрением дела судьёй:

---

<sup>14</sup> Мурадян Э.М. «О принципах гражданского судопроизводства» //Современное право, N 6, 2000// СПС «Консультант Плюс».

<sup>15</sup> Там же.

- 1) повышение гарантий независимости суда;
- 2) полнота видения фактических обстоятельств дела в их социальной взаимосвязи;
- 3) привлечение к разрешению гражданских дел лиц обладающих специальными познаниями и опытом, в дополнение к знанию судьи о содержании действующего законодательства;
- 4) обеспечение объективности, непредвзятости судей при разрешении дел;
- 5) предотвращение негативных факторов, связанных с закрытостью судебной системы<sup>16</sup>;
- 6) опора судебной власти на гражданское общество, обратная связь с ним и как следствие обеспечение социально-эффективного правосудия;

Введение рассматриваемого института поможет сгладить негативные факторы, осознано или не осознано давящие на личность судьи, при отправлении правосудия. Это «профессиональная деформация» - явление, при котором в результате профессиональной деятельности, происходит утрата связи личности с социальной реальностью. Когда судьи не воспринимают социальную сущность отдельного спора, а видят его исключительно через призму имеющихся юридических фактов и применимых правовых норм. Более того, по авторитетному свидетельству В.М. Жуйкова судьи работают с чрезмерной и возрастающей нагрузкой<sup>17</sup>. В этих условиях, вероятно, естественной подсознательной реакцией личности судьи будет значительная заинтересованность судьи в быстром рассмотрении дел, сокращения их остатка<sup>18</sup>, что может отразиться как на законности, так и на справедливости принимаемого решения. За основу формирования института народных заседателей можно взять правовое регулирование института арбитражных заседателей, в части предъявляемых к заседателям требований о достижении определённого возраста (по нашему мнению должен быть повышен до 30 лет), наличия высшего образования и опыта в определённой сфере деятельности. Данная деятельность должна быть достойно оплачиваема, народным заседателям необходимо предоставить надлежащие гарантии и компенсации, связанные с отсутствием на месте постоянной работы.

В литературе, при анализе института народных заседателей в советском гражданском процессе, были высказаны отрицательные факторы, связанные с их участием в рассмотрении дел. Главными из них являлись трудности в обеспечении явки народных заседателей в

---

<sup>16</sup> В.М. Жуйков. Непростые вопросы судебной реформы // Советская юстиция. 1990. № 11 С. 3

<sup>17</sup> Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>18</sup> Руднев В.И. Необходимость участия народных заседателей в отправлении правосудия как гарантия реализации конституционных прав граждан //Адвокат", 2005, N 8 //СПС «Консультант Плюс».

назначенное время для участия в судебном разбирательстве, и как следствие затягивание процесса, а также трудности в подборе необходимого числа заседателей<sup>19</sup>.

На наш взгляд данные трудности не являются непреодолимыми, они свойственны и институту присяжных заседателей в российском уголовном процессе, который, тем не менее, успешно существует на протяжении ряда лет.

Главное в том, что данные негативные факторы выявлены и известны. Процессуальной науке остаётся наметить пути их преодоления, именно это её задача и задача юриспруденции в целом. Преодоление указанных проблем нам видится через налаживание взаимодействия судебных органов с институтами гражданского общества (профессиональными союзами, ассоциациями, обществами и т.д.) которые могли бы обеспечить комплектование корпуса народных заседателей. Более того, огромное количество специалистов в медицинской, психологической, трудовой, социальной сферах трудоустроены в организациях государственной формы собственности, и у государства, как основного работодателя указанных лиц не может возникнуть конфликта интересов при осуществлении ими функции по отправлению правосудия в качестве народных заседателей. Немаловажным при формировании корпуса народных заседателей является разумное сочетание добровольности, возмездности указанной деятельности, обеспечения её надлежащими правовыми гарантиями, о которых говорилось выше.

Таким образом, **конституционное положение об участии граждан в отправлении правосудия в настоящий момент нуждается в реализации в нормах гражданского процессуального законодательства.** Это необходимо не только для *«устранения ни на чём не основанного и ничем неоправданного различия в регулировании участия граждан в отправлении правосудия в нормах различных процессуальных кодексов, что даёт основания сделать вывод о неравенстве участников процессов в судах общей юрисдикции и арбитражных судах»*<sup>20</sup>, но и для обеспечения социальной эффективности, справедливости и гражданского доверия к правосудию по гражданским делам.

---

<sup>19</sup> Приходько И.А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. Спб.: Издательство юридического факультета С.-Петербургского государственного университета, 2005// СПС «Консультант Плюс».

<sup>20</sup> Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006 // СПС «Консультант Плюс».



## Реализация имущества должников (банкротов) в странах СНГ

**А.М. Бронников**

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

Реализация имущества должников с использованием электронных технологий представляет собой высокоэффективный механизм расчетов с кредиторами. В настоящее время система электронной продажи имущества в странах СНГ находится на стадии активного развития. В данной статье рассматриваются актуальные статистические данные, а также положения законодательства о торгах по реализации имущества должников в странах СНГ на примере Белоруссии и Казахстана.

**Ключевые слова:** Банкротство, имущество должника, торги, электронные торги, аукцион, конкурс, публичное предложение, преимущества электронных торгов, конкурсное право, несостоятельность.

Реализация имущества должников с использованием электронных технологий представляет собой высокоэффективный механизм расчетов с кредиторами. В настоящее время система электронной продажи имущества в странах СНГ находится на стадии активного развития. Как показывает опыт, реализация имущества на электронных торгах не только позволяет в разы увеличить полученную выручку, но и делает процедуру торгов открытой, доступной и прозрачной, исключая коррупционные проявления в указанной отрасли.

В данной статье нами рассматриваются актуальные статистические данные, а также положения законодательства о торгах по реализации имущества должников в странах СНГ на примере Белоруссии и Казахстана. Выбор этих стран обусловлен созданием Евразийского экономического союза (далее: ЕАЭС), который начал действовать с 01 января 2015 года после вступления в силу "Договора о Евразийском экономическом союзе"<sup>1</sup>. Как отмечал В. В. Путин, ЕАЭС позволит укрепить экономику стран-участниц союза, «сблизиться друг с другом», а также модернизировать и повысить конкурентоспособность. Создание общего для ЕАЭС механизма по реализации имущества должников позволит привлечь массу новых покупателей такого имущества, ускорить этот процесс и, как следствие, сделать систему расчета с кредиторами в случае несостоятельности еще более эффективной.

Продажа имущества должников в Республике Беларусь (далее: РБ) регулируется Законом Республики Беларусь от 13.07.2012 № 415-3 «Об экономической несостоятельности (банкротстве)»<sup>2</sup> (далее: Закон РБ). В частности, статья 126 Закона РБ раскрывает меры по восстановлению платежеспособности должника, среди которых значатся продажа части

---

<sup>1</sup> "Договор о Евразийском экономическом союзе" (Подписан в г. Астане 29.05.2014) (ред. от 10.10.2014, с изм. от 23.12.2014);

<sup>2</sup> Закон Республики Беларусь от 13.07.2012 №415-3 "Об экономической несостоятельности (банкротстве)" (Текст с изменениями и дополнениями на декабрь 2013 года);

имущества должника, а также продажа предприятия должника как имущественного комплекса.

Санация предприятия в РБ начинается после принятия хозяйственным судом соответствующего решения и вводится на срок не более 18 месяцев, однако при наличии обоснования, в том числе экономического, а также ходатайства со стороны государственного органа, согласованного с Советом Министров, срок может быть продлен до 5 лет.

В соответствии с законодательством Республики Беларусь, после проведения управляющим учета, реализации подлежит все имущества должника, за исключением имущества, изъятого из оборота, имущественных прав, связанных с личностью должника, а также права, основанные на специальном разрешении (лицензии) на осуществление отдельных видов деятельности. При этом, в пределах своей компетенции управляющий также вправе самостоятельно распоряжаться таким имуществом, предъявлять требования о возврате имущества к третьим лицам от имени должника, исполнять обязательства по оплате труда и тд.

На основании ст. 127 Закона РБ, управляющий в соответствии с утвержденным планом санации предприятия должен приступить к реализации имущества должника на торгах. Такие торги должны проводиться в форме аукциона, а в некоторых случаях, когда речь идет о реализации градообразующего или приравненного к нему предприятия и его имущества, а также недвижимого имущества, используемого в целях производства сельскохозяйственной продукции должны проводиться в форме конкурса. Если при проведении аукциона основным критерием выявления победителя является максимально предложенная цена, то в конкурсе – участник, который по заключению конкурсной комиссии предложил лучшие условия. Также, условиями конкурса могут быть: наличие достаточного опыта у покупателя по эксплуатации такого рода предприятий, производственных мощностей, допусков, квалификации персонала и тд., в зависимости от специфики реализуемого имущества или предприятия.

Торги могут проводиться как в электронной, так и в обычной форме, и, в большинстве своем, являются открытыми. Закрытые же торги вводятся только для ограниченного в обороте имущества. Правила и порядок проведения электронных торгов регулируется постановлением Министерства экономики Беларуси<sup>3</sup>.

Извещение о проведении торгов, не менее чем за тридцать дней до проведения торгов, размещается в Едином государственном реестре сведений о банкротстве, на сайте <http://bankrot.gov.by/>, а также публикуется в печатных средствах массовой информации.

---

<sup>3</sup> Постановление Министерства экономики Беларуси от 21.11.2012г. № 100 «Об утверждении правил проведения торгов в электронной форме в процедурах экономической несостоятельности (банкротства)»

Интересным положением в Белорусском законодательстве является ст. 381 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь<sup>4</sup>. В ней указывается, что до изъятия или реализации имущества должник вправе сам под контролем судебного исполнителя реализовать арестованное имущество по цене не ниже указанной в акте описи и передать вырученные от продажи суммы взыскателю или судебному исполнителю.

На основании справки об экономической несостоятельности (банкротстве)<sup>5</sup>, опубликованной на официальном интернет-портале системы судов общей юрисдикции Республики Беларусь <http://www.court.by/>, в период с 01.01.2015 по 01.02.2015 общее количество дел об экономической несостоятельности (банкротстве), находящихся в производстве экономических судов, составило 1962 дела, из которых количество дел об экономической несостоятельности (банкротстве) организаций частной формы собственности составляет 1920 дел, то есть 98 % от общего количества дел данной категории. На основании этих данных можно сделать вывод об огромном количестве реализованного и реализуемого имущества банкротов в РБ.

В Республике Казахстан (далее: РК) реализация имущества банкротов ведется на основании Закона «О реабилитации и банкротстве»<sup>6</sup> (далее: Закон РК). В ч. 1 ст. 99 Закона РК раскрывается 2 способа реализации активов и прав требования банкротов: путем проведения электронного аукциона либо методом прямой продажи.

Срок проведения процедуры банкротства в РК не может превышать девять месяцев, а в случае ходатайства банкротного управляющего и с согласия собрания кредиторов может быть продлен судом не более чем на три месяца.

Проведение электронного аукциона осуществляется банкротным управляющим в соответствии с планом продажи, который согласуется с судом и собранием кредиторов. Данный план разрабатывается банкротным управляющим на основании инвентаризации и оценки имущественной массы банкрота.

Ст. 96 Закона РК описывает имущество должника, которое включается и не включается в имущественную массу. Так, реализации подлежит: 1) имущество банкрота, даже если оно не отражено в его финансовых документах, но на которое имеются документы о праве собственности; 2) права постоянного и долгосрочного временного землепользования банкрота; 3) личное имущество индивидуального предпринимателя банкрота, участников

---

<sup>4</sup> Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15 декабря 1998 г. № 219-З (с изм. и доп. от 1 июля 2014 г.)

<sup>5</sup> Справка по делам об экономической несостоятельности (банкротстве), находящимся в производстве экономических судов в период с 01.01.2015 по 01.02.2015 ([http://www.court.by/online-help/bankr\\_inf/](http://www.court.by/online-help/bankr_inf/))

<sup>6</sup> Закон Республики Казахстан от 7 марта 2014 года № 176-V «О реабилитации и банкротстве» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 29.12.2014 г.)

полных товариществ, имущество бывших участников полного и командитного товариществ, участников товарищества с дополнительной ответственностью.

Имущество не подлежащее реализации представляет достаточно внушительный список, среди которого: 1) материальные ценности государственного материального резерва; 2) средства ликвидационных фондов, созданных в соответствии с законодательством о недрах и недропользовании; 3) имущество, входящее в состав объекта концессии; 4) права временного безвозмездного и временного краткосрочного возмездного землепользования (аренды) и др.

Инвентаризация имущества должника осуществляется временным управляющим, о чем предоставляется отчет собранию кредиторов, который может быть утвержден или возвращен для уточнений. На основании утвержденного отчета производится оценка имущества, для которой привлекаются соответствующие специалисты и независимые эксперты, после чего управляющий вправе выставить имущество на электронный аукцион.

Порядок проведения и организатор электронного аукциона определяется Постановлением Правительства Республики Казахстан «Об утверждении правил проведения и определения организатора электронного аукциона по продаже имущества (активов) должника (банкрота)»<sup>7</sup>. Данное Постановление Правительства утверждает правила и порядок проведения электронных аукционов по продаже имущества должников, наделяет акционерное общество «Информационный-учетный центр» правами организатора таких электронных аукционов, а также информирует о создании веб-портала реестра государственного имущества <http://www.gosreestr.kz>, как единой информационной точке доступа к базе данных по продаже имущества должников.

Прямые продажи имущества банкротов осуществляются на основании ч.6 ст.99 Закона РК. Все условия, включая цену, покупателя и даже срок заключения с ним договора купли-продажи определяются исключительно единогласным решением собрания кредиторов и с обязательного согласия собственника реализуемого имущества.

На основании отчета по статистике проведения электронных аукционов из официальной базы данных по продаже имущества должника<sup>8</sup> в период с сентября 2014 года по февраль 2015 года проведено более 400 электронных торгов по реализации имущества должников на общую сумму более 13 000 000 000 казахских тенге, что по курсу ЦБ РФ на 21.02.2015 составляет 4 333 342 000 рублей.

---

<sup>7</sup> Постановление Правительства Республики Казахстан от 8 июля 2014 года № 777 «Об утверждении Правил проведения и определения организатора электронного аукциона по продаже имущества (активов) должника (банкрота)».

<sup>8</sup> Единая информационная точка доступа к базе данных по продаже имущества должников в РК. <http://das.gosreestr.kz/p/ru/MnuAsReport>

Исходя из проведенного исследования нормативно-правовой базы следует, что сроки проведения процедуры санации, имущественная масса должников, подлежащая реализации, а также возможность проведения торгов в электронной форме позволяют создать объединенную систему по реализации имущества должников в рассматриваемых странах СНГ. Проанализировав статистические данные по проведенным торгам в Белоруссии и Казахстане, можно сделать вывод, что эта система успешно работает и развивается.

По нашему мнению, достижение необходимых соглашений в рамках ЕАЭС на тему реализации имущества должников посредством электронных торгов и создание единой, унифицированной торговой площадки по продаже имущества должников позволит привлечь огромное количество покупателей на торги, сделает процедуру намного проще, что значительно увеличит скорость реализации имущества и позволит сократить случаи признания торгов несостоявшимися по причине отсутствия поданных на торги заявок. Также это улучшит инвестиционный климат и стимулирует развитие бизнеса, что, в свою очередь, будет способствовать развитию экономики и повысит конкурентоспособность на территориях стран-участниц ЕАЭС.

## **Особенности правового регулирования договора банковского кредитования в странах Латинской Америки**

**А.В. Горохов**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Макля, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: ant493@mail.ru*

В статье рассматриваются характерные для стран Латинской Америки черты договора банковского кредитования и их практическое значение при правоприменении.

**Ключевые слова:** договор банковского кредитования, кредитный договор, Латинская Америка, Аргентина, кредитные правоотношения, форма договора

Говоря о том, что представляют собой кредитные правоотношения на территории стран Латинской Америки, нельзя не отметить, что правовая природа и сущность кредитных правоотношений, как собственно, и вообще правовая культура находилась, да и продолжает находиться под значительным влиянием европейского права и европейской правовой культуры.

Помимо этого, право различных стран Латинской Америки перенимало право различных стран Европы, это во многом зависит от того, колониями какой европейской страны были данные страны немногим более полувека назад. В частности, таким относительно небольшим промежутком времени в какой-то части и подтверждается довольно тесная взаимосвязь правового регулирования между странами Латинской Америки и странами Европы.

Если говорить о том, на какие страны наибольшее влияние оказало гражданское право Франции, то это: Боливия, Гаити и Доминиканская республика.

Наибольшему влиянию гражданского права Испании подверглись Гондурас и Панама, а больше всего – Куба.

Примерно в равных пропорциях, влиянию гражданского права Германии и Италии подвержены Боливия, Бразилия, Мексика и Парагвай.

Также стоит отметить и страны, разработавшие довольно большую часть своего гражданского законодательства самостоятельно, но тем не менее находившихся также под влиянием гражданского права Франции, и взявших за основу Гражданский Кодекс Наполеона. К таким странам относятся: Аргентина и Чили.

Обе последние страны довольно давно имеют собственные Гражданские Кодексы, что говорит о довольно устойчивой системе гражданского права в этих странах. В частности, Гражданский Кодекс Аргентины был принят в 1871 году, а Гражданский Кодекс Чили – в 1857 году. Даже несмотря на то, что законодательство метрополий было отменено, либо не

применялось после обретения колониями свободы, тем не менее, дальнейшее развитие законодательства Латинской Америки строилось также на основе законодательства Европы<sup>1</sup>.

Говоря о развитии кредитных правоотношений следует дать отсылку кредитным отношениям в Европе средних веков. В это время в Европе уже довольно интенсивно развивались не только кредитные отношения, но и банковские. Также уже были известны право и банковские конторы.

Латинской Америке в этом плане можно сказать повезло, так как при перенятии правового регулирования на основе такового в метрополиях, по большей части колониям доставалось уже довольно развитое законодательство, которое необходимо было переработать только под особые условия жизни в странах другого континента и особенности местной культуры и цивилизации. Тем не менее, даже в таком виде, гражданское законодательство, а в частности и законодательство в области кредитных правоотношений было довольно развито практически с самого начального этапа колониального периода в истории стран Латинской Америки.

Что касается той же Аргентины, то её гражданское законодательство последовательно находилось под влиянием Испании, Франции, и позже Италии<sup>2</sup>. Но, несмотря на это, довлеющим осталось всё же право Франции, и в разработке Гражданского Кодекса Аргентины 1871 года большую роль сыграли французские цивилисты.

Говоря о понимании правовой природы кредитного договора в странах Латинской Америки, опять же следует начать с того, что Латинская Америка находилась под сильным влиянием стран Европы. Помимо этого, в отрыве от законодательства не могла быть и доктрина, которая также перенималась колониями вместе с правом метрополий. Поэтому, понимание правовой природы кредитного договора также пришло в Латинскую Америку из правовой доктрины европейских стран.

В юридической литературе Аргентины поднимается вопрос, например, о том, какие услуги при заключении кредитного договора должны ложиться на банк дополнительно. Считается, что банк должен быть обязан предоставлять клиенту все условия для открытия кредита и его сопровождения, при этом кредит должен быть предоставлен в форме, удобной для заемщика.

Таким образом, считается, что банки, как профессиональные участники отношений по договору кредита обязаны выступать и своего рода гарантом, обеспечения получения и сопровождения кредита. При невыполнении такого условия, А. Рокко утверждает, что

---

<sup>1</sup> Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial (Raymundo L. Fernández y Osvaldo R. Gómez Leo)

<sup>2</sup> Arthur Andersen. (1999), "Diccionario de Economía y Negocios," Editorial Espasa.

отношения кредита по сути являются неуставленными, а потому нельзя говорить в рамках этих отношений о наличии кредитора и заемщика<sup>3</sup>.

Той же теории придерживается и Рубен Коудер, который говорит, что если денежные средства по кредитному договору будут переданы либо в месте, не установленном в кредитном договоре, либо в размерах, не согласованных с заемщиком, то в данном случае также не может идти речи о собственно кредитных отношениях<sup>4</sup>.

Данная позиция исходит скорее из понимания кредитного договора, как договора, основанного на лично-доверительных отношениях. Доктрина Аргентины по этому вопросу в лице представленных выше правоведов скорее отражает глубокую взаимосвязь принципа прерогативы личностных качеств в кредитных отношениях, и поэтому исходит из столь жестких позиций, при которых в случае нарушения некоторых базовых условий правоотношения и вовсе не должны считаться кредитными.

Кроме того, довольно много требований для поддержания нормальных кредитных отношений предъявляется и к банкам. В данном случае, условия о месте предоставления кредита и его размере продиктованы тем, что банки, как более крупные участники кредитных отношений по отношению к заемщикам, и как более профессиональные в данном отношении лица должны предоставлять профессиональную поддержку своим же клиентам. Тем более, что выбор заемщика при заключении кредитного договора имеет для банка более значительный вопрос в плане личности заемщика, чем для самого заемщика в плане личности банка.

Также, кредитные отношения должны строиться на взаимном соглашении, то есть основные требования и положения кредитного договора вносит банк, однако при согласовании должны обязательно учитываться и требования клиента.

Критике в научном сообществе подвергаются некоторые положения Гражданского Кодекса Аргентины. Так, в частности авторы выступают против требований статьи 1196 Гражданского Кодекса, которая позволяет банкам в обязательном порядке требовать включения в кредитный договор требований о залоге имущества при предоставлении кредита, которое исключает возможность участия в будущем сделок между заемщиком и иными третьими лицами в отношении этого имущества.

Таким образом, банк выдает кредит, необходимый заемщику для целей, в том числе, торгового характера, при этом ограничивая торговые возможности заемщика в иной области.

---

<sup>3</sup> Dominick, Salvatore (2005), "Economía Internacional", Limusa Wiley.

<sup>4</sup> Alpha C. Chiang; Kevin Wainwright (1984) "Métodos Fundamentales de Economía Matemática" McGrawHill.



Что касается характеристик договора, то основными, на примере законодательства и доктрины Аргентины, можно считать следующие<sup>5</sup>:

- Кредитный договор является консенсуальным, так как в силу положений Гражданского Кодекса Аргентины, кредитный договор заключается с того момента, когда обе стороны данного договора пришли к согласию.

- Кредитный договор является договором, основанном на доверии так как содержит в себе условия о том, что банк передает денежные средства под условием возврата их эквивалента в определённый срок, однако, в некоторых случаях, и заявитель обязан предоставить взамен какие-либо доказательства, или скорее гарантии возврата денежных средств в виде залога имущества или поручительства.

- Кредитный договор является двусторонним. Невозможно заключение договора только одной стороной. Что, собственно, противоречило бы не только правовой природе кредитного договора, но и во многом взглядам доктрины любого государства на договорные отношения вообще.

- Кредитный договор является возмездным. Данная характеристика во многом установлена и положениями Торгового Кодекса Аргентины, в частности, пунктом 3 статьи 8 и пунктом 5 статьи 218.

- Кредитный договор является коммутативным<sup>6</sup>. Данная характеристика кредитного договора представляет собой интерес так как не знакома российскому законодательству и доктрине. В чём-то она похожа на разделение договорных отношений на одновременные и длящиеся, с тем только отличием, что согласно пониманию «коммутативности» в Аргентине отвечают договоры, степень выгоды которых и прочие сходные условия из-за внешних факторов поддаются оценке лишь на этапе заключения договора. Позже эти параметры могут меняться исходя из общей экономической ситуации, уровня инфляции и подобных факторов.

- Кредитный договор является длящимся. Данная характеристика отчасти прослеживалась и в предыдущей классификации договора как коммутативного, однако, длящиеся отношения не обязательно могут быть коммутативными.

- Кредитный договор является договором с нестрогой закреплённой формой. Таким образом в некоторых случаях допускается и заключение кредитного договора в устной форме, однако, преимущественной указывается письменная. При заключении кредитного договора в устной форме, ни одна из сторон, его заключивших не может быть лишена каких-либо средств доказывания, что гарантируется статьёй 208 Торгового Кодекса Аргентины.

---

<sup>5</sup> Hounie, Adela; Pittaluga, Lucia; Porcile, Gabriel y Scatolin, Fabio, "La CEPAL y Las Nuevas Teorías Del Crecimiento", Revista de la CEPAL, N°68, agosto de 1999

<sup>6</sup> López, A. (2003), "Intermediación Crediticia y Actividad Económica en Venezuela", Serie Documentos de Trabajo N°52, Banco Central de Venezuela.

•Кредитный договор является поверхностно персональным. Также довольно интересная характеристика, которая исходит из того, что банк при изучении потенциального заемщика проводит изучение его кредитоспособности, что в свою очередь персонифицирует клиента банка среди ряда иных лиц.

В целом на примере Аргентины можно увидеть, что правовая природа кредитного договора по большей части близка к тому, как правовая природа этого договора оценивается в российской литературе. При этом, как правило, в Аргентине не существует крупных споров между учёными, занимающими различные точки зрения на отдельные вопросы, касающиеся кредитного договора, в этом наблюдается значительное сходство во взглядах на кредитный договор. В свою очередь такое сходство во взглядах скорее всего вызвано довольно устойчивым правовым регулированием данного института.

Также необходимо заметить и практически полное отсутствие несогласованности судебной практики по различным спорам, касающимся кредитного договора<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Ivana Edith Rodríguez «Contrato de apertura de crédito (Argentina)», Argentina, San Francisco (Córdoba), 11 de Octubre de 2007

## Процедура усыновления по Гражданскому кодексу Аргентины 2015 года

**А. Б. Губочкин**

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

В статье рассмотрен вопрос регулирования процедуры усыновления, согласно Проекту Общего Гражданского Кодекса Аргентины, те изменения, которые он в себе содержит, и которые отражают положения Конституции Республики Аргентина и тенденции развития гражданского права страны.

Законодатель при создании Проекта Общего Гражданского Кодекса посчитал необходимым ввести определенные изменения в процедуру усыновления; В рамках новой концепции подчеркивается, что приоритет должен отдаваться интересам детей по отношению к взрослым. Как и в других разделах Кодекса, были сформированы принципы, которые определяют правовой статус усыновления, и которые также служат в качестве руководящих принципов для интерпретации в случае возникновения какого-либо конфликта.

По этому основанию выделяют: а) приоритет интересов ребенка; б) уважение права на самоопределение; в) невозможность дальнейшего проживания несовершеннолетнего в родной семье; г) сохранение родственных связей и разделение только при наличии соответствующего основания; д) право ребёнка на информацию о собственном происхождении; е) право ребенка быть услышанным и на оценку его мнения, соответственно их возрасту и степени зрелости. Устанавливается, что когда происходит до принятия детей 10 лет или более, они должны предоставить свое согласие на усыновление, что соответствует реализации на практике руководящего принципа о правах детей и подростков, а именно, о приоритете интересов ребенка, участие детей в обеспечении собственного самоопределения и принципа прогрессивной автономии<sup>1</sup>.

Развитие права на определение, как права человека, повлекло за собой консолидацию и закрепление другого права, которое вытекает из права на определение: право знать своё происхождение. Проект Кодекса улучшает и расширяет права усыновленных детей, позволяя им узнать своё происхождение, понятие более широкое, чем "биологическая реальность", понятие, содержащиеся в действующем Гражданском кодексе; В этой связи, имеется ввиду не только получение информации о процессе усыновления, но и любой источник информации о происхождении, биографии или истории усыновляемого. Конкретный возраст, в котором лицо может непосредственно осуществлять это право, не установлен; Это условие остается открытым с целью, что любое усыновлённое лицо, достигшее достаточного

---

<sup>1</sup> Ricardo Luis Lorenzetti "Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación", p. 99

уровня зрелости, которое желает получить информацию о своём происхождении, может реализовать указанное право. Учитывая, что дети и подростки заслуживают особой защиты, предполагается, что, пока лицо не достигло совершеннолетия, то судья может постановить об участии специализированных профессионалов. Кроме того, приемная семья вправе обратиться за советом к этим же специалистам или специализированным и междисциплинарным службам.

Согласно новой установленной процедуре по установлению происхождения, которую может инициировать усыновлённый несовершеннолетний, обязательным является наличие квалифицированной юридической помощи. Таким образом, по мнению авторов Проекта Кодекса, достигается правильный баланс между правом на определение собственного происхождения и безотзывностью совершённого усыновления, когда усыновленный вправе установить собственное происхождение, но при этом не изменяется принятого правовая связь с приёмной семьёй.

Устанавливается принцип, согласно которому, усыновление признаётся институтом, призванным защищать права и законные интересы несовершеннолетних и ещё неземансипированных лиц. в исключительных случаях, допускается усыновление совершеннолетних лиц или эмансипированных путём вступления в брак, когда речь идёт о наличии ребенка у супруга или партнера (усыновление путём интеграции) или имело место забота о таком лице во время его несовершеннолетия. Как можно отметить, Проект Кодекса устанавливает множество форм усыновления, включая возможность одновременного усыновления нескольких лиц. Также разрешается усыновление при наличии собственных потомков, как родных, так и приёмных, при этом усыновлении ребенка своего партнера, для которого лучше всего является поддержание правовых отношений с обоими родителями будет носить упрощённый характер<sup>2</sup>.

Совместное усыновление может осуществляться единым актом. В первую очередь, такое усыновление может быть осуществлено двумя лицами, находящимися в браке или сожительстве; Таким образом, такая возможность предусмотрена для пар, не находящихся в браке, но которые отвечают определенным требованиям; В данных положениях нашли своё отражение доктринальные труды и практика в пользу усыновления двух людьми, живущими вместе, но не состоящими в браке. Это расширение принято, среди прочего, в знак признания различных форм семейной организации, в соответствии с правовым регулированием союзов о сожительстве, которые также впервые нашли своё закрепление в данном Проекте.

Проект Кодекса устанавливает, что требование о необходимости проживания в течение 5 лет до подачи заявления об усыновлении не распространяется на граждан или

---

<sup>2</sup> Ricardo Luis Lorenzetti op. cit., p. 100

натурализованных лиц в стране, тем самым исключается данное общее требование ко всем лицам, без исключения, содержащееся в действующем Гражданском Кодексе Аргентины. Кроме того, предусматривается необходимость предварительной регистрации приемных родителей, в дополнение к уже имеющемуся регулированию в специальном законодательством в данной сфере. Возраст, необходимый для возможного усыновления, был снижен до 25 лет, в случае же совместного усыновления, такое требование должно быть соблюдено по крайней мере одним из приёмных родителей.

В тексте проекта также содержится принцип, согласно которому, если лицо состоит в браке, равно как и состоит в "сожительстве", оба супруга должны осуществить процедуру усыновления. В исключительных случаях, предусматривается возможность усыновления только одним из супругов или "сожителей"; Также прямо предусмотрен отдельно особый случай совместного усыновления, когда на момент усыновления лица уже не находятся в браке или сожительстве, тем самым всегда принимается во внимание приоритет прав интересов усыновляемого несовершеннолетнего. Изменениям подверглись положения в отношении особых случаев смерти одного из опекунов в течение процесса усыновления, теперь прямо закреплено, что в этом случае и в качестве реализации права на самоопределение, разрешается ходатайствовать, чтобы указать имя умершего опекуна или добавить его в качестве родителя (при определении происхождения), в соответствии с большей гибкостью при осуществлении процедуры усыновления, которую предусматривает реформа института усыновления в Проекте Общего Гражданского Кодекса.

Проект Общего Гражданского Кодекса отражает в себе сложившуюся практику в отношении судебной декларации об усыновлении в качестве процедуры с соответствующими правилами, которые подчёркивают роль родной семьи, а также о соответствующих намерениях усыновителя вплоть до окончания такой процедуры и усыновления несовершеннолетнего. В процессе судебной декларации об усыновлении, родная семья играет фундаментальную роль.

Устанавливаются три различных фактических и правовых обстоятельства, которые служат основанием для судебной декларации об усыновлении: 1) дети, оставшиеся без установленного происхождения или при умерших родителях, при условии, что они исчерпали возможности по поиску родственников в определённые временные рамки, с возможностью их продления; 2) свободное и сознательное решение родителей, что их ребенок будет усыновлён, заявление, которое не может быть подано в течение 45 дней после рождения ребенка, и при условии, что были исчерпаны все меры, чтобы ребенок остался в родной семье 3) наличие исключительных мер, принятых и разработанных в рамках комплексной системы защиты детей и подростков, и содержащихся в положениях,

установленных законом 26.061 которые не дали положительный, и в соответствии с которыми несовершеннолетнее лицо не может вернуться к своей родной семье. Таким образом, Проект кодекса в отношении института усыновления находится в тесной связи с законом 26.061<sup>3</sup>.

В Проекте кодекса также определяется круг лиц, которые вправе участвовать в процессе судебной декларации об усыновлении и в каком качестве. Устанавливаются процессуальные нормы о полномочиях, обязательным общении судьи с родителями, если это является возможным, обязательное уведомление родных родителей, а также указывается на необходимость исчерпания всех средств, чтобы найти их, а также необходимость скорейшего рассмотрения, с целью оперативного выбора будущих приёмных родителей. Таким образом, государственная судебная декларация об усыновлении регулируется как автономный и обособленный процесс с четко определёнными правилами, которые основываются на принципе уважения главных участников данного процесса: ребенка и его родителей. Прямо предусмотрено, что решение о лишении родительских прав является основанием для судебной декларации об усыновлении; целью является объединение оснований и критериев а также сокращение процессуальных сроков, так чтобы, в случае, когда ребенок был лишен родительской опеки, он как можно скорее был помещён в новую приёмную семью.

Кроме того, определённые изменения произошли в судебном процессе об усыновлении, согласно которым, судебной декларации об усыновлении обязательно должен предшествовать предварительный судебный процесс, в котором родная семья несовершеннолетнего лица участвует в полном объёме, целью которого является выбор возможной приёмной семьи, а также установление порядка налаживания связи между приёмной семьёй и несовершеннолетним лицом. На следующем этапе родные родители уже не принимают участия в судебном процессе. Таким образом, данный предварительный процесс имеет огромную важность, поскольку решается очень важный для ребёнка вопрос о выборе достойной приёмной семьи, с которой несовершеннолетний сможет наладить отношения. В судебном процессе действует принцип испанского языка судопроизводства, характерный для большинства конституций стран латиноамериканского континента, в качестве официального языка, на котором ведётся судопроизводство, является испанский язык<sup>4</sup>. В соответствии с принципом о как можно более кратких процессуальных сроках рассмотрения дел, устанавливается, что немедленно после вынесения решения о

---

<sup>3</sup> Ricardo Luis Lorenzetti op. cit., p. 102

<sup>4</sup> Ермакова Е.П. "Принципы судопроизводства по гражданским делам в конституциях стран Латинской Америки", Бизнес в законе, 3'2011, стр. 58

возможности усыновления несовершеннолетнего лица, должен быть начат судебный процесс о непосредственном оформлении процедуры усыновления.

## **Вклад профессора Пучинского В.К. в развитие науки гражданского процессуального права**

**М. О. Долова**

*Аспирантка Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова,  
юридический факультет, Москва, Россия  
E-mail: [dolovamaria@mail.ru](mailto:dolovamaria@mail.ru)*

Василий Клементьевич Пучинский – один из выдающихся ученых в области гражданского процессуального права, его вклад в развитие науки огромен, о чем, среди прочего, свидетельствует данная конференция. В чем непревзойденная заслуга ученого – в использовании сравнительного правоведения для развития отечественной научной мысли. Первый из многих ученых-компаративистов создал основу для дальнейших научных исследований (как мы знаем, Василий Клементьевич является основателем научной школы РУДН в области зарубежного гражданского процесса), а также формирования отечественного законодательства (он участвовал в подготовке ГПК РСФСР 1964 г., ГПК РФ 2002 г. (был сопредседателем рабочей группы)).

Несмотря на принятую в СССР конструктивную критику многих буржуазных институтов, общие формулы законодательного регулирования одинаково пригодны для любой национальной системы отправления правосудия. Это хорошо понимал В.К. Пучинский, который посвящал свои исследования комплексному анализу зарубежного гражданского процессуального законодательства, сравнивая его с отечественным.

I. Одним из объектов исследования В.К. Пучинского были групповые (представительские) иски, незнакомые советскому процессу. Ученый расценивал их как своеобразный синтез конструкций процессуального соучастия и представительства<sup>1</sup>. Основа их возникновения – наличие у множества лиц однородных и чем-либо конкретно связанных юридических интересов. Для подачи так называемого представительского иска зарубежное законодательство предполагает наличие комплекса условий, среди которых: единый интерес группы субъектов, нарушение этого интереса и возможность защиты полномочий каждого тем решением, которое истребуют у суда начавшие процесс представители данного коллектива. Однако для исполнения решения против того, кто стороной формально по делу не был, необходима особая санкция суда, причем, у этого лица есть право оспаривать законность распространения на него действия данного решения<sup>2</sup>.

Указывая на достоинства такой формы защиты коллективных интересов, Василий

---

<sup>1</sup> Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2007. С.153.

<sup>2</sup> Пучинский В.К. Указ. соч. С.154.



Клементьевич, в то же время, подчеркивал такие ее недостатки, как дороговизна, длительность производства и затруднительность или даже невозможность исполнения решения по причине многочисленности и неопределенности составов групп<sup>3</sup>.

Его рассуждения были первыми и именно на них основывались дальнейшие исследования групповых исков. Аболонин Г.О. подчеркивает, что среди отечественных процессуалистов Пучинский В.К. впервые поднял вопрос о групповых исках. И если раньше введение в советское законодательство конструкции групповых исков действительно было преждевременным, то сегодня дискуссия по этой проблеме набирает обороты, во многом в связи с новым законодательством<sup>4</sup>.

Важно обратить внимание, что на сегодняшний день не существует ни легального, ни единого научного определения группового иска. Для того чтобы понять, существует ли необходимость законодательного закрепления особенностей группового производства, следует ответить на следующие вопросы. Как соотносятся институты соучастия, защиты неопределенного круга лиц и группового производства? В чем их сходство и различие? Необходимо ли законодательное регулирование группового производства в гражданском процессе или вполне достаточно закрепленных способов защиты нарушенных прав множества лиц?

1. В отечественном законодательстве и правоприменении большое развитие получил институт соучастия, как классический способ защиты нарушенных субъективных прав нескольких лиц. Согласно ст. 40 ГПК РФ каждый из истцов и ответчиков выступает в процессе по отношению к другой стороне самостоятельно, при этом соучастники могут поручить ведение дела одному или нескольким из соучастников. Традиционно считалось необходимым, чтобы участники гражданских процессуальных правоотношений были известны и четко определены. Почему наблюдается постепенный отход от этого правила, введение исключений? Василий Клементьевич отвечает на этот вопрос: нормальное соучастие приводит к включению в производство слишком большого количества лиц, а значит к усложнению и удлинению процесса. В этом заключается принципиальное отличие соучастия от исков в защиту неопределенного круга лиц и группового, для которых идентификация всех участников правоотношения не является обязательным условием.

2. С различиями группового производства и производства в защиту неопределенно круга лиц не все так очевидно. В.В. Ярков делает попытку определить специфические

---

<sup>3</sup> Пучинский В.К. Участники буржуазного гражданского процесса. М., 1991. С. 18-23.

<sup>4</sup> Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 N 2300-1, ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг» от 05.03.1999 N 46-ФЗ, ФЗ «Об охране окружающей среды» от 10.01.2002 N 7-ФЗ, ФЗ «О рекламе» от 13.03.2006 N 38-ФЗ, ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 N 127-ФЗ и др.

признаки группового производства. Среди них он называет многочисленность или неопределенность персонального состава участников группы на стороне истца, не позволяющая, как правило, привлечь всех потерпевших в качестве соистцов<sup>5</sup>. Следует заметить, что в данном случае понятие группового иска отождествляется с иском в защиту неопределенного круга лиц. Разве термины «многочисленность» и «неопределенность» могут определяться как синонимы? Имея в виду неопределенность, мы говорим о неизвестности персонального состава лиц, входящих в группу; когда же мы говорим о многочисленности, представляется, что персональный состав группы все же известен, хотя и настолько велик, что фактически не представляется возможным одновременно привлечь всех лиц данной группы к участию в деле. Таким образом, с помощью иска в защиту неопределенного круга лиц может осуществляться защита, когда невозможно установить всех граждан, права которых были нарушены ответчиком. А с помощью группового иска - защита многочисленной группы лиц, если их невозможно одновременно привлечь к участию в деле, но фактически есть возможность определить состав группы.

Иски в защиту неопределенного круга лиц не предусматривают возможности имущественной компенсации убытков отдельных участников неопределенного круга лиц, характер предоставляемой по ним защиты является публично-правовым. Эти иски защищают общий интерес неопределенного круга лиц и не в состоянии обеспечить судебную защиту частных интересов участников этой группы. Так, например иск к производителю некачественной продовольственной продукции в защиту неопределенного круга потребителей может привести лишь к остановке выпуска данного вида продукции или запрету ее реализации. Такое решение не позволяет обязать ответчика возместить вред, причиненный здоровью потребителей, и восстановить их имущественные потери. Другой пример: иск антимонопольного органа о запрете распространения рекламы или о публичном опровержении недостоверной рекламы (контррекламе). Таким образом, данные иски относятся к искам о признании<sup>6</sup>. Подобные иски преследуют цель установления прав участников неопределенной группы лиц, чтобы затем обеспечить их бесспорность на будущее (такое решение имеет преюдициальное значение и создает благоприятную обстановку для последующего предъявления участниками неопределенного круга лиц исков о присуждении). Следовательно, вовсе необязательно устанавливать круг лиц, в отношении которых принято решение: каждый, кто посчитает нужным, обратится в защиту своего частного права самостоятельно, обосновывая свои требования на принятом судебном

---

<sup>5</sup> Автором выделяются также и иные признаки. См подробнее: *Ярков В.В.* Новые формы защиты в гражданском процессе // Государство и право. 1999. N 9.; *Он же* Групповой иск: краткий комментарий гл. 28.2 АПК РФ // Вестник ВАС РФ. 2010. № 9. С. 9.

<sup>6</sup> *Аболонин Г.О.* Групповые иски. С. 41.

решении, имеющем преюдициальное значение.

3. Групповой иск обеспечивает защиту общего интереса участников многочисленной группы посредством защиты их частных интересов. Групповой иск - это иск о присуждении. Один или несколько истцов, представляющих многочисленную группу лиц, предъявляя групповой иск, обращаются к суду с просьбой установления субъективных материальных прав, а также с требованием о присуждении ответчика к исполнению лежащих на нем обязанностей по возмещению вреда или убытков всех участников многочисленной группы лиц. Самым главным при групповом производстве является решение вопроса о том, как выявить всех членов многочисленного состава группы на момент вынесения решения, чтобы вынести его в пользу всех заинтересованных лиц. В арбитражном законодательстве данный вопрос урегулирован предельно ясно: при подготовке дела к судебному разбирательству суд решает вопрос о составе группы лиц и о возможности установления иных лиц, являющихся участниками спорного правоотношения, предлагает представить доказательства, подтверждающие принадлежность конкретного лица к группе лиц (п.3 и п.4 ст.225.14 АПК РФ); суд также устанавливает срок, в течение которого лица из этой группы могут присоединиться к требованию о защите их прав и законных интересов, устанавливает форму, в которой должно быть сделано предложение о присоединении (например, путем опубликования) (ч.2, ч.3, ч.4 ст.225.14 АПК РФ); при отказе от иска лица, обратившегося в защиту прав и законных интересов группы лиц, арбитражный суд откладывает судебное разбирательство и устанавливает срок, в течение которого должна быть произведена замена указанного лица другим лицом из этой группы (ч.2 ст.225.15 АПК РФ) и ряд других особенностей. При анализе указанных статей, становится очевидным, что традиционный англо-саксонский групповой иск, при котором состав не всегда обязательно должен быть определен в процессе судебного разбирательства, арбитражным процессом не был воспринят. Российский АПК устанавливает необходимое условие - формирование состава группы лиц до начала судебного разбирательства, на стадии подготовки - в отличие от Правил Гражданского судопроизводства США, согласно которым суд может лишь описать группу, то есть дать критерии отнесения к ней того или иного лица, а не перечислять всех членов группы<sup>7</sup>. Таким образом, групповое производство по АПК РФ немногим отличается от соучастия.

Эта проблема, как мы знаем, обсуждается не только в науке процессуального права, но и на уровне законодательного реформирования. Впервые в российском законодательстве возможность предъявления иска в защиту неопределенного круга лиц была предусмотрена в

---

<sup>7</sup> Federal Rules of Civil Procedure with forms / Printed for the use of The Committee on the Judiciary House of Representatives. Rule 23. Class Actions.

Законе «О защите прав потребителей»<sup>8</sup>. Позднее стали поступать предложения по реформированию процессуального законодательства. Так, при разработке ГПК РФ 2002г. в рабочую группу И.В. Решетниковой и В.В. Ярковым направлялись меморандумы с предложением включить в новый кодекс процессуальный порядок рассмотрения дел о защите неопределенного круга лиц или групповое производство с целью избавить суды от необходимости рассматривать множество дел тождественного характера<sup>9</sup>. Предлагалось установить ряд особенностей, характерных для данной конструкции: например, при подготовке дела к судебному разбирательству суд принимает меры к оповещению всех лиц, права которых могут быть защищены предъявленным иском, публикует сообщение о возбуждении дела, устанавливает срок для подачи заявления о присоединении и др. Данные предложения не были учтены, законодатель ограничился ст.46 ГПК РФ, которая говорит о возможности, в случаях, предусмотренных законом, обратиться в суд в защиту прав свобод и законных интересов неопределенного круга лиц. Почему все же разработчики ГПК РФ, среди которых был и В.К. Пучинский, не включили главу о групповом производстве?

Как мне представляется, по следующим причинам. Отсутствовало однозначное положительное восприятие группового производства в англо-саксонской системе права. Принимая во внимание те минусы, которые отмечались зарубежными исследователями, нельзя было спрогнозировать, как предлагаемые новеллы отразятся на правоприменении, насколько будут эффективны в ходе защиты прав группы лиц. Помимо этого, В.К. Пучинский не мог не обращать внимания на потребности судебной практики. Всплеск обращений больших групп граждан в суды в связи с последствиями дефолта не стал той убедительной причиной, которая могла бы привести к закреплению в ГПК РФ нового института. Правильность данного подхода не вызывает сомнений в данное время. Кроме того, нельзя было не учитывать тот факт, что групповые иски, которыми защищаются частные интересы членов группы, – продукт общего права. А иски в защиту неопределенного круга лиц, как защищающие публичный интерес (как правило, истцами по ним являются организации), - в странах с континентальной системой права. В.К. Пучинский, как специалист в области групповых исков, и другие разработчики ГПК РФ совершенно верно остановили свой выбор на традиционных институтах соучастия и защиты прав неопределенного круга лиц, и не ставили перед собой задачи насаждения чуждых отечественному процессу конструкций. Практика показала резонансность такого подхода: в

---

<sup>8</sup> Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 N 2300-1

<sup>9</sup> Путь к закону. Под ред. *М.К. Треушников*. Меморандумы членам рабочей группы по доработке проекта ГПК РФ от И.В. Решетниковой, В.В. Яркова от 9 сентября и 28 октября 1996 г.: Предложения по дополнению проекта ГПК РФ с целью установления процессуального порядка рассмотрения дел о защите неопределенного круга лиц. М., 2004. С.438-444.

целях защиты частных интересов лиц используется институт соучастия, а для защиты публичных интересов граждан – защита неопределенного круга лиц. Причем, обосновывая свои требования на принятом судебном решении, каждый, кто считает нужным, обратится в защиту своего частного права самостоятельно. Тем самым, помимо публичного интереса, будет защищено и его частное право. При таком законодательном регулировании отпадает необходимость введения группового иска в его классическом англо-саксонском варианте.

Концепция Единого Гражданского процессуального кодекса РФ предлагает разработку единой модели группового иска и группового производства, которая могла бы одинаково применяться как судами общей юрисдикции, так и арбитражными судами. Применение норм гл. 28.2 АПК РФ свидетельствует о невостребованности данного института: во-первых, концепция «единого правоотношения» (буквально – лица, являющиеся участниками этого же правоотношения) понимается судами достаточно узко, почти как соучастие, во-вторых, групповой иск стал ограничиваться лишь требованием о признании, но не о присуждении. В связи с возникшими затруднениями в Концепции предлагается закрепить ряд условий, позволяющих отнести спор к категории групповых исков, исключая оценочные понятия и использующих устоявшиеся термины, имеющие однозначное понимание и толкование судами.

Таким образом, исследовательский интерес к английскому гражданскому процессу, гражданскому процессу, проявленный в советские годы проф. В.К. Пучинским, не только создал основу для дальнейших научных изысканий, но и послужил толчком к разработке новых для российского гражданского судопроизводства законодательных конструкций.

II. Другой пример заимствования западных конструкций – характерный для зарубежных стран институт адвокатской монополии, т.е. обязанности представительства адвоката (так называемого адвокатского сословия). В.К. Пучинский дает характеристику солиситеров и барристеров, общего и различного в их статусах, оценивает (негативно) плавающие ставки оплаты их услуг<sup>10</sup>. В этой связи В.К. Пучинский задавался вопросом: как обеспечить реализацию провозглашенных принципов справедливости юстиции, доступности правосудия и др. в ситуации, когда воспользоваться услугами юриста сторону обязывает закон, а при этом цена такой помощи далеко не каждому по карману? Одно из главных средств для преодоления затруднений, как указывает ученый, - юридическая помощь неимущим или малоимущим гражданам, оказываемая бесплатно или по сниженным ценам. Однако на помощь может рассчитывать лишь тот, у кого есть достаточно крепкая позиция в споре и надежда выиграть, а сам конфликт не должен быть малозначительным<sup>11</sup>. Таким

---

<sup>10</sup> Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2007. С.167-172.

<sup>11</sup> Пучинский В.К. Участники буржуазного гражданского процесса. М., 1991. С. 37-47.

образом, главная доля расходов по ведению гражданского дела падает на оплату адвокатских услуг, а бесплатная юридическая помощь не охватывает сколько-нибудь значительных кругов населения, ее получение обставлено различными условиями и оговорками.

Данные рассуждения Василия Клементьевича актуальны и сегодня, когда все чаще встает вопрос о введении в стране адвокатской монополии. Как при разработке АПК РФ 1995г., так и при разработке действующего АПК РФ в центре внимания субъектный состав представительства. В проекте изменений АПК 1995г., внесенном Высшим Арбитражным Судом РФ от 31 июля 2000г., предлагалось предоставить право представлять в суде только адвокатам и иным лицам, имеющим высшее юридическое образование, прошедшим аккредитацию хотя бы при одном арбитражном суде в порядке, установленном Пленумом ВАС РФ. Среди научных кругов реакция на такое предложение была неоднозначна. С одной стороны, введение института аккредитации ограничивает право сторон на защиту своих интересов в процессе, т.к. возможен и отказ в аккредитации. С другой стороны, как подчеркивает В. М. Шерстюк, в настоящее время деятельность по защите прав организаций и граждан-предпринимателей (основных, но не единственных субъектов арбитражного процесса) требует глубоких специальных познаний в области юриспруденции<sup>12</sup>. Сама идея ограничения представительства в арбитражном процессе заслуживает внимания, однако вызывает возражение стремление ее реализации путем аккредитации, которая возлагается на арбитражный суд. Ведь аккредитация, лицензирование, регистрация – функция исполнительной, но не судебной власти.

Конечно, полная либерализация сферы юридических услуг, существующая в российском процессуальном праве, отсутствие даже минимальных требований к стандартам квалифицированной юридической помощи подрывает саму идею судебного представительства. Современными авторами, например Назаровой М.В., предлагается в качестве обязательного профессионального судебного представителя в арбитражном процессе выбрать лиц, обладающих статусом адвоката<sup>13</sup>. Среди причин такого выбора названы: особый профессиональный статус и порядок осуществления адвокатской деятельности, возможность контроля уровня профессиональной подготовки претендентов на получения статуса адвоката и последующего контроля качества оказываемых ими услуг, а также распространение правил корпоративной этики.

Данные выводы не могут не вызывать возражений. В современном адвокатском сообществе профессионализм его членов остается под большим вопросом. С этой точки

---

<sup>12</sup> Шерстюк В.М. Новые положения проекта третьего Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2001.

<sup>13</sup> Назарова М.В. Обеспечение права на квалифицированную юридическую помощь в арбитражном процессе. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.

зрения, частный юрист-практик может быть ничуть не менее компетентным, чем адвокат, так как его специализация и опыт сами по себе являются более широкими. Введение адвокатской монополии приведет к лишению представителей огромного юридического сообщества возможности работать в условиях свободной рыночной экономики. Неправильно и неразумно вводить искусственное ограничение, потому что на рынке юридических услуг нужна здоровая конкуренция: наиболее грамотные специалисты должны добиваться успеха и пользоваться популярностью среди клиентов. Более того, после введения изменений, стоимость юридических услуг по представительству в суде существенно возрастет, и адвокатские услуги станут более недоступными для большинства организаций и физических лиц, их права останутся незащищенными. На это обращал свое внимание В.К. Пучинский, критикуя сложившуюся фактическую необходимость для сторон обращаться к услугам адвокатов: вполне разумные и уважаемые граждане, финансовое состояние которых превышает лимиты, позволяющие рассчитывать на бесплатную юридическую помощь, но недостаточно, чтобы заплатить адвокату, изредка добиваются успеха<sup>14</sup>. Ссылка на практику Великобритании и США, где адвокатская монополия имеет богатейшую историю, не представляется достаточным основанием для введения аналогичного института в России.

Итак, сегодня вновь выносятся на обсуждение вопросы, впервые поставленные в отечественной литературе Василием Клементьевичем Пучинским. Даже при краткой постановке рассмотренных проблем становится очевидно, что аргументы «за» и «против», доводы и размышления профессора Пучинского В.К. актуальны, к ним прислушиваются современные авторы, на них основывают свои правовые исследования. Помимо этого немаловажно, что выводы и положения, изложенные в работах Василия Клементьевича, могут и должны быть приняты во внимание при современном реформировании процессуального законодательства.

---

<sup>14</sup> Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2007. С.172-174.

## **К вопросу о гармонизации источников правового регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг стран ЕАЭС**

**Р. К. Канатов**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права*

*Российского университета дружбы народов*

*Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

*email: [Renat1799@yandex.kz](mailto:Renat1799@yandex.kz)*

В статье проводится анализ законодательства стран ЕАЭС в сфере регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг с целью выявления факторов, которые могут повлиять на качество их гармонизаций.

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

Согласно ст. 4 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 ЕАЭС создан в целях всесторонней модернизации, кооперации и повышения конкурентоспособности национальных экономик и создания условий для стабильного развития в интересах повышения жизненного уровня населения государств-членов.<sup>1</sup>

Движущей силой гармонизация законодательства стран ЕАЭС в сфере регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг является стремление ЕАЭС к 2025 году создать общий финансовый рынок, в т.ч. общий рынок финансовых услуг. В рамках общего финансового рынка стран ЕАЭС будет обеспечиваться свобода движения товаров, т.е. финансовых инструментов, финансовых услуг, финансового капитала и рабочей силы, т.е. специалистов в области финансового рынка, проведение согласованной политики в данной отрасли экономики.

В связи с этим, в рамках настоящей статьи рассмотрим исходные правовые положения необходимых для качественного проведения гармонизации законодательства стран ЕАЭС в сфере регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг: сопоставимость иерархических построений нормативных правовых актов; сопоставимость предмета правового регулирования; сопоставимость определений таких понятий как «законодательство», «законодательный акт», «подзаконный акт» и «юридическая сила». Начнем с основополагающих актов рассматриваемых государств – Конституций.

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 03.10.2014 № 279-ФЗ «О ратификации Договора о Евразийском экономическом союзе» // «Российская газета», № 229, 08.10.2014 «Собрание законодательства РФ», № 40, 06.10.2014, ст. 5310.



Проанализировав положения ст. ст. 15, 71, 72, 73, 76, 85, 90 и 115 Конституции Российской Федерации от 12.12.1993<sup>2</sup>, считаем, что иерархия правовых источников в РФ, непосредственно направленных на регулирование брокерской деятельности представлена следующим образом:

- 1-й уровень – Конституция Российской Федерации;
- 2-й уровень – международные договоры Российской Федерации;
- 3-й уровень – федеральные законы;
- 4-й уровень – указы Президента Российской Федерации;
- 5-й уровень – постановления Правительства РФ.

Равным образом иерархия нормативных правовых актов Республики Казахстан, Республики Беларусь, Кыргызской Республики и Республики Армения определяется Конституцией и законом о нормативных правовых актах. Например, ст. 4 Конституции Республики Казахстан от 30.08.1995<sup>3</sup> и ст. 4 Закона Республики Казахстан от 24.03.1998 № 213 «О нормативных правовых актах»<sup>4</sup>; ст. ст. 7 и 8 Конституции Республики Беларусь от 15.03.1994<sup>5</sup> и ст. 10 Закона Республики Беларусь от 10.01.2000 № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»<sup>6</sup>; ст. 6 Конституции Кыргызской Республики от 27.06.2010<sup>7</sup> и ст. 6 Закона Кыргызской Республики от 20.07.2009 № 241 «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики»<sup>8</sup>; ст. 6 Конституции Республики Армения от 05.07.1995<sup>9</sup> и главой 2 Закона Республики Армения от 29.04.2002 № ЗР-320 «О правовых актах»<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> «Конституция Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ // «Собрании законодательства РФ», 04.08.2014, № 31, ст. 4398.

<sup>3</sup> «Конституция Республики Казахстан» (принята на республиканском референдуме 30.08.1995) // «Ведомости Парламента РК», № 4, 1996, ст. 217.

<sup>4</sup> «Конституция Республики Казахстан» (принята на республиканском референдуме 30.08.1995) // «Ведомости Парламента РК», № 4, 1996, ст. 217.

<sup>5</sup> Закон Республики Казахстан от 24.03.1998 № 213 «О нормативных правовых актах» (с изм. от 01.01.2015) // «Ведомости Парламента РК», № 2-3, 1998, ст. 25.

<sup>6</sup> Конституция Республики Беларусь (принята на республиканском референдуме 15.03.1994) (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24.11.1996 и 17.10.2004) // Газета «Звезда», № 276, 27.11.1996 «Народная газета», № 298, 27.11.1996.

<sup>7</sup> Закон Республики Беларусь от 10.01.2000 № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (ред. от 02.07.2009) // Газета «Звезда», № 143-144, 02.08.2000.

<sup>8</sup> «Конституция Кыргызской Республики» (принята всенародным голосованием 27.06.2010) // Республиканская газета «Эркин Тоо», № 60, 06.10.2010.

<sup>9</sup> Закон Кыргызской Республики 20.07.2009 № 241 «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» // Республиканская газета «Эркин-Тоо», № 68-69, 07.08.2009.

<sup>10</sup> Конституция Республики Армения (принята на республиканском референдуме 05.07.1995) (с изменениями, принятыми на республиканском референдуме 27.11.2005) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.parliament.am/parliament.php?id=constitution&lang=rus>, свободный (дата обращения: 30.09.2015 г.).

<sup>10</sup> Закон Республики Армения от 29.04.2002 № ЗР-320 «О правовых актах» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.arlis.am/documentview.aspx?docid=62931#>, свободный (дата обращения: 30.09.2015 г.).

Сравнительный анализ вышеизложенных нормативных правовых актов показывает, что в иерархиях нормативных правовых актов между странами ЕАЭС имеются некоторые расхождения. Например, указы Президента находятся в Российской Федерации и Кыргызской Республике на 5-м уровне, в Республике Казахстан на 4-м или 6-м уровне, в Республике Беларусь на 4-уровне, в Республике Армения на 8-м уровне. Полагаем, что данное положение может быть причиной проблем при осуществлении гармонизации источников правового регулирования брокерской деятельности, так как вышестоящий акт потенциально может преградить действия нижестоящего нормативного правового акта, содержащий гармонизированные правовые нормы.

Отметим в этой связи, что в понятийном аппарате стран ЕАЭС касательно источников права имеются рассогласованности и пробелы. Так, например, ст. 2 Закона Республики Армения «О правовых актах» не предусматривает понятия «законодательства», «законодательный акт», «подзаконный акт», «юридическая сила»; ст. 2 Закона Кыргызской Республики «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» не раскрывает понятия «законодательный акт», «подзаконный акт»; ст. 1 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» не содержит понятие «подзаконный акт». Между тем отсутствия определений упомянутых понятий порождает ряд проблем, связанные с правильным или единообразным применением правовых норм. Так, согласно ст. 1 Закона Республики Казахстан «О нормативных правовых актах», ст. 1 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» и ст. 2 Закона Кыргызской Республики «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» под понятием «законодательство» понимается совокупность нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения, т.е. совокупность законодательных и подзаконных актов. Вместе с тем согласно п. 2 ст. 3 первой части Гражданского кодекса Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ (далее – ГК РФ) гражданское законодательство состоит из ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих отношения, указанные в п. п. 1 и 2 ст. 2 ГК РФ. Отсюда следует, что данная норма ГК РФ узко определяет понятие «гражданское законодательство». О.Н. Садиков, комментируя эту норму ГК РФ, отмечает: «Такое определение не должно исключать использование термина «гражданское законодательство» в широком смысле как совокупность всех актов и норм гражданского права. В таком широком смысле говорится о гражданском законодательстве в п. 1 ст. 3, а также во многих последующих статьях ГК (ст. 4, 6, 7, 8, 127 и др.). Исключение в этих случаях из состава гражданского законодательства актов Президента РФ, Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти создавало бы очевидный вакуум в правовом регулировании, что недопустимо». В этой связи можно было бы сказать,

что странам ЕАЭС необходимо в соответствующих законах предусмотреть вышеотмеченные понятия с сопоставимыми определениями, однако фактическое положение дел позволяет сказать о том, что, несмотря на указанные различия, центральным законодательным актом в странах ЕАЭС по регулированию брокерской деятельности на рынке ценных бумаг выступает закон о рынке ценных бумаг, и это не позволяет двусмысленных толкований и недоразумений. Так, Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»<sup>11</sup> Российской Федерации содержит одну специальную статью – ст. 3 - о брокерской деятельности. В ней закреплены понятия «брокерская деятельность» и «брокер»; условия приобретения брокером нераспущенных ценных бумаг; правила «конфликта интересов брокера и его клиента»; правила, связанные с договорами, заключенными на неорганизованных торгах и по поручению клиента; права и обязанности брокера и гарантии в отношении денежных средств клиента; понятие «маржинальная сделка»; правила, связанные с заемным отношением между брокером и клиентом; правила по совершению брокером сделок с ценными бумагами или с производными финансовыми инструментами, предназначенных для квалифицированных инвесторов.

Специальные нормы о брокерской деятельности в Законе *Республики Казахстан* от 02.07.2003 № 461 «О рынке ценных бумаг»<sup>12</sup> изложены в ст. 63 «порядок осуществления брокерско-дилерской деятельности» и в ст. 64 «совершение сделок брокером-дилером». В них предусмотрены правила, связанные с основанием осуществления брокерской деятельности; виды договоров об оказании брокерских услуг и случаи их применения; состав организационной структуры брокера с правом ведения счетов клиентов в качестве номинального держателя; правила, связанные с совершением брокером сделок для клиентов, в частности, правила исполнения приказов клиента, правила «конфликта интересов брокера и его клиента», обязанности брокера в отношении денежных средств клиента; а также правила, связанные с андеррайтингом ценных бумаг.

В Законе *Республики Беларусь* от 05.01.2015 № 231-3 «О рынке ценных бумаг»<sup>13</sup> лишь ст. 31 специально касается брокерской деятельности. В ней установлены понятия «брокерская деятельность» и «брокер»; правила «конфликта интересов брокера и его клиента»; положение о договорах, на основании которых брокер совершает сделки с ценными бумагами по поручению и в интересах клиента, в т.ч. и их существенные условия;

---

<sup>11</sup> Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (с изм. от 13.07.2015) // «Собрание законодательства РФ», № 17, 22.04.1996, ст. 1918, «Российская газета», № 79, 25.04.1996.

<sup>12</sup> Закон Республики Казахстан от 02.07.2003 № 461 «О рынке ценных бумаг» (с изм. от 27.04.2015) // «Ведомости Парламента РК», № 14, 2003, ст. 119; «Казахстанская правда», № 199-200, 10.07.2003.

<sup>13</sup> Закон Республики Беларусь от 05.01.2015 № 231-3 «О рынке ценных бумаг» (с изм. от 10.07.2015) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=72304](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=72304), свободный (дата обращения: 30.09.2015 г.).

права и обязанности брокера в отношении денежных средств и ценных бумаг клиента; понятие «маржинальная сделка», а также права брокера на предоставление заем клиенту денежных средств или ценных бумаг.

Специальные положения о брокерской деятельности в Законе *Кыргызской Республики* от 24.07.2009 № 251 «О рынке ценных бумаг»<sup>14</sup> отражено в ст. 43. В ней изложены понятия «брокер» и «брокерская деятельность»; права и обязанности брокера, в т.ч. в отношении денежных средств и ценных бумаг клиента, предоставление информации и т.д.; правила «конфликта интересов брокера и его клиента».

Закон *Республики Армения* от 11.10.2007 №ЗР-195 «О рынке ценных бумаг» состоит из 222 статей, однако в нем отсутствует специальное регулирование брокерской деятельности. Названный закон использует понятие «инвестиционные услуги», в объем которого включает как брокерские услуги, так и иные виды услуг на рынке ценных бумаг.

Из изложенного, видно, что в обозначенных законах стран ЕАЭС о рынке ценных бумаг в части вопроса регулирования брокерской деятельности имеются как совпадения, так и расхождения. Так, законами стран ЕАЭС о рынке ценных бумаг, регулируются такие схожие вопросы, как договоры об оказании брокерских услуг; правила «конфликта интересов брокера и его клиента»; права и обязанности брокера в отношении денежных средств и ценных бумаг клиента.

Наряду с обозначенными специальными законами брокерскую деятельность регламентируют также: Гражданский кодекс *Российской Федерации*, *Республики Казахстан*, *Республики Беларусь*, *Кыргызской Республики* и *Республики Армения* (далее – РФ, РК, РБ, КР, РА), Закон «Об акционерных обществах» (РФ, РК, РБ, КР, РА), Налоговый кодекс (РФ, РК, РБ, КР, РА), нормы Закона «О рынке ценных бумаг» (РФ, РК, РБ, КР, РА). Так, Гражданский кодекс (РФ, РК, РБ, КР, РА) регулирует брокерскую деятельность в части имущественных и корпоративных отношений, Налоговый кодекс (РФ, РК, РБ, КР, РА) в части налогообложения доходов от брокерской деятельности, нормы Закона «О рынке ценных бумаг» (РФ, РК, РБ, КР, РА) в части лицензирования, запрет на недобросовестное поведение, ограничения на распоряжение и использование инсайдерской информации и т.д. Нормы этих актов носят общий характер, распространяются как на профессиональных участников рынка ценных бумаг, так и на участников гражданского оборота, т.е. на физических и юридических лиц, а также на государства.

Таким образом, подводя итог анализа, проведенного в настоящей статье, отметим следующее:

---

<sup>14</sup> Закон Кыргызской Республики от 24.07.2009 № 251 «О рынке ценных бумаг» // Республиканская газета «Эркин-Тоо», № 251, 11.08.2009.

1. В иерархическом построении нормативных правовых актов стран ЕАЭС имеются расхождения, обусловленные 1) отсутствием определений некоторых понятий, таких как «законодательство», «законодательный акт», «подзаконный акт» и «юридическая сила», 2) различной степенью раскрытия и конкретизации вышеуказанных понятий, что, однако, не мешает регламентации вопросов регулирования брокерской деятельности в странах ЕАЭС на уровне специальных законов.

2. В части предмета регулирования в законодательстве стран ЕАЭС в сфере брокерской деятельности имеются как совпадения, так и значительные расхождения: 1) специальные нормы о брокерской деятельности на рынке ценных бумаг в странах ЕАЭС на уровне законодательных актов содержатся, как правило, в одной статье в законе о рынке ценных бумаг; 2) вследствие этого источники правового регулирования брокерской деятельности на рынке ценных бумаг в странах ЕАЭС состоят, главным образом, из подзаконных актов, которых в основном издают уполномоченные органы в сфере рынка ценных бумаг.

# Проблема обращения взыскания на общее имущество супругов в рамках процедуры банкротства на примере США

**И.С. Коршунов**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, 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 проблемы обращения взыскания на общее имущество супругов 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, общее имущество супругов, использование на нужды семьи, общность обязательств.

С 01.10.2015 вступил в силу Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>1</sup> в редакции Федерального закона от 29.06.2015 № 154-ФЗ<sup>2</sup> (далее – Закон о банкротстве). Указанные обстоятельства свидетельствуют о том, что начали действовать нормы, опосредующие процедуру реструктуризации задолженности граждан, не являющихся предпринимателями. Иными словами, введена в действие процедура банкротства физических лиц.

В соответствии с п. 4 ст. 213.25 Закона о банкротстве, в конкурсную массу может включаться имущество гражданина, составляющее его долю в общем имуществе, на которое может быть обращено взыскание в соответствии с гражданским законодательством, семейным законодательством.

При этом, согласно п. 2 ст. 45 Семейного кодекса Российской Федерации<sup>3</sup>, взыскание по обязательствам одного из супругов обращается на общее имущество супругов, если судом установлено, что все, полученное по обязательствам одним из супругов, было ипользовано на нужды семьи.

В связи с вышеизложенным, возникают два принципиальных вопроса. Первый – в каких случаях и всегда ли возникает общность супругов по обязательствам (долгам)? Ответ на данный вопрос важен в связи с тем, что при общности обязательств супругов в конкурсную массу будет включено общее имущество.

<sup>1</sup> Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Российская газета, № 209-210, 02.11.2002.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> «Семейный кодекс Российской Федерации» от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Российская газета, № 17, 27.01.1996.

И второй, неразрывно связанный с первым, - единственным ли критерием общности обязательств (долгов) будет являться использование полученных средств на нужды семьи? Каким образом уточнить указанный критерий?

Попытаемся обнаружить ответ на перечисленные вопросы путем анализа законодательства и судебной практики США.

Законодательное регулирование и судебная практика в США по вопросу общности супругов в долгах основаны на несколько иных принципах, нежели отечественное законодательство и судебная практика. Более того, положения касательно данного вопроса могут иметь различное содержание в зависимости от разных штатов в США.

На федеральном уровне вопросы банкротства в США на сегодняшний день регулируются т.н. Банкротным Кодексом США (далее – BRA)<sup>4</sup>. Согласно ст. 541(a)(2) BRA не все имущество, охватываемое понятием «общее имущество супругов» может быть включено в конкурсную массу. Среди имущества, подлежащего включению: доля должника, а также его супруга в общем имуществе, находящаяся под индивидуальным, либо совместным со вторым супругом управлением должника; все имущество, на которое может быть обращено взыскание по долгам должника; все имущество, на которое может быть обращено взыскание по долгам обоих супругов.

Таким образом, при формировании конкурсной массы должника законодатель США изначально исходит из положения о том, что не все имущество, охватываемое понятием «общее имущество супругов», может быть включено в конкурсную массу.

Для более подробного погружения в указанные вопросы, а также чтобы продемонстрировать различие в регулировании отношений по поводу общности супругов в обязательствах, рассмотрим соответствующие законодательство и судебную практику в рамках двух штатов: Айдахо и Вашингтон.

**Штам Айдахо**<sup>5</sup>. В общих чертах регулирование аналогично отечественному. Так, любой из супругов вправе распоряжаться совместным имуществом, кроме случаев распоряжения недвижимым имуществом. В такой ситуации необходимы обоюдные юридические действия обоих супругов. По обязательствам супруга, действовавшего единолично, взыскание, в любом случае, не может быть обращено на личное имущество другого супруга.

В итоге, независимо от того, какие обязательства принимаются во внимание (те, что возникли до или после вступления в брак), если супруг действовал в личном качестве, в обеспечение обязательств выступает его личное имущество. С другой стороны, в некоторых

---

<sup>4</sup> The Bankruptcy Reform Act of 1978. Pub. L. No. 95-598, tit. IV § 402(a), 92 Stat. 2549, 2682 (1978).

<sup>5</sup> Сборник статутного права штата Айдахо именуется the Idaho Code.

случаях на общее имущество супругов может быть обращено взыскание по обязательствам, возникшим у супругов до брака<sup>6</sup>.

Рассмотрим подробнее обязательства, о которых шла речь выше. Для удобства изложения они будут разделены на две категории по основаниям возникновения: договорные и из причинения вреда.

**Договорные обязательства.** В Айдахо действует аналогичное правило, что и в РФ: если супруг берет на себя обязательство в интересах семьи (общего имущества супругов), то взыскание по такому обязательству может быть обращено на общее имущество и индивидуальное имущество обязанного лица.

**Обязательства вследствие причинения вреда.** Примечательно, что ни законодательство, ни судебная практика штата Айдахо не сформировали общего правила касательно вопроса обращения взыскания на общее имущество супругов по обязательствам из причинения вреда одного из таких супругов.

Согласно общему правилу, о котором шла речь выше, по обязательствам одного из супругов взыскание может быть обращено на общее имущество, если полученная по обязательствам выгода была использована на нужды семьи.

В результате, суды штата распространили настоящее правило на случаи, когда взыскание происходит по обязательствам вследствие причинения вреда: если причинение вреда произошло к выгоде, которая отразилась на общем имуществе, а также при владении (пользовании, распоряжении) общим имуществом супругов, взыскание по таким обязательствам может быть обращено на общее имущество супругов.

Не до конца ясным остается вопрос касательно возможности обращения взыскания на общее имущество по обязательствам вследствие причинения вреда в иных случаях, не охватываемых вышеизложенными.

Неопределенность в данном вопросе началась с постановления суда по делу *Hansen v. Blevins*<sup>7</sup>. В рамках данного дела Верховный суд штата Айдахо отказался декларировать известное правило о том, что на общее имущество супругов может быть обращено взыскание в том случае, если обязательство возникло вследствие неправомерных действий только одного из них. Вместо этого суд отметил, что *«нет необходимости в рамках решения по данному делу отмечать, в любом ли случае может быть обращено взыскание по деликтным обязательствам одного из супругов на общее имущество таких супругов»*.

---

<sup>6</sup> *Williams v. Paxton*, 98 Idaho 155, 161, 559 P.2d 1123, 1129 (1976).

<sup>7</sup> *Hansen v. Blevins*, 84 Idaho 49, 367 P.2d 758 (1962).



Ранее, в рамках дела First National Bank v. Samuels суд и вовсе постановил, что взыскание на общее имущество супругов может быть обращено лишь в том случае, если обязательство вследствие причинения вреда возникло вследствие действий обоих супругов<sup>8</sup>.

С одной стороны, точка в вопросе была поставлена Верховным судом штата Айдахо в решении, в рамках которого тот постановил, что *«общее имущество супругов может стать объектом взыскания по долгам, возникшим у одного из супругов вследствие неправомерного поведения последнего во время брака, даже если второй супруг является полностью невиновным в таком неправомерном поведении, а также не несет никакой персональной ответственности за указанные действия, только если такое неправомерное поведение повлекло выгоду для общего имущества супругов и имело место в рамках владения (пользования, распоряжения) общим имуществом супругов»*<sup>9</sup>.

С другой стороны, до конца неясным остался вопрос, можно ли обратиться взыскание на общее имущество супругов в ситуации, когда деликт не был совершен к выгоде обоих супругов и вне рамок владения (пользования, распоряжения) общим имуществом.

**Штат Вашингтон**<sup>10</sup>. В указанном штате действует презумпция, согласно которой любое обязательство, возникшее в рамках брака является общим обязательством супругов, если только заинтересованный супруг не докажет посредством достаточных и убедительных доказательств, что обязательство является индивидуальным<sup>11</sup>.

В Вашингтоне оба супруга равноправны в распоряжении общим имуществом за некоторыми исключениями<sup>12</sup>: ни один из супругов не вправе завещать более причитающейся ему половины общего имущества супругов; супруг не вправе распоряжаться общим имуществом без явного, либо подразумеваемого согласия второго супруга; любое действие по распоряжению недвижимым имуществом, являющимся составной частью общего имущества супругов, требует осведомленности обоих супругов о совершении подобных действий; приобретение имущества, которое впоследствии войдет в состав общего, требует совместного участия обоих супругов; залог предметов домашнего обихода требует совершения юридических действий обоими супругами; когда оба супруга управляют предприятием, любые сделки в отношении активов, недвижимого имущества, либо нематериальных активов, входящих в состав предприятия (goodwill), требуют участия обоих супругов.

---

<sup>8</sup> First National Bank v. Samuels, 53 Idaho 780, 780, 27 P. 2d 959, 960 (1993).

<sup>9</sup> Hegg v. I.R.S., 136 Idaho 61, 63, 28 P.3d 1004, 1006 (2001).

<sup>10</sup> Сборник статутного права штата Вашингтон именуется the Revised Code of Washington или сокращенно – RCW.

<sup>11</sup> 1 Wash. Prac. § 20.10 (2007).

<sup>12</sup> RCW 26.16.030.

**Договорные обязательства.** По общему правилу, долги каждого из супругов подлежат уплате не из общего имущества, а, в первую очередь, из индивидуального имущества каждого из супругов.

Вступление в брак может существенным образом повлиять на возможности кредитора потребовать исполнения обязательств, возникших до вступления должника в брак<sup>13</sup>, особенно, если единственным реальным источником погашения требований кредитора были доходы должника. Для обращения взыскания на доходы, полученные одним из супругов после вступления в брак, необходимо согласие второго супруга<sup>14</sup>.

Кредитор вправе обратиться взыскание на до-брачные доходы должника, вступившего в брак<sup>15</sup>, но в течение трех лет после заключения брака. При этом, вступая в брак, должник не обязан об этом уведомлять кредитора<sup>16</sup>, несмотря на то, что указанные действия существенным образом накладывают ограничение на возможности кредитора.

**Обязательства вследствие причинения вреда.** В Вашингтоне действует аналогичное правило тому, которое применяется в Айдахо: если деликт совершен к выгоде обоих супругов, кредитор вправе обратиться взыскание на общее имущество.

Между тем, в данном штате существует следующая особенность. В случае, если по деликтному обязательству отвечает лишь один из супругов, кредитор по такому обязательству вправе сначала обратиться взыскание на личное имущество должника, лишь затем, если этого не будет достаточно, - на долю в общем имуществе. При этом, взыскание на долю в общем имуществе обращается сначала в отношении движимого и лишь после – недвижимого имущества<sup>17</sup>. Данное правило не распространяется на случаи, когда деликт возник вследствие действий одного из супругов по управлению предприятием, собственниками которого выступают оба супруга.

Не ответственный по обязательству супруг обладает преимущественным правом выкупа доли ответственного по обязательству супруга.

**Выводы.** К сожалению, анализ законодательства США не позволяет непосредственно уточнить критерий использования средств на нужды семьи в целях определения факта общности обязательств супругов.

Однако мы приходим к выводу, что данный критерий в США не является единственным. Некоторые сделки (помимо сделок, полученное в рамках которых было

---

<sup>13</sup> 19 Wash. Prac. § 14.7 (цит. RCW 26.16.200).

<sup>14</sup> Там же (цит. State v. Miller, 32 Wash. 2d 149, 201 P.2d 136 (1948)).

<sup>15</sup> Там же (цит. Stafford v. Stafford, 10 Wash. 2d 649, 117 P.2c 753 (1941), а также Knittle v. Knittle, 2 Wash. App. 208, 467 P.2d 200 (1970)).

<sup>16</sup> Там же (цит. Watters v. Doud, 92 Wash. 2d 317, 323, 596 P.2d 280, 284 (1979)).

<sup>17</sup> 19 Wash. Prac. § 14.7 (цит. Keen v. Edie, 131 Wash. 2d 822, 935 P.2d 588 (1997)).

использовано на нужды семьи), априори влекут общность обязательств и, следовательно, включение общего имущества супругов в конкурсную массу должника:

- сделки по распоряжению недвижимым имуществом, так как последние требуют совместных юридических действий обоих супругов (штат Айдахо);
- сделки, совершенные в рамках действий по распоряжению (владению, пользованию) общим имуществом супругов (деликтные обязательства по законодательству штата Айдахо);
- любые сделки, совершенные в рамках брака, если не доказано иное (штат Вашингтон)

Указанные выводы, в совокупности с порядком обращения взыскания на имущество обязанного супруга в штате Вашингтон, могут быть учтены в целях усовершенствования отечественного законодательства.

## Отдельные аспекты учения о сервитутах в современном российском и зарубежном праве

**Т.С. Краснова**

*Аспирантка кафедры Гражданского права Юридического факультета  
Санкт-Петербургского государственного университета,  
Старший юрист Юридической компании «Pen and Paper» (г. Санкт-Петербург)*

В соответствии с заглавием настоящей статьи в ней будут освещены только отдельные аспекты учения о сервитутах, а именно особенности формирования различных сервитутных типов ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество в современном российском и зарубежном праве<sup>1</sup>.

Как известно, сегодня проводится модернизация российского гражданского законодательства посредством подготовки и внесения масштабных изменений в часть I Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации. Эта деятельность осуществляется под эгидой детализации положений указанных нормативных правовых актов и в ряде случаев их унификации с зарубежными правовыми порядками<sup>2</sup>.

При этом изменения раздела II части I ГК РФ, посвященного праву собственности и другим вещным правам, формулируются при осознании необходимости создания сбалансированного режима различных гражданско-правовых обременений, а также полноценной системы ограниченных вещных прав, которая могла бы удовлетворить потребности участников гражданского оборота в максимально стабильном и защищенном правовом режиме пользования чужим имуществом, т.е. во владении и пользовании, основанном именно на вещном праве<sup>3</sup>. Насколько эти идеи воплощаются в жизнь?

Субъективные вещные права традиционно подразделяются на право собственности и ограниченные вещные права. При этом ограниченное вещное право (право на чужую вещь) рассматривается как субъективное вещное право, отличное от права собственности, предоставляющее определенные правомочия на чужую вещь<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Для более подробного изучения данного вопроса см. также: *Краснова Т.С.* Сервитутные типы ограничений (обременений) прав на недвижимость: зарубежный опыт и новеллы российского законодательства // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2015. № 1. С. 142.

<sup>2</sup> *Вавилин Е.В.* Концепция развития гражданского законодательства: основные направления // *Гражданское право*. 2010. № 1. С. 3.

<sup>3</sup> См.: [http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=24](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24).

<sup>4</sup> Относительно вопросов определения ограниченных вещных прав см.: *Рыбалов А.О.* Ограниченные вещные права: проблемы определения // *Закон*. 2007. № 2. С. 115–124.

Сегодня для общего определения правовых категорий, входящих в понятие «ограниченное вещное право на недвижимое имущество», в зарубежной англоязычной литературе, как правило, используется термин *land burdens*<sup>5</sup>.

На протяжении последних десятилетий отечественные и зарубежные цивилисты оживленно обсуждают, в том числе следующие вопросы, касающиеся *land burdens*: о допустимости создания ограниченных вещных прав, не поименованных в национальных законодательствах; о допустимости создания ограниченных вещных прав с элементами субъективных вещных прав и субъективных обязательственных прав; о допустимости создания самостоятельных обязательств с вещным характером или вещных обязательств (как правило, обозначаемых *real obligations*).

Для начала попробуем ответить на вопрос о том, какое место занимают *real obligations* в системе гражданских прав. По мнению одних ученых, вещное обязательство является классическим личным обязательством, по мнению других – неотъемлемой составляющей ограниченного вещного права, по мнению третьих, вещное обязательство занимает срединную позицию между субъективным вещным правом и субъективным обязательственным правом<sup>6</sup>.

Исход данной дискуссии непосредственно связан с ответами на два других вопроса, поставленных выше. А именно с пределами свободы заинтересованных лиц устанавливать те или иные ограниченные вещные права посредством соглашений, то есть с возможностью перехода от жесткого определения правового режима ограниченных вещных прав законом к его относительно произвольному формулированию заинтересованными лицами; с применением принципов *ex post* или *ex ante* при установлении ограниченных вещных прав<sup>7</sup>.

В связи с этим обратимся к понятию принципа *numerus clausus*. Согласно данному принципу допустимые вещные ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество и их правовой режим определяются законодателем и не могут произвольно создаваться и формулироваться заинтересованными лицами посредством соглашений.

Данный принцип зародился в период французской революции и сегодня плотно укрепился в большинстве европейских правопорядков (в Германии, Франции, Бельгии, Англии, Испании, Швейцарии и др.), подтверждая идею о том, что «пестрота может быть

---

<sup>5</sup> См.: *S. van Erp. Preface // Towards a Unified System of Land Burdens? / S. van Erp, B. Akkermans (eds.). Oxford, 2006.*

<sup>6</sup> См., например: *Sagaert V. The Fragmented System of Land Burdens in French and Belgian Law // Towards a Unified System of Land Burdens? / S. van Erp, B. Akkermans (eds.). Oxford, 2006. P. 43; Рыбалов А.О. Некоторые вопросы вещных обязательств // Вестник ВАС РФ. 2013. № 12. С. 62–70.*

<sup>7</sup> См.: *S. van Erp. Servitudes: the Borderline Between Contract and (Virtual) Property // Towards a Unified System of Land Burdens? / S. van Erp, B. Akkermans (eds.). Oxford, 2006. P. 5–9; Sagaert V. Op. cit. P. 44.*

присуща только обязательственным, но не вещным правам»<sup>8</sup>.

Если придерживаться принципа *numerus clausus*, он выступает одной из основных демаркационных линий между вещным и обязательственным правом, поскольку провозглашенная в обязательственном праве свобода договора в вещном праве преломляется и проявляется в возможности устанавливать только те права и обязанности и с теми правовыми режимами, которые строго определены законом. Тем самым обязательственная свобода договора оказывается серьезно ограниченной большинством фундаментальных характеристик вещного права, особенно принципом *numerus clausus*.

В связи с этим при формировании правовых конструкций «на стыке» вещного и обязательственного права перед специалистами ставится сложная задача. С одной стороны, им необходимо получить как можно больше свободы при установлении вещных ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество, с другой — не утратить преимущества ограниченных вещных прав, в частности, абсолютный характер и право следования<sup>9</sup>. Успешность разрешения этой задачи в немалой степени связана с пониманием права собственности в контексте установления его вещных ограничений (обременений).

Ключевые моменты дискуссии о соотношении права собственности и ограниченных вещных прав сводятся к следующему.

Для начала необходимо обозначить два подхода к определению ограниченных вещных прав. Это унифицированный подход (*uniform approach*), при котором происходит создание общих взаимосвязанных стандартов для всех вещных ограничений (обременений) прав независимо от их наименования и категории. Такова, например, американская модель. И фрагментарный подход (*fragmented approach*), при котором происходит создание самостоятельных правил для каждого типа вещных ограничений (обременений) прав. Он применяется в большинстве европейских государств, в том числе в Германии, Австрии, Франции, Бельгии, России<sup>10</sup>.

Далее необходимо выделить различные концепции создания ограниченных вещных прав. Во-первых, это континентальная и англосаксонская модели. В рамках первой противопоставляются право собственности и огромное многообразие ограниченных вещных прав. В рамках второй допускается разделение, расщепление собственности, то есть ситуация при которой право собственности принадлежит одновременно нескольким лицам,

---

<sup>8</sup> *Sagaert V.* Op. cit. P. 41.

<sup>9</sup> *Ibid.* P. 51–52.

<sup>10</sup> См.: *Sagaert V.* Op. cit. P. 31.

но в разных аспектах, то есть не происходит противопоставления права собственности и ограниченных вещных прав<sup>11</sup>.

Во-вторых, это концепция унитарной собственности и концепция разделенной собственности. В соответствии с первой концепцией ограниченное вещное право возникает в качестве нового дочернего права по отношению к праву правопродшественника – материнскому праву и наделяется частично совпадающим по объему с материнским правом содержанием. Ограниченное вещное право в процессе создания включает в себя правомочия, которые ограничивают осуществление права собственности. В рамках такой концепции допускается противопоставление права собственности и ограниченного вещного права. Это некая модель «ограничения», «отражения». Она воспринята, например, в Германии, в праве справедливости Англии.

В соответствии со второй концепцией создание ограниченного вещного права происходит путем выделения одного или нескольких правомочий из права собственности и передачи их другому лицу. То есть вещь может принадлежать одному лицу на праве собственности и в то же время другое лицо может иметь на нее частичные права собственности. При этом сущностного противопоставления права собственности и ограниченного вещного права не происходит. Это некая модель «вычитания», «выделения». Она манифестирована (с определенными оговорками), например, в Австрии, Франции, Нидерландах, в общем праве Англии.

Каковы последствия восприятия той или иной модели/концепции?

Допустимость конкуренции между правом собственности и ограниченным вещным правом в рамках модели «ограничения» позволяет собственнику создавать ограниченное вещное право на свою вещь, которое будет первым по рангу по отношению ко всем последующим ограниченными вещным правам. Такая ситуация также позволяет собственнику передать право собственности другому лицу и сохранить за собой ограниченное вещное право, созданное на тех условиях и с тем рангом, которые он пожелает, что недопустимо в рамках модели «вычитания».

В соответствии с моделью «вычитания», если право собственности и ограниченное вещное право попадают в одни руки, правомочия, составляющие ограниченное вещное право, сливаются с правомочиями, составляющими право собственности, и ограниченное вещное право прекращает свое существование (за исключением некоторых частных случаев). Что касается модели «ограничения», то конкуренция между правом собственности

---

<sup>11</sup> См.: Латышев А.Н., Губарева А.В. Недвижимость за рубежом. Правовые вопросы: учеб. пособие. М., 2011. С. 36–37.

и ограниченным вещным правом, оказавшимися в одних руках, считается допустимой<sup>12</sup>.

Выбор той или иной модели создания ограниченных вещных прав напрямую влияет на принятие или отторжение принципа *numerus clausus*, а также на возможность или недопустимость создания непоименованных ограниченных вещных прав, в том числе содержащих вещно-правовые и обязательственно-правовые характеристики, и вещных обязательств. Так, в соответствии с моделью «вычитания», поскольку ограниченное вещное право составляет временно выделенную часть права собственности, оно не может включать в себя ничего, кроме того, что включает в себя право собственности. Обязательства в рамках ограниченного вещного права, или, если быть более конкретными, «позитивные» обязательства в рамках сервитута, не имеют законного основания в пределах вещно-правовых конструкций, так как не вытекают из содержания права собственности. Согласно модели «вычитания» такие обязательства следует рассматривать исключительно как личные<sup>13</sup>, в то время как с позиции модели «ограничения» «позитивные» обязательства могут носить в том числе вещно-правовой характер.

Но что такое «позитивные» обязательства в контексте сервитутных ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество? Это обязанность сервитутодателя не только что-либо терпеть или что-либо не делать, но и обязанность что-либо делать на основании сервитутных правоотношений. Кроме того, это может быть дополнительная обязанность сервитуария что-либо делать на основании сервитутных правоотношений.

В настоящее время сформировалось три основных подхода к определению «позитивных» обязательств в рамках сервитутных типов ограничений (обременений) прав. С одной стороны, «позитивные» обязательства рассматриваются исключительно как инструменты обязательственного права, т.е. как личные обязательства; с другой — допускается определение «позитивных» обязательств как составляющих сервитута. Согласно третьему подходу, если грань между вещным и обязательственным правом проводить не так жестко, можно допустить существование самостоятельных, хоть и связанных с сервитутом, вещных обязательств — «позитивных» обязательств. Они будут связывать любых правообладателей господствующей и служащей недвижимости в силу факта принадлежности им вещных прав на данную недвижимость, несмотря на то, что не будут составлять содержание сервитута как такового. В зарубежной литературе последние обязательства получили название *qualitative obligations*. И хотя введение подобного рода

---

<sup>12</sup> Akkermans B. Concurrence of Ownership and Limited Property Rights // European Review of Private Law. 2010. № 2. P. 272–273; Гражданское уложение Германии: пер. с нем. 3-е изд. / под ред. В. Бергманна. М., 2008. С. 338; Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона): пер. с фр. / под ред. В.Н. Захватаева. М., 2012. С. 209, 224, 553.

<sup>13</sup> См.: Akkermans B. The New Dutch Civil Code: the Borderline Between Property and Contract // Towards a Unified System of Land Burdens? / S. van Erp, B. Akkermans (eds.). Oxford, 2006. P. 170–171.



обязательств все же является отступлением от догмы права, ученые считают, что необходимо их допустить при условии, что они не будут противоречить сущности сервитута, а будут установлены в его дополнение и развитие<sup>14</sup>.

Первый подход является классическим и отстаивается учеными во многих странах. Второй подход наиболее последовательно проводится в голландском праве. Третий подход в той или иной форме определяется законодательством и (или) судебной практикой отдельных государств (в частности, *chain clauses*, *perpetual clauses*, *covenants*, *real obligations* в Нидерландах, Франции, Швеции, Германии, Англии, Шотландии, Швейцарии). При определенных различиях сходство этих институтов заключается в том, что на основании обязательственного соглашения сторон или в силу закона возникает дополнительное по отношению к ограниченному вещному праву (обычно к сервитуту) обязательство «позитивного» содержания, наделенное условным правом следования<sup>15</sup>.

Интересно отметить, что в соответствии с Гражданским кодексом Нидерландов допустимо установление не только *qualitative obligations* (т.е. «позитивного» обязательства что-либо сделать), но и *qualitative duties* (т.е. «негативного» обязательства чего-либо не делать). Определенные аналоги *qualitative duties* существуют в судебной практике Германии, Франции, а также в праве справедливости Англии.

С учетом изложенного сервитутные типы ограничений (обременений) прав на недвижимость в законодательстве различных стран могут быть установлены в виде обязанности что-либо терпеть (на основании классического сервитута), обязанности что-либо не делать (на основании отрицательного сервитута или *qualitative duties*), обязанности что-либо сделать (на основании сервитута с обязательством вещно-правового характера или *qualitative obligations*).

Как правило, правовая система того или иного государства предусматривает один или несколько из перечисленных институтов. Однако есть интересные исключения. Так, относительно новое шотландское законодательство включает практически все из перечисленных сервитутных типов ограничений (обременений) прав.

После проведенного анализа неизбежно возникает вопрос: насколько целесообразно сохранение классической модели сервитута, если потребности современного гражданского оборота диктуют необходимость расширения его содержания или дополнения его другими

---

<sup>14</sup> Ibid. P. 172.

<sup>15</sup> См. подробнее: *Akkermans B. The New Dutch Civil Code: the Borderline Between Property and Contract // Towards a Unified System of Land Burdens? / S. van Erp, B. Akkermans (eds.). Oxford, 2006. P. 163–183; Sagaert V. Op. cit. P. 31–52; Reid K. Modernising Land Burdens: the New Law in Scotland // Towards a Unified System of Land Burdens? / S. van Erp, B. Akkermans (eds.). Oxford, 2006. P. 63–108; Swadling W. Land Burdens — an English Perspective // Towards a Unified System of Land Burdens? / S. van Erp, B. Akkermans (eds.). Oxford, 2006. P. 117–135; McLeod I. Key Concept in Law. Basingstoke, 2010. P. 64.*

ограничениями (обременениями)?

Американские специалисты произвели слияние категории «сервитут» с различного рода дополнительными ограничениями (обременениями) и создали самостоятельное вещное ограничение (обременение) прав с расширенным содержанием. Данный подход все больше стремятся воспринять в Европе в качестве способа унификации права. Тем самым происходит постепенное стирание грани между вещным и обязательственным правом, по крайней мере при установлении вещных ограничений (обременений) прав, а также последовательная отмена принципа *numerus clausus* и переход от принципа *ex ante* к принципу *ex post*.

Что касается современного российского права, то оно движется по самостоятельному пути. Согласно Концепции развития гражданского законодательства и Проекту № 47538-6 Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>16</sup> вводится закрытый перечень ограниченных вещных прав, т.е. торжествуют принципы *numerus clausus* и *ex ante*. Кроме того, есть основания полагать, что в соответствии с указанными актами не допускается установление сервитутов, включающих обязательственно-правовые элементы, а также любых аналогов *qualitative obligations* и *qualitative duties*.

Будет ли эффективным при решении задач, поставленных мировым гражданским оборотом, консервативный подход, воспринятый реформаторами российского законодательства, покажет время.

---

<sup>16</sup> Текст Концепции см.: [http://www.privlaw.ru/index.php?section\\_id=24](http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24); текст Проекта см.: <http://base.garant.ru/58024599/>.

## Рассмотрение споров в сфере интеллектуальной собственности Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

**Е. В. Купчина**

*Аспирантка кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
e-mail: [beloysova\\_87@mail.ru](mailto:beloysova_87@mail.ru)*

В статье дана краткая характеристика деятельности Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации по рассмотрению споров в сфере интеллектуальной собственности.

**Ключевые слова:** третейский суд, международный коммерческий арбитраж, Торгово-промышленная палата Российской Федерации, арбитражный Регламент, арбитражное разбирательство, арбитражное соглашение.

Законодательством об интеллектуальных правах предусмотрен порядок рассмотрения споров третейским судом. Подобный порядок существенно отличается от общего судебного и арбитражного. По закону предметом третейского разбирательства не могут быть только публично-правовые споры, первоначально принятые в административном порядке. В частности, имеются в виду жалобы на действия органов государственной власти (например, по поводу необоснованного отказа в предоставлении правовой охраны патентоспособному объекту). Кроме того, неподведомственны третейскому суду споры, вытекающие из правоотношений по поводу секретных объектов промышленной собственности.<sup>1</sup>

Обращение в третейские суды на сегодняшний день является достаточно распространенным способом альтернативного разрешения споров. Третейские суды имеются при торгово-промышленных палатах, а так же в наиболее крупных коммерческих организациях, при ассоциациях и союзах.

Преимущество третейских судов очевидно по ряду весьма значимых причин. Во-первых, при передаче дела на рассмотрение в третейский суд у сторон имеется возможность повлиять на его состав путем выбора арбитров. Во-вторых, третейское разбирательство носит закрытый характер. В-третьих, дела в третейских судах рассматриваются значительно быстрее.

Остановимся более подробно на деятельности Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, так как споры в сфере защиты прав на интеллектуальную собственность наиболее часто рассматриваются именно этим судебным органом.

---

<sup>1</sup> Маковский А.Л., Суханов Е.А. Федеральный закон "О третейских судах в РФ". Постатейный комментарий. М., 2003. С. 8.

Правовой статус Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС) определен Законом «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 года и Положением о МКАС, которое является Приложением 1 к указанному Закону. В основу данного Закона положен Типовой закон, принятый в 1985 году Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренный Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в своем национальном законодательстве. МКАС является независимым постоянно действующим арбитражным (третейским) судом. Он состоит при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Торгово-промышленная палата Российской Федерации утверждает Регламент МКАС, порядок исчисления арбитражного сбора, других расходов суда, оказывает иное содействие его деятельности.<sup>2</sup>

По соглашению сторон в МКАС могут передаваться две категории споров:

- споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей;

- споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

Также МКАС принимает к своему рассмотрению споры, подлежащие его юрисдикции в силу международных договоров Российской Федерации, в частности, договоров, предусматривающих исключительную компетенцию соответствующих арбитражных центров в стране ответчика.<sup>3</sup>

Споры в МКАС разрешаются арбитрами, избранными самими сторонами либо назначенными в порядке, предусмотренном Регламентом МКАС. Арбитры не являются представителями сторон.

Арбитры должны обладать необходимыми специальными знаниями, быть независимыми и беспристрастными. Соблюдение этих требований обеспечивается правом стороны заявить об отводе арбитра.

---

<sup>2</sup>См. сайт Торгово-промышленной палаты Российской Федерации: <http://www.tpprf-mkac.ru/ru/whatis/lawstatus>

<sup>3</sup> М.М. Богуславский. Современные тенденции расширения сферы действия институциональных арбитражных судов. / Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Отв.ред. А.С.Комаров. М.: Спарк, 2002. - 140 с.

Торгово-промышленная палата Российской Федерации утверждает сроком на 5 лет список арбитров.<sup>4</sup> Действующий список арбитров утвержден 3 июня 2005 года Приказом Президента ТПП РФ № 49.

Этот список носит рекомендательный характер и включает 181 арбитра, из которых более трети являются иностранными специалистами. Стороны имеют право избрать арбитров и за пределами указанного списка.<sup>5</sup>

Согласно международной практике и на основании своих уставов торгово-промышленные палаты в Российской Федерации удостоверяют сертификаты о происхождении товаров. Законодательно данная функция закреплена за палатами Законом РФ «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» от 07.07.1993 года № 5340-1 (ред. от 23.07.2003). Указанные полномочия играют существенную роль в сфере защиты прав на объекты интеллектуальной собственности.

МКАС не является организацией в привычном понимании этого слова, поскольку он не обладает организационным единством, не имеет обособленного имущества и не является самостоятельным участником каких-либо экономических отношений. Экономические взаимоотношения МКАС, в частности, с участвующими в разбирательстве споров сторонами, арбитрами осуществляются через Торгово-промышленную палату РФ.

Главная из функций ТПП РФ состоит в утверждении важнейшего документа, определяющего деятельность МКАС, а именно его Регламента.<sup>6</sup> Кроме этого, ТПП РФ утверждает документы, которыми регулируется финансовая сторона деятельности МКАС, а именно порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и других расходов арбитражного суда.

ТПП РФ предоставляет помещение, где проходят арбитражные слушания, а также услуги секретариата, обеспечивающего ведение арбитражной процедуры, определенной Регламентом, начиная с приема искового заявления и заканчивая направлением сторонам окончательного арбитражного решения.

Положение<sup>7</sup> о МКАС содержит важные нормы, определяющие его предметную компетенцию. Поскольку в силу этого подхода МКАС не может рассматривать любые споры, переданные ему по соглашению сторон, его компетенция не носит общего характера. Это, безусловно, дает основание назвать МКАС специализированным арбитражным судом, т.е. в тех случаях, когда предмет спора выходит за рамки закрепленной за МКАС

---

<sup>4</sup> См. сайт Торгово-промышленной палаты Российской Федерации: <http://www.tpprf-mkas.ru/ru/larblast/arblastus>

<sup>5</sup> Зыкин И.С. Статус арбитра в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд, 2003, № 1, с. 88.

<sup>6</sup> Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (в ред. Приказа ТПП РФ от 23.06.2010 N 28)// СПС Консультант Плюс

<sup>7</sup> Приложение 1 к Закону «О международном коммерческом арбитраже» (в ред. Федерального закона от 03.12.2008 N 250-ФЗ)//СПС Консультант Плюс

компетенции, он не вправе рассматривать дело в качестве постоянно действующего арбитражного органа.

Наиболее существенным аспектом юридической природы арбитража выступает его негосударственный характер, что позволяет отличить его от государственного суда. Арбитраж - это третейский суд, компетентный рассматривать спор только в случае наличия арбитражного соглашения между спорящими сторонами, т.е. явно выраженного согласия обеих сторон. Суд - орган судебной системы государства, наделяемый компетенцией в силу законодательства, в силу прямого указания национального права, а не в силу соглашения сторон. Особенно четко прослеживается различие в юридической природе этих юрисдикционных органов в случаях, когда согласительного характера арбитража недостаточно для решения отдельных процессуальных вопросов. В этом случае налицо прямая зависимость арбитража от государственного суда, которая выражается в законодательном закреплении за арбитражем права обращаться к суду в определенных ситуациях.<sup>8</sup>

Законом о Международном коммерческом арбитраже определяется пять оснований, по которым во время арбитражного разбирательства можно обратиться к суду с просьбой о совершении юридически значимых действий:

- любая сторона арбитражного разбирательства вправе обратиться в суд с просьбой о принятии мер по обеспечению иска. Вынесение судом определения о принятии таких мер не является несовместимым с арбитражным соглашением (ст. 9);

- любая сторона арбитражного разбирательства вправе обратиться в суд с просьбой о принятии решения по постановлению арбитража о том, что он обладает компетенцией. Суд может признать ходатайство стороны необоснованным и отклонить его либо постановить, что арбитраж некомпетентен рассматривать спор по существу (п. 3 ст. 16);

- любая сторона арбитражного разбирательства, а также сам третейский суд вправе обратиться к суду с просьбой о содействии в получении доказательств. Суд может выполнить эту просьбу, руководствуясь правилами, касающимися обеспечения доказательств, в том числе судебных поручений (ст. 27);

- сторона, против которой вынесено арбитражное решение, вправе его оспорить в суде путем подачи ходатайства об отмене такого решения. Ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трех месяцев со дня получения стороной, заявляющей это ходатайство, арбитражного решения. Решение может быть оспорено лишь по основаниям, четко указанным в законе, перечень которых является исчерпывающим (ст. 34);

---

<sup>8</sup> Богуславский М.М. Связь третейских судов с государственными судами // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. С. 61 - 74

- сторона, в пользу которой вынесено арбитражное решение, вправе ходатайствовать перед судом о его признании и приведении в исполнение независимо от того, в какой стране оно было вынесено (ст. 35).

Одним из основополагающих принципов международного коммерческого арбитража является принцип добровольности обращения к арбитражному разбирательству. Рассмотрение споров в международном коммерческом арбитраже допускается лишь в случаях, когда стороны внешнеэкономической сделки заключили арбитражное соглашение (за исключением случаев, когда юрисдикция арбитража основывается на правилах международного договора).

Арбитражное соглашение является системообразующим элементом института третейского разбирательства.<sup>9</sup>

Арбитражное соглашение, являясь неотъемлемым условием рассмотрения спора в арбитраже, представляет собой заключенный между сторонами внешнеэкономической сделки гражданско-правовой договор об установлении процессуальных прав и обязанностей, направленных на передачу возможных споров в избранное по взаимному согласию негосударственное арбитражное учреждение или арбитраж *ad hoc*.<sup>10</sup>

Заключая арбитражное соглашение, стороны стремятся установить круг определенных прав и обязанностей, которые сводятся к праву требовать рассмотрения гражданского спора в третейском суде. Это право не является по своему характеру имущественным или личным неимущественным, т.е. гражданским, хотя оно и направлено на обеспечение реализации субъективного гражданского права. Таким образом, правоотношения, возникающие в результате заключения третейского соглашения, хотя и не влекут возникновения, изменения или прекращения гражданских правоотношений, но относятся к области частного права. Следовательно, есть все основания для отграничения арбитражных соглашений от гражданско-правовых договоров.<sup>11</sup>

Существенными являются условия, необходимые для заключения арбитражного соглашения. Чтобы арбитражное соглашение считалось заключенным, важно согласовать все его существенные условия. К ним относятся:

- а) условия о предмете договора (п. 1 ст. 432 ГК РФ);
- б) условия, указанные в законе или иных правовых актах как существенные;
- в) условия, необходимые для договора данного вида;

---

<sup>9</sup> Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 25.

<sup>10</sup> Николокин С.В. Международный коммерческий арбитраж. М.: Юстицинформ, 2009. С. 55.

<sup>11</sup> Плещачевский Д. В. Арбитражные оговорки как правовая основа деятельности Международного коммерческого арбитража//СПС Консультант Плюс

г) условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Одним из видов арбитражного соглашения является арбитражная оговорка. Это соглашение сторон договора о порядке разрешения споров, которые могут возникнуть между ними в процессе осуществления предпринимательской деятельности. Она является одним из условий (и следовательно, составной частью международного коммерческого контракта), включается в текст контракта на стадии его разработки и подписания, когда конкретного спора между сторонами по контракту еще нет, и предусматривает передачу в арбитраж предположительно возможных споров.<sup>12</sup>

Так же арбитражные соглашения классифицируются в зависимости от момента возникновения спора и от способа фиксации волеизъявления сторон:

- а) третейские соглашения, не имеющие ограничений полномочий суда;
- б) третейские соглашения, которыми арбитраж ограничивается нижним и верхним пределом по размеру взыскиваемых сумм (так называемый high-low arbitration);
- в) арбитраж последней оферты: стороны в определенной очередности излагают собственные условия примирения, в то время как третейский судья вправе выбирать из них те, которые считает наиболее справедливыми.<sup>13</sup>

Приведенные классификации арбитражных соглашений не принципиальны с точки зрения юридической значимости, так как все рассмотренные виды арбитражных соглашений разрешены законодателем (легальны), а самое главное, влекут единообразные правовые последствия, заключающиеся в том, что стороны по собственному усмотрению изымают гражданско-правовые споры из юрисдикции государственного и передают их на рассмотрение третейского суда.<sup>14</sup>

Содержание арбитражного соглашения зависит от воли сторон. Как правило, оно состоит из следующих элементов:

- выбор арбитражного способа рассмотрения спора;
- выбор вида арбитража; место проведения арбитража;
- выбор языка арбитражного разбирательства;
- определение числа арбитров;
- порядок арбитражного разбирательства;
- выбор права, которому подчиняется контракт.

<sup>12</sup> Лунц Л.А., Марышева Н.И. Международный гражданский процесс // Л.А. Лунц. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002. С. 216

<sup>13</sup> Давыденко Д.Л. Как избежать судебного разбирательства: посредничество в бизнес-конфликтах. М.: Секрет фирмы, 2006. С. 36.

<sup>14</sup> Николокин С.В. Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража: проблемы теории и практики: Научное издание. М.: Юриспруденция, 2009. С. 7.



Выбор права обращен не только к арбитражу, а прежде всего к самим сторонам, так как указывает, по законам какого государства будут определяться права и обязанности сторон по контракту. Обычно применяется право, которое выбрали сами стороны.

Отличительной особенностью арбитража является почти неограниченное право сторон (автономия воли) на установление процедуры разрешения споров. Поэтому абсолютное большинство норм, определяющих процедуру, носит диспозитивный характер и применяется только тогда, когда стороны не договорились об ином. Ограничением такой свободы являются императивные нормы соответствующих законов и оговорка о публичном порядке.

При заключении арбитражного соглашения наступают определенные процессуальные последствия. Во-первых, добровольное арбитражное соглашение становится обязательным для сторон. Во-вторых, стороны обязываются передавать споры в арбитраж в Международный коммерческий арбитраж (МКА), а последний не имеет права уклониться от их рассмотрения и разрешения по существу, если только данные споры составляют его компетенцию. В-третьих, наличие арбитражного соглашения порождает проблему выбора права, по которому должен рассматриваться спор.

Таким образом, арбитражное соглашение носит добровольный характер, исключает компетенцию государственных судов и подчиняет спор МКА, обладает автономностью по отношению к контракту в целом, оформляется письменно. Однако разногласие авторов относительно правовой природы арбитражного соглашения порождает споры о возможности применения к регулированию данных отношений норм гражданского права. Эта норма, в свою очередь, побуждает к дискуссии о правильности применения положений о действительности сделок, о существенных условиях сделок к соглашению.

Основные и принципиальные отличия рассмотрения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (от государственных арбитражных судов):

- скорость рассмотрения дела — большинство дел рассматривается в одно заседание. Меньшее количество процессуальных возможностей затягивания судебного разбирательства. Возможность детального и тщательного изучения обстоятельств каждого дела ввиду сравнительно небольшой нагрузки на арбитра.

- эффективность работы арбитража. Поскольку стоимость обращения в суд (размер уплачиваемых сборов) сравнительно высока, практически исключается возможность злоупотребления правом. По этой причине, большая часть исковых заявлений удовлетворяется ввиду их реальной обоснованности.

Дела рассматриваются в закрытых заседаниях, не участвующие в деле лица допускаются с разрешения арбитража и с международный коммерческий арбитражный суд

при ТПП с согласия сторон. Дела ведутся лично или через уполномоченных на ведение дела представителей (юристов). Применяемые к взаимоотношениям нормы международного права определяются сторонами спора (иногда вместе с арбитражной оговоркой содержатся в условиях соглашения). При их неопределенности, вопрос применения норм права решается составом арбитража.

Преимущество рассмотрения спора в третейском суде заключается в том, что в механизме его деятельности отсутствует длинная цепочка обжалования (первая инстанция, апелляция, кассация, надзор), принятого по спору компетентным судом судебного постановления, которая весьма часто приводит к умышленному затягиванию рассмотрения и разрешения спора по существу одной из сторон.

Существуют также преимущества процессуального значения. В установленных законом пределах стороны могут влиять на порядок проведения третейского разбирательства, изменяя или дополняя стандартную процедуру рассмотрения дела, в общем виде установленную нормами действующего процессуального законодательства (АПК РФ и ГПК РФ).<sup>15</sup>

В настоящее время МКАС при ТПП РФ является одним из наиболее известных постоянно действующих третейских судов в России, который рассматривает споры, связанные с защитой прав интеллектуальной собственности. Однако, существуют и иные третейские суды. Одним из таких судов является Сибирский третейский суд, при котором, с декабря 2008 года, действует отдельная коллегия по спорам в сфере интеллектуальных прав.<sup>16</sup>

Третейский суд при пермской ТПП является еще одним постоянно действующим судом, который так же рассматривает инвестиционные споры, связанные с защитой интеллектуальной собственности.<sup>17</sup>

Исходя из всего вышесказанного, можно сделать вывод, что в последнее время институт третейского разбирательства в РФ активно развивается как на внутригосударственном, так и на международном уровне. Список<sup>18</sup> третейских судов постоянно пополняется, что благоприятно сказывается на практике рассмотрения споров, особенно это касается защиты прав на интеллектуальную собственность.

---

<sup>15</sup> Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. N 12. С. 121.

<sup>16</sup> См. сайт Сибирского арбитражного суда: <http://sts.arbitrage.ru/kollegiya-po-sporam-v-sfere-intellektualnykh-prav>

<sup>17</sup> См. сайт Пермской Торгово-промышленной палаты: <http://permtpp.ru/tpp/arbitration-court.php>

<sup>18</sup> См. сайт Третейского суда Фонда Юрбюро: <http://www.tsud.ru/adresatretey.htm>

## Арбитрабельность корпоративных споров в Германии

**А.С. Кухаренко**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: [annkukharenko@gmail.com](mailto:annkukharenko@gmail.com)*

В статье раскрывается допустимость рассмотрения корпоративных споров арбитражами Германии, а также некоторые преимущества арбитражного рассмотрения споров перед государственными судами.

**Ключевые слова:** корпоративные споры, корпоративное право, арбитраж, судопроизводство, Германия, немецкое право.

В Германии корпоративное право – это право обществ гражданского права, открытого торгового товарищества (общества), коммандитного товарищества (общества), скрытого общества (негласное товарищество), партнерского общества, Европейского хозяйственного объединения интересов, сообщества судовладельцев, союзов, акционерных обществ, коммандитных обществ на акциях, обществ с ограниченной ответственностью, внесенного в реестр товарищества и страхового общества на паях.<sup>1</sup>

Корпоративные споры – это споры, возникающие вследствие неправомерных действий со стороны участников или членов органов управления общества, нарушающих права и законные интересы других участников общества или общества в целом.<sup>2</sup>

По субъектному составу корпоративные споры принято делить на три вида: споры, возникающие между участниками общества; споры, возникающие между участниками и обществом; споры, возникающие между обществом и его органами.

В Германии корпоративные споры могут рассматриваться не только государственными судами, но и арбитражами.

Нормы, регулирующие рассмотрение и разрешение корпоративных споров в Германии содержатся в таких нормативных актах как: Германское Гражданское Уложение (Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch), Гражданское процессуальное Уложение Германии (Zivilprozessordnung), Германский торговый кодекс (Handelsgesetzbuch), а также законы, посвященные конкретным формам организации предприятий в Германии.

Согласно положениям ст. 1030 Гражданского процессуального уложения Германии (Zivilprozessordnung § 1030): предметом арбитражного разбирательства в Германии может быть любое имущественное требование. Кроме того, предметом арбитражного разбирательства может быть неимущественное требование, если стороны правомочны

---

<sup>1</sup> Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. - М.: Спарк, 2001. С.487

<sup>2</sup> Шиткина И.С. Корпоративное право. – М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 535

заклучить по предмету спора мировое соглашение.<sup>3</sup> Неарбитрабельны споры по делам, затрагивающим частные интересы – семейные дела, дела об опеке несовершеннолетних и т.п. Ч. 2 ст. 1030 Гражданского процессуального уложения Германии исключает из компетенции арбитража также споры, касающиеся договоров аренды на территории Германии.

Корпоративные споры относятся к ведению Комитета по гражданским делам Верховного федерального суда Германии (der Bundesgerichtshof).

При возникновении корпоративных споров, если стороны желают, чтобы дело рассматривалось не в государственном суде, наибольшим авторитетом пользуются Арбитражный Суд при Торговой Палате г. Гамбурга (Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg)<sup>4</sup> и Немецкая Институдия по арбитражному делу (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit или сокращенно DIS)<sup>5</sup>.

В связи с возрастающим количеством корпоративных споров Немецкая Институдия по арбитражному делу издала 15 сентября 2009 года Дополнительный регламент для рассмотрения корпоративных споров.

В качестве преимуществ Дополнительного регламента можно выделить:

- 1) возможность применения Дополнительного регламента ко всем видам корпоративных споров, в том числе и о признании недействительными/ничтожными решений общих собраний организации;
- 2) достаточно лаконичная арбитражная оговорка и ёмкие практичные правила;
- 3) Дополнительный регламент значительно ускоряет разрешение корпоративного спора, делая процесс более динамичным;

Наличие таких Дополнительного регламента для рассмотрения корпоративных споров делает институциональный арбитраж в качестве места рассмотрения корпоративного спора более привлекательным.

Основными корпоративными формами в Германии являются:<sup>6</sup>

- Товарищества (простое - GbR, открытое - oHG, командитное - KG, партнерства - PartnG);
- Хозяйственные общества (общество с ограниченной ответственностью - GmbH, предпринимательское общество с ограниченной ответственностью – UG, акционерное

---

<sup>3</sup> Zivilprozessordnung § 1030

URL: [http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/\\_1030.html](http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_1030.html) (дата обращения: 04.11.2015)

<sup>4</sup> Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg

URL: [https://www.hk24.de/recht\\_und\\_steuern/schiedsgerichtemediationschlichtung/](https://www.hk24.de/recht_und_steuern/schiedsgerichtemediationschlichtung/) (дата обращения: 04.11.2015)

<sup>5</sup> Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit

URL: <http://www.dis-arb.de/de/> (дата обращения: 04.11.2015)

<sup>6</sup> Шиткина И.С. Корпоративное право. – М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 565

общество – AG, европейское акционерное общество – SE)

- Акционерная командита или командитное товарищество на акциях – KGaA.

Наиболее часто рассматриваемые споры – это споры внутри GmbH. Важно отметить эволюцию законодательства об обществах с ограниченной ответственностью (Закон о GmbH).<sup>7</sup> Принятие Закона «О модернизации законодательства об обществах с ограниченной ответственностью и о борьбе со злоупотреблениями» (Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG) от 23 октября 2008 года<sup>8</sup> внесло значительные изменения в Закон о GmbH, в первую очередь, добавив новый вид хозяйственного общества - предпринимательское общество с ограниченной ответственностью – UG – упрощенный вариант общества с ограниченной ответственностью. Следующие по популярности споры – это споры, связанные с малыми акционерными обществами. Важным законодательным актом в данном случае выступает Закон об акционерных обществах (Aktengesetz, AktG).<sup>9</sup>

Дополнительный Регламент Немецкой институции по арбитражному делу прекрасно подходит к рассмотрению корпоративных споров внутри GmbH и малых акционерных обществ. Ко всем остальным корпоративным формам применение Дополнительного регламента Немецкой институции по арбитражному делу также возможно.

Исходя из решения Верховного федерального суда Германии II ZR 255/08 от 6 апреля 2009 года<sup>10</sup>, а также основываясь на Дополнительном регламенте для рассмотрения корпоративных споров от 15 сентября 2009 года Немецкой институции по арбитражному делу<sup>11</sup>, можно сделать вывод о том, что для допустимости рассмотрения корпоративных споров арбитражными судами Германии необходимо соблюдение следующих условий:

- арбитражная оговорка должна быть включена в текст устава компании с согласия всех ее участников;

- все участники имеют право участия в выборе арбитров для арбитражного разбирательства;

---

<sup>7</sup> Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/> (дата обращения: 04.11.2015)

<sup>8</sup> Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

URL: <https://www.jurion.de/Gesetze/MoMiG> (дата обращения: 04.11.2015)

<sup>9</sup> Aktengesetz URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf> (дата обращения: 04.11.2015)

<sup>10</sup> Der Bundesgerichtshof Urteil II ZR 255/08

URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0f5490d86969a06f29f5406d169fb6a9&n=47949&pos=10&anz=11> (дата обращения: 04.11.2015)

<sup>11</sup> Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, DIS-Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten 09 (ERGeS)

URL: <http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/dis-ergaenzende-regeln-für-gesellschaftsrechtliche-streitigkeiten-09-erges-id5> (дата обращения: 04.11.2015)

- необходимо проинформировать всех участников о начале и проведении арбитражного разбирательства;

- все исковые заявления, относящиеся к предмету данного конфликта, должны быть рассмотрены в едином арбитражном суде.

Это означает, что учредительные документы компании должны содержать арбитражную оговорку. В случае, когда учредительные документы не содержат арбитражную оговорку, то она может содержаться и в ином документе. Однако при этом необходимо, чтобы сама компания в лице исполнительных органов, была стороной арбитражного соглашения. Арбитражная оговорка должна быть составлена так, чтобы сделать возможным рассмотрение всех возражений относительно конкретного решения общего собрания в одном споре, так как решение арбитражного суда относительно недействительности решения общего собрания станет обязательным для всех акционеров, а также для самой компании и всех ее представителей. Верховный суд Германии указал, что арбитражная оговорка должна исключить возможность принятия противоречащих друг другу судебных и арбитражных решений. Также арбитражная оговорка должна предоставлять всем акционерам возможность участия в арбитражном разбирательстве. При этом все акционеры должны быть уведомлены о заседаниях, им должна быть предоставлена возможность участия в назначении арбитров. Кроме того, акционеры имеют право выступить как на стороне истца, так на стороне ответчика.

Для рассмотрения корпоративных споров в Немецкой институции по арбитражным делам предусматривается включение в учредительный договор следующей модели арбитражной оговорки:

«Все споры, возникающие между акционерами или между корпорацией и ее акционерами в связи с Договором (название договора) или относительно его силы должны быть окончательно урегулированы с Положением об арбитражном суде Немецкой институции по арбитражному делу, а также в соответствии с Дополнительным регламентом для рассмотрения корпоративных споров Немецкой институции по арбитражному делу, без обращения в суды общей юрисдикции».

«Последствия арбитражного решения распространяются на всех акционеров, вне зависимости от их участия в деле, а те, в свою очередь обязуются признавать последствия арбитражного решения, вынесенного в соответствии с Дополнительным регламентом для рассмотрения корпоративных споров Немецкой институции по арбитражному делу»<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit  
URL: <http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/dis-ergaenzende-regeln-für-gesellschaftsrechtliche-streitigkeiten-09-erges-id5>  
(дата обращения: 04.11.2015)

Компаниям, включающим в свой устав арбитражную оговорку, важно максимально точно соблюдать модель, предложенную арбитражным судом. Если в названии арбитражного учреждения допущена ошибка, но есть другие признаки, позволяющие выявить принадлежность к определенному арбитражному суду (например, адрес), то арбитражный суд скорее всего примет такое дело на рассмотрение. Однако не совсем точно составленная оговорка влечет за собой риск отмены арбитражного решения.

Решение Верховного федерального суда Германии II ZR 255/08 от 6 апреля 2009 года и Дополнительный регламент для рассмотрения корпоративных споров от 15 сентября 2009 года Немецкой институции по арбитражному делу направлены на создание правовой определенности в области рассмотрения корпоративных споров арбитражными судами.<sup>13</sup>

Решение Верховного федерального суда Германии II ZR 255/08 от 6 апреля 2009 года указывает, что уровень защиты интересов участников корпоративного спора в арбитражном суде никоим образом не должен быть ниже, чем уровень защиты в государственном суде.

Но нельзя забывать, что арбитраж, являясь альтернативой государственным судам, обладает преимуществами перед последними. Преимущество рассмотрения корпоративных споров арбитражами в отличие от рассмотрения государственными судами заключается, в первую очередь, в одном из основных принципов арбитража – конфиденциальности. Многие компании не хотели бы, чтобы их внутренние споры были подвергнуты публичности.

Германия примечательна своим широким подходом к арбитрабельности, и, полагаем, что в будущем эта страна станет таким же популярным центром международного коммерческого арбитража, какими являются Швеция, Великобритания, Франция, США и Австрия.

---

<sup>13</sup> Sherman&Sterling. Gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten im Schiedsverfahren – „Schiedsfähigkeit II“ und die DIS Ergänzenden Regeln für Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten // International Arbitration. 2007

## Понятие и главные черты исламской системы страхования

**Мохамед Омер (Судан)**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права юридического института,*

*Российский университет дружбы народов*

*Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

В настоящее время наблюдается процесс углубления экономических, социальных и культурных отношений между государствами с разными правовыми системами, (так что) этот процесс заставляет государства тесно и глубоко взаимодействовать друг с другом.

В этой связи мусульманская страховая доктрина как новая форма регулирования экономической страховой деятельности начала играть значительную роль в формировании своей правовой школы страхования путем четкого контролирования последствий несчастных случаев, которая в настоящее время занимает и охватывает многие государства мусульманского мира составляющего не менее 1\5 от общего населения планеты.

Главным источником правил поведения и предписаний для мусульман является шариат. Он основан на Коране и Сунне, которые содержат все правила жизнедеятельности человека и общества в целом.

По своей сущности и задачи исламский шариат не только обязывает верующих соблюдать многочисленные религиозные традиции и ритуалы, но и устанавливает определенные требования в сфере экономической деятельности и финансовой сфере в особенности.

Страхование как один из видов экономической и финансовой деятельности играет важную роль в области внутренней и внешней торговли и в других сферах жизни человечества.

Поэтому шариат как источник мусульманского права разработал свои принципы, регулирующие страховую и финансовую деятельность, которые отличают его от принципов, методов и форм страхования, практикуемые в западных странах. При мусульманском методе страхования действует принцип запрещенности применения западного коммерческого способа страхования. Этот запрет был основан на одном из главных руководящих принципов шариата, который запрещает любые акты или договоры содержащие элементы форм обмена неравноценных вещей то есть **риба**. Другая форма ростовщичества **«риба»** это займы под проценты. В запрещенности входит тоже элементы **«майсир»** и **«гарар»** то есть азарт и неопределенность рисков. Гарар на основе шариата толкуется как неопределенность, возникающая в результате заключения сделки на условиях содержащих чрезмерные риски, то есть результат зависит от наступления определенного случая. На основе шариата чтобы



избежать «Гарар» при заключении страхового договора необходима полная ясность и раскрытие всех информации касающихся условия договора. Под «Майсир» понимается азартные игры, которые запрещаются по мусульманским правилам. Выше перечисленные элементы составляют основу коммерческой системы страхования, которая характеризует формы страхования, осуществляемые западными странами.

Мусульманская школа страхования выступает в качестве альтернативной позиции, которая ориентируется на устранения «Риба» то есть ростовщичества, путем вклада участников в схему распределения риска. Здесь взносы рассматриваются в форме пожертвования вклад «Муссахама» с условием компенсации в случае наступления риска. Помимо этого, собранный фонд оплаченный участниками должен управляться и инвестироваться в соответствии с законами Шариата, главная характеристика которой является функционирование принципа солидарности выраженной в форме *страхового договора* «Такафула».

#### Понятие Такафула

Такафул представляет собой один из способов введения финансово-экономической деятельности на основе Исламских правил. Основная специфика которой является совместное участие в введения бизнеса или экономической деятельности, при которой одна из сторон договора предоставляет капитал в форме денег или другого вида оцениваемых деньгами вещей, а другая сторона берет на себя обязательство ведения предпринимательской деятельности, пользуясь этим капиталом за определенную часть прибыли на основе оговоренных условий страхового договора. Один из самых распространенных форм договоров практикуемых в этой сфере это договор «**Мударраба**». Для установления этого вида договора необходима закрепление этих условий. Первая это формальная часть договора выражающая в себе в форме предложения одной из сторон другому о принятии его этого предложения. Вторая часть это стороны договора. Первая сторона это владелец или собственник капитала, а вторая сторона это предприниматель, то есть сторона которая принимает капитал и управляет коммерческой деятельностью. Третье условие - это капитал который необходимо определить и знать его точную сумму, кроме того он должен быть наличным. Владелец капитала не имеет права вмешиваться в предпринимательскую деятельность. Последнее условие договора «Мударраба» это прибыль и его разделение на основе договорных долей, при которой каждая из сторон договора должен быть ему известна при подписании договора и распределение прибыли происходит после вычета всех издержек. Таким образом можно сказать что договор «Мударраба» это одна из форм осуществления страховой деятельности в виде делового участия в бизнесе для четкого регулирования учета наступления риска и возмещения убытков и получения

прибыли путем совместного участия в достижении благоприятных условий как распределение последствий наступления риска и стимулировании экономической деятельности. Однако главная цель договора «Мударраба» – это совместная защита интересов от *непредвиденных* обстоятельств путем солидарного участия в убытках, а также в получении прибыли. Данная цель достигается путем разделения ответственности, которое базируется на правовом договоре, который берет свое начало из договора **Мударраба**.

Договор «Мударраба» выражает себя в сфере страхования в двух формах, цель которых совместная защита интересов обеих сторон договора.

**Мударраба** является одним из основных методов и форм в Исламской экономической и финансовой деятельности функционирующая через форму страхования Такафул.

Такафул представляет собой соглашение о взаимной помощи в распределении рисков, в котором участвуют все стороны страхового договора.

Исламская система по сфере функционирования общественных отношений форма Такафул страхование выражает себя или выступает в форме общего страхования, при которой участниками могут быть юридические или физические лица. Оплаченные фонды направляются в общий фонд Такафул, откуда предоставляет возмещение при наступлении для участников страхового случая. Предприниматель или оператор выступает в качестве доверительного собственника этого фонда. Другой вид Такафула это семейный (личный) Такафул. Он отличается от общего тем что выплачиваемый участниками взносы направляются в Такафул фонд и делится на две части. Первый счет участников (индивидуальный счет) который составляется из большая часть оплаченных взносов дающих участникам право на инвестиционный доход. Второй счет – это коллективный счет на которую поступает другая часть взносов и откуда наследникам участника а также и самому участнику при его дожитии до конца действия договора выплачивается определенные средства.

В рамках общего страхования Такафула страхователи могут претендовать на часть прибыли страховщика от уплаченных средств за вычетом издержек.

2-семейный Такафул. Он отличается от коммерческого страхования тем, что здесь размещение резервов строго регламентировано страховщиком. Запрещается получать доход от государственных и частных компаний, занимающихся производством оружия, алкоголя и порнографии.

Таким образом, можно прийти к выводу, что риск как элемент страхового договора является характерным признаком коммерческого метода страхования, но в отличие от традиционного метода страхования, мусульманская система страхования такафул не

исключает риск как объективное явление, его невозможно *полностью* устранить, но его можно регулировать правовыми методами.

Что касается страхового метода Такафула (выражает себя) *выражается* в форме страхового договора, при **которой запрещается продажа риска, а не его существование как объективное явление**. Продажа риска является характерной чертой коммерческой формы страхования. (С помощью существования) *Благодаря существованию* риска любое физическое или юридическое лицо может обменять неопределенность риска (в) на определенную сумму с целью достижения прибыли. В отличие от коммерческой формы страхования цель Такаффул формы страхования состоит в обеспечении гарантии возмещения убытков при наступлении риска механизмом совместного участия в возмещении убытков и за тем *распределения* прибыли. Здесь избегается процентное отношение имеющее место в коммерческом страховании. Для совершения этих задач страховые компании или операторы и участники должны действовать на основе принципа наивысшей добровольности. В этой связи страхователи имеют право выдвинуть своих представителей в совет директоров Такаффул компаний для наблюдения осуществления этих задач и для соблюдения правил Шариата был создан специальный наблюдательный совет в задачи которого входит оценка проводимых в страховых компаниях операций , чтобы они соответствовали нормам и принципам Шариата. Таким образом можно сказать Такаффул договор характеризуется следующими принципами. Принцип соблюдения условия договора и принцип наивысшей добровольности .Принцип гуманизма , т.к. договор Такаффула не заключен для извлечения прибыли участниками договора , а с целью предоставления помощи . Принцип взаимной помощи корпорации и солидарность . Принцип справедливой компенсации , то есть страховая компания берет на себя обязательства возмещения убытков причиненных жизни и здоровью и собственности страхователя .Принцип надлежащего размещения средств страхователя на основе договора, то есть взносы будут использоваться в операциях незапрещенных по Шариату. Таким образом метод функционирования выражается в форме страхового договора при которой запрещается продаже риска а не его существование как объективное явление . продажа риска является характерной чертой коммерческого формы страхования .

Таким образом, можно сказать, что главная черта, характеризующая страховой договор , Такафул, - это совместное участие сторон договора в возмещении убытков и распределении прибыли, в отличие от коммерческой форма страхования, которой **характеризуется целью достижения прибыли**.

Что касается механизма функционирования Такафула, здесь можно говорить о трех видах страховых компаний, уделяя внимание тому, что первая **такафул-компания** была

создана в Судане 1976 и с тех пор количество компаний значительно. В мире *существует* (существовалось) около 60 страховых компаний, большинство из них были учреждены в Малайзии и в разных арабских странах.

Как уже было сказано, в настоящее время сформировались три модели установления такафул-компаний и заключения договоров такафула.

Первая форма – это кооперативная форма страхования, **в основе которой отношения между операторами (то есть страхователь) и участниками**, лежит классическая форма контракта «Мудараба», чистая мудараба. В основе кооперативной формы мударба отношения между оператором и участниками регулируется на основе классического договора чистая мудараба которая предполагает что оператор занимающие инвестиционным управлением деятельности страховой организации ему дается право участия в прибили согласно заранее установленной долей и что касается страховые излишки .то есть разнится между внесенными приемными и выплаченными страховыми возмещениями остается в ткафуле фонда всообственности участников это форма практикуется в Судане и в Саудовская арибия .

Кооперативная форма рассматривается как бесприбыльное страхование, в котором оператор «такафул» является казначеем фонда взносов, уплаченных участниками. Эти средства не инвестируются и принимаются для выплат участникам, если наступает страховой случай.

Другая форма осуществления такафула - это коммерческая форма. При этой формы применяется модифицированная форма мудараба. В отличии от кооперативной модели, она представляет собой форму разделения прибыли и издержек между участниками и операторами на основе договора страхования. Здесь необходимо различать прибыль и излишки. Излишки представляют собой превышение общего числа собранных за финансовый период взносов над общим числом страховых выплат, которые были произведены за указанный период, а также выплаты по перестрахованию и после вычета издержек и изменений в технических резервах.

Таким образом, убытки также подлежат распределению между сторонами, а прежде **чем разделить излишки с участниками, операторам необходимо выплатить свои понесенных издержки.**

Третья модель – это агентская форма страхования. Она носит такое название, потому что она основывается на одноименном договоре. Здесь страховая организация выступает в отношении участников в качестве агента, при которой оператор получает от участников фиксированную сумму «комиссию» и в отличий от коммерческой модели, агентская модель предполагает, что участники несут не все риски. К примеру, если сумма страховых выплат

будет выше суммы страховых взносов, которые были уплачены участниками, то последние должны компенсировать разницу через дополнительные платежи, и в этом случае оператор не имеет права претендовать на излишек, принадлежащий участникам, и полученную прибыль распределяет между участниками, которые за время действия контракта не предъявляли требований, связанных с возмещением ущерба.

Практика функционирования исламской модели страхования такафула приведет к следующим заключениям

- 1- Исламская форма страхования основана на принципах взаимности с механизмом распределения прибыли на базе ране остановленного договора такафула.
- 2- Четкое разграничение отношения между страхователем и участником страхового договора то есть страхователь имеет права на компенсации и часть прибыли так что он поступает в качестве акционера компании
- 3- Роль оператора (страховщик) заключается в управлении фондом такафула
- 4- При управлении риском в такафуле не допускается гара майсер и рибха
- 5- Независимости от того произошло ли страховое событие участник может рассчитывать на получение дохода .

Однако правовая деятельность и применения этих принципов в страховой сфере раскрывает дело о том что правовое регулирование института страхования не сильно развито так что в настоящее время существует один базовый закон посвященный страховому договору такафула который был принят в Малайзии 1984 в нем предусматривается деление такафула на общее и сособственное то есть личное страхование и что касается развитых стран мусульманского мира то нормы регулирования института страхования такафула содержатся в различных законах, регулирующих частноправовых отношений примером может служить ГК Кувейта 1980 и ГК Иордания 1980 . в Судане нормы, регламентирующие такафула содержатся в законе регистрации компании 2015 и закон совет наблюдения видения страховых операций на основе шариата.

Таким образом, можно сказать в заключении, что исламская система страхования – это новая модель страхования. Она имеет свое свойство, которое отличает её от коммерческой формы страхования. Главным признаком, характеризующим её, является соучастие и солидарность в покрытии убытков и распределение прибыли.

Для дальнейшего развития и углубления метода «такафула» необходима его модификация института страхования путем создания единообразного закона страхования. Здесь можно отметить, что существует пробелы между действующим законодательством и руководящими принципами шариата, преодоление этого позволяет дальнейшее

распространение исламской системы страхования такафула как новой возрастающей формы страхования.

## **Регистрация совместного проживания как основание получения подданства Королевства Испания**

**О.С. Пономарева**

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

Статья посвящена процедуре получения подданства Королевства Испания на основании регистрации совместного проживания (сожительства) с подданным Королевства Испания, а также изменениям в процедуре регистрации совместного проживания, вызванным увеличением числа фиктивных зарегистрированных совместных проживаний в Испании. Зарегистрированное совместное проживание (сожительство) – это стабильный союз двух совместно проживающих лиц, не состоящих в браке, заключенный с целью создания семьи и порождающий систему взаимных прав и обязанностей.

**Ключевые слова:** семейное право, законодательство автономных областей, Королевство Испания, фиктивный брачный союз, зарегистрированное совместное проживание, сожительство, условия регистрации, подданство.

По данным ООН, причинами возникновения миграционных потоков из одной страны в другую являются экономическое неравенство, бедность, ухудшение условий окружающей среды, нарушение прав человека и отсутствие мира и безопасности на определенных территориях.<sup>1</sup> Переселение лиц из одной страны в другую с намерением начала новой, мирной или более обеспеченной жизни оборачивается для принимающего государства и его граждан весьма серьезными последствиями. Это касается не только социально-экономической, культурной, политической, демографической ситуации, но и, зачастую, национальной безопасности.

На сегодняшний день Испания находится на четвертом месте среди стран ЕС по числу въезжающих в страну мигрантов (после Германии, Франции и Великобритании).<sup>2</sup> По данным Испанского национального института статистики, только к концу 2009 года в Испании проживало порядка 5,5 миллиона иностранцев, из которых 2,3 миллиона являлись гражданами ЕС.<sup>3</sup> Одновременно поддерживая политику других современных европейских государств, выраженную в Директиве Совета ЕС об условиях въезда и проживания граждан третьих стран в целях осуществления высококвалифицированной деятельности, относительно формирования миграционной политики, способствующей легальной миграции высококвалифицированных специалистов и ученых<sup>4</sup>, Испания имеет собственные

---

<sup>1</sup> Миграция и преступность: сравнительно-правовой анализ: монография / В.Ю. Артемов, И.С. Власов, Н.А. Голованова и др.; отв. ред. И.С. Власов, Н.А. Голованова. М.: ИЗИСП, КОНТРАКТ, 2012. 496 с.//Консультант плюс;

<sup>2</sup> Rechtsfragen der Migration und Integration / W. Posch, W. Schleifer (Hrsg.). Graz, 2008. S. 35, 36.

<sup>3</sup> Официальный сайт Национального института статистики Королевства Испания. URL: [www.ine.es/en/inebmenu/mnu\\_migrac\\_en.htm](http://www.ine.es/en/inebmenu/mnu_migrac_en.htm) [дата обращения: 14.10.2015].

<sup>4</sup> Миграция и преступность: сравнительно-правовой анализ: монография / В.Ю. Артемов, И.С. Власов, Н.А. Голованова и др.; отв. ред. И.С. Власов, Н.А. Голованова. М.: ИЗИСП, КОНТРАКТ, 2012. 496 с.//Консультант плюс;

внутренние проблемы, связанные с миграцией, и сосредоточена на поиске путей их разрешения.<sup>5</sup>

Конституцией Испании (пп. 2 п. 1 статьи 149) закреплено совместное ведение Испанского государства и его 17 автономных областей в сфере миграционной политики страны. Помимо Конституции, на государственном уровне миграционные вопросы в Испании регулирует Закон об иностранцах.<sup>6,7</sup> Этот закон и предусматривает процедуры и механизмы получения мигрантом важнейшего для него документа - вида на жительство (la tarjeta de residencia), который, в свою очередь, дает через определенное время право подать документы на получение подданства этого государства. А поскольку страны ЕС, в соответствии с указанной выше Директивой<sup>8</sup>, заинтересованы, как уже говорилось ранее, в миграции исключительно высококвалифицированных специалистов и ученых, многим мигрантам, не имеющим необходимого образования, невозможно не только получить вид на жительство, но и даже легально въехать в страну для трудоустройства.<sup>9</sup>

В результате, не смотря на уголовные<sup>10</sup> и административные санкции<sup>11</sup>, предусмотренные за нарушение миграционного режима Испании, мигранты приезжают на заработки нелегально, получив разрешение только на пребывание в стране (студенческая или туристическая виза и т.п.), или вообще без разрешительной документации, параллельно ища способ официально остаться и работать в этой стране. Институт фиктивного брачного союза используется ими как возможность упрощенного получения вида на жительство и/или испанского подданства со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Почему институт фиктивного «брачного союза», а не «брака»? Дело в том, что в Испании, наряду с браком, существует и другая форма семейной организации, которая также дает право на вид на жительство и на упрощенное получение подданства. Речь идет о зарегистрированном совместном проживании (зарегистрированном сожительстве), отличие

---

<sup>5</sup> Rey A. Einwanderung in Frankreich 1981 bis 1995: Ausgangsposition und Handlungsspielraum im Hinblick auf eine gemeinsame europäische Einwanderungspolitik. Opladen: Leske + Budrich, 1997. S. 243.

<sup>6</sup> Ley Organica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjerios en Espana y su integracion social, tras su reforma por Ley Organica 2/2009 URL: [http://extranjerios.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general\\_extranjeria/](http://extranjerios.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general_extranjeria/) [дата обращения 13.10.2015];

<sup>7</sup> Отдельные аспекты правового регулирования, связанные с борьбой с незаконной миграцией (Изотова Е.Н.)// "Административное право и процесс", 2012, N 8

<sup>8</sup> Директива Совета ЕС об условиях въезда и проживания граждан третьих стран в целях осуществления высококвалифицированной деятельности 2009/50/EC (Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment) // OJL 155 of 18.6.2009.

<sup>9</sup> Steineck A. Der Europäische Schwarzmarkt für Zuwanderer: Effektivität und Effizienz von Kontrollinstrumenten. Schweizerische Zeitschrift für internationale Wirtschaftsbeziehungen. 1995, Heft 4, S. 579.

<sup>10</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Vigente hasta el 28 de Octubre de 2015) URL: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html) [дата обращения 13.10.2015];

<sup>11</sup> Ley Organica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjerios en Espana y su integracion social, tras su reforma por Ley Organica 2/2009 URL: [http://extranjerios.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general\\_extranjeria/](http://extranjerios.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/general_extranjeria/) [дата обращения 13.10.2015];



которого от брака заключается в объеме предоставляемых прав (пары, заключившие брак, имеют больший объем прав, чем те пары, которые зарегистрировали совместное проживание) и в уровне правового регулирования (правовое регулирование общественных отношений, связанных с совместным проживанием, осуществляется не на государственном уровне, а на уровне автономных областей).

Поправки, внесенные в законодательство с ноября 2010 года, позволяют лицам, состоящим в зарегистрированных сожительстах и не являющимся подданными Королевства Испания, получить вид на жительство и, в последующем, подданство. Получение подданства на основании регистрации совместного проживания в Королевстве Испания становится все более популярным ввиду десятикратного уменьшения срока ожидания (для получения подданства Испании на основании оседлости необходимо легальное проживание на территории государства на протяжении десяти лет). Это открывает для мигрантов «двери» на рынок труда и легального проживания не только на территории Испании, но и всего Европейского союза. При этом стоит отметить, что с введением вышеуказанных изменений в законодательстве Испании только между 2007 и 2013 годами число заключаемых зарегистрированных сожительств увеличились на 315%.<sup>12</sup> А число брачных союзов, одной из сторон которых являлся нелегальный иммигрант, в этот период настолько резко «подпрыгнуло», что этот феномен встревожил полицию.

Как это отразилось на процедуре регистрации совместного проживания? Раньше процедура регистрации была достаточно простой; для ее осуществления было достаточно соблюдения следующие условия:

1. Наличие взаимного добровольного согласия лиц, регистрирующих совместное проживание.
2. Достижение этими лицами совершеннолетия (в Королевстве Испания совершеннолетие, согласно статье 315 Гражданского кодекса, наступает при достижении лицом возраста восемнадцати лет<sup>13</sup>). Также возможно зарегистрировать отношения и при достижении 16-летнего возраста после прохождения процедуры эмансипации.
3. Отсутствие обстоятельств, препятствующих регистрации, к которым относятся брак или другое зарегистрированное соительство; близкое родство между лицами, желающими зарегистрировать совместное проживание (нельзя заключать такие брачные союзы между родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии, а также между

---

<sup>12</sup>Casa, derechos y pareja de hecho// El Pais URL: [http://economia.elpais.com/economia/2014/09/26/actualidad/1411754988\\_234940.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/09/26/actualidad/1411754988_234940.html) [дата обращения 16.10.2015];

<sup>13</sup> Гражданский кодекс Королевства Испания URL: [http://www.puerto-de-espana.ru/knowledge\\_base/zakon-spain/item/484-codigo\\_civil\\_cap%C3%ADtulo\\_1\\_secci%C3%B3n\\_11](http://www.puerto-de-espana.ru/knowledge_base/zakon-spain/item/484-codigo_civil_cap%C3%ADtulo_1_secci%C3%B3n_11) [дата обращения 01.07.2015];

полнородными и неполнородными братьями и сестрами); отношения усыновителя и усыновленного; признание судом недееспособности одной из сторон.

4. Доказанное совместное проживание на протяжении срока, установленного законодательством автономного общества, в котором осуществляется регистрация (к примеру, в Каталонии срок составляет 2 года<sup>14</sup>, а на Канарских островах - 12 месяцев).

5. Наличие устойчивой связи с автономным обществом, на территории которого будет проводиться регистрация, хотя бы у одной из сторон. Этой связью иностранцы ей не обладают. Ей наделены только подданные Королевства Испания, которые:

- проживают на территории определенной автономной области в течении более чем 10 лет,
- зарегистрированы по месту жительства на территории автономной области в течение как минимум последних 2 лет.<sup>15</sup>

На основании п. 4 статьи 17 Органического закона 4/2000 от 11 января о правах и свободах иностранцев в Испании и их социальной интеграции<sup>16</sup>, лицо, зарегистрировавшее совместное проживание с подданным Королевства Испания, имеет право получить вид на жительство при условии соблюдения остальных предъявляемых требований, поскольку подобные отношения приравниваются к брачным.

Вид на жительство, в отличие от той же годовой многократной визы, дает лицу право пребывать на территории Испании не 90 дней в году, а непрерывно год и более. А по истечении года непрерывного легального проживания на территории Испании после регистрации совместного проживания (при условии, что заключенный брачный союз не был расторгнут), лицо имеет право на подачу документов на получение подданства Королевства Испания (*nacionalidad española*)<sup>17</sup>. Причем даже в случае смерти или признания умершим подданного Королевства Испания, с которым лицо состояло в зарегистрированном сожительстве, право на получение вида на жительство и подданства сохраняется, но только при условии не расторжения сожительства, фактического проживания и ведения совместного хозяйства сторон на тот момент.

---

<sup>14</sup> Las parejas de hecho en el ordenamiento Catalán URL: <http://www.notariarambla1.net/las-parejas-de-hecho-en-el-ordenamiento-catalan/>[дата обращения 01.07.2015];

<sup>15</sup> Lay 5/2012, de 15 d'octubre, de la Generalitat, d'Unions de Fet Formalitzades de la Comunitat Valenciana [2012/9566] URL:

[http://www.cortsvalencianes.es/BASISCGI/BASIS/LEGISTA/WEB/PDF\\_BDLEGIS/DDD/187296366210000](http://www.cortsvalencianes.es/BASISCGI/BASIS/LEGISTA/WEB/PDF_BDLEGIS/DDD/187296366210000) [дата обращения 01.07.2015];

<sup>16</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social URL: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/infracciones-y-sanciones> [дата обращения 13.10.2015];

<sup>17</sup> Nacionalidad española. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación URL: <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/MOSCU/es/InformacionParaExtranjeros/Paginas/Nacionalidad.aspx> [дата обращения 05.11.2015];

Для получения подданства необходимо подать заявление в стандартной форме, утвержденной Постановлением от 07 мая 2007 года и опубликованное в Официальном Бюллетене от 25 июля 2007 года<sup>18</sup> в органы регистрации актов гражданского состояния по месту жительства лиц, состоящих в зарегистрированном сожительстве. К заявлению должны быть приложены документы:

1. Свидетельство о рождении.
2. Справка о судимостях или об их отсутствии, выданная уполномоченными государственными органами страны, гражданство которой имеет лицо.
3. Справка о судимостях или об их отсутствии, выданная Министерством юстиции Испании.
4. Свидетельство о регистрации по месту жительства, полученное в муниципальных органах по месту жительства.
5. Подтверждение легального нахождения на территории Испании (вид на жительство, подтверждающий срок непрерывного проживания в Испании и другие документы).
6. Выписка с банковского счета, трудовой договор, справка о доходах и любые другие документы, подтверждающие наличие средств к существованию.
7. Ксерокопия вида на жительство (Tarjeta de Residencia) или идентификационного номера иностранца (Número de Identificación de Extranjeros (NIE))<sup>19</sup>.
8. Ксерокопия национального паспорта (все страницы с переводом).
9. Свидетельство о регистрации совместного проживания
10. Выписка из реестра, подтверждающая, что зарегистрированное совместное проживание на момент подачи заявления не расторгнуто и заявления о его расторжении в муниципальные органы подано не было.
11. Паспорт лица, с которым подающий заявление состоит в зарегистрированном совместном проживании.

В случае смерти или признания умершим подданного Испании, с которым лицо состояло в зарегистрированном сожительстве, к заявлению прикладываются: свидетельство о смерти и/или судебное решение, в соответствии с которым сожитель был признан умершим; а также выписка из реестра, подтверждающая отсутствие подачи при жизни стороны заявления о расторжении соительства и прекращение зарегистрированного совместного проживания только по причине смерти одной из сторон.

---

<sup>18</sup>Resolución de 29 de junio de 2007, de la Presidencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional. URL: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/07/25/pdfs/A32289-32289.pdf> [дата обращения 13.10.2015];

<sup>19</sup> Documentación, N° de Identificación (NIE) y Extranjeros Indocumentados. Cuerpo Nacional de Policía. URL: [http://www.policia.es/documentacion/no\\_comunitarios/i\\_documenta.html](http://www.policia.es/documentacion/no_comunitarios/i_documenta.html) [дата обращения 06.11.2015];

Все приложенные иностранные документы должны быть должным образом легализованы.

В список условий получения подданства входит доказанная социализация и интеграция в испанское общество (знание испанского языка и т.п.). Если лицо, претендующее стать подданным Испании, не является апатридом или гражданином одного из государств, с которым у Испании заключено соглашение о двойном гражданстве (страны Латинской Америки, Андорра, Филиппины, Экваториальная Гвинея или Португалия<sup>20</sup>), необходимым условием получения подданства является отказ от гражданства другого государства или государств.

На настоящий момент, после начала реформ законодательства автономных областей Испании, процедура усложнилась. К примеру, если ранее для доказательства совместного проживания на протяжении требуемого законодательством автономии срока можно было предоставить показания соседей или какие-то незначительные документы, то теперь требуется наличие внушительной документальной базы, подтверждающей факт длительного совместного проживания пары и ведение общего хозяйства. Такими документами могут быть: договоры об открытии совместных банковских счетов и доказательства равноправного управления средствами на них; договор купли-продажи или совместного найма недвижимого имущества; квитанции о совместной оплате коммунальных платежей в течение продолжительного времени и другие подобные документы.<sup>21</sup> Также, в качестве дополнительного доказательства, пара может предоставить свидетелей. Большой вес имеет факт наличия у пары общих детей.

Регистрация совместного проживания, по общему правилу, осуществлялась в муниципалитетах на основании поданного на имя мэра заявления и приложенных к нему документов. Сейчас пару обязывают проходить собеседование в муниципалитетах, а при наличии каких-либо подозрений полицией проводятся проверки и расследования<sup>22</sup>. Результаты этих расследований поражают: только в 2011 году Национальная полиция провела 94 расследования фактов заключения фиктивных браков и зарегистрированных сожительств, результатом которых стали 305 задержанных.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Nacionalidad española. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. URL: <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/MOSCU/es/InformacionParaExtranjeros/Paginas/Nacionalidad.aspx> [дата обращения 13.10.2015];

<sup>21</sup> SOLICITUD DE CERTIFICACIONES Y COPIAS DEL REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO. URL: [http://www.gobcan.es/opencms8/export/sites/cpji/ripic/parejas\\_de\\_hecho/\\_contenido/descargas/PH4\\_SOLICITUD\\_CE RTIFICACIONES\\_Y\\_COPIAS.pdf](http://www.gobcan.es/opencms8/export/sites/cpji/ripic/parejas_de_hecho/_contenido/descargas/PH4_SOLICITUD_CE RTIFICACIONES_Y_COPIAS.pdf) [дата обращения 01.07.2015];

<sup>22</sup> El Gobierno pone bajo vigilancia las uniones de hecho de inmigrantes // El País URL: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/01/actualidad/1335899751\\_106907.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/01/actualidad/1335899751_106907.html) [дата обращения 16.10.2015];

<sup>23</sup> El Gobierno pone bajo vigilancia las uniones de hecho de inmigrantes // El País URL: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/01/actualidad/1335899751\\_106907.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/01/actualidad/1335899751_106907.html) [дата обращения 16.10.2015];

Национальная Комиссия по иммиграции уже разрабатывает Законопроект для ужесточения получения вида на жительство по причине оседлости.<sup>24</sup> Учитывая все вышесказанное, можно заключить вывод о возможном последующем ужесточении условий не только регистрации совместных проживаний, но и условий получения вида на жительство и подданства Испании для иностранцев, регистрирующих совместное проживание с подданными Королевства Испания.

---

<sup>24</sup> El PP impedirá la legalización de inmigrantes por "arraigo social" si la estancia es "ilegal" // RTVE URL: <http://www.rtve.es/noticias/20111124/pp-impedira-legalizacion-arraigo-si-estancia-ilegal/477662.shtml> [дата обращения 06.11.2015];

## Значение принципа справедливости в гражданском праве Польши

**А. В. Пулик**

*Аспирант кафедры торгового права Университета в Белостоке (Польша)*

*Аспирант направления национальная безопасность Естественно-Гуманитарного Университета в г. Седльце (Польша)*

*email: [pulik-av@bk.ru](mailto:pulik-av@bk.ru)*

*С. В. Раднаева*

*Магистр экономики, выпускник юридического факультета Российского Университета Дружбы Народов*

Статья посвящена сопоставительному анализу места в системе гражданского права морально-этической составляющей - принципа справедливости в российском и польском праве, на примере возмещения вреда, причинённого правомерными действиями публичной власти.

**Ключевые слова:** возмещение вреда, гражданское право, деликтная ответственность, Польша, правомерные действия публичной власти, принцип справедливости.

Принятие федерального закона от 30.12.2012 N 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>1</sup> вновь сделало актуальным вопрос о значении принципов права для юридической науки в целом и её отраслевых направлений в частности. С одной стороны, усиление значения внеправовых факторов, таких как нормы морали и нравственности, на материю права являются предсказуемым следствием, как заметил В.Д. Зорькин, отхода от чисто позитивистской концепции права<sup>2</sup>, преобладавшей в ещё до недавнего времени в юридической науке. С другой же, само по себе вплетение сложных этических конструкций в правовую реальность приводит к появлению новых вопросов, что до их правовой природы, их места среди прочих основополагающих элементов права, а также способов их применения на практике.

Как указывает А.С. Пиголкин, под принципом права следует понимать «идеи, руководящие положения, которые определяют содержание и направления правового регулирования» и которые «кладутся в основу создания и реализации действующего права»<sup>3</sup>, с целью развития правовых основ государственного строя. При этом автор разграничивает общеправовые принципы, являющиеся этико-правовыми началами правового регулирования, которым противопоставленные отраслевые принципы. Теория гражданского права исходит из схожего определения принципов права. Так Е.А. Суханов под принципами права понимает «основные начала, наиболее общие руководящие положения права, имеющие в

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 30.12.2012 N 302-ФЗ "О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // "Собрание законодательства РФ", 31.12.2012, N 53 (ч. 1), ст. 7627.

<sup>2</sup> Зорькин В.Д. Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод // Журнал российского права. 2008. N 12. // СПС "КонсультантПлюс"

<sup>3</sup> Теория государства и права: Учебник для юридических вузов / А.И. Абрамова, С.А. Боголюбов, А.В. Мицкевич и др.; под ред. А.С. Пиголкина. М.: Городец, 2003. // СПС "КонсультантПлюс"

силу их законодательного закрепления общеобязательный характер»<sup>4</sup>. Уже в сопоставлении данных дефиниций видны принципиальные различия: в первом случае речь идёт о неписаных основах правотворчества, которые являются целью законодателя, но и выражением его воли, тогда как во втором под принципами понимается только их содержательная часть, которая к тому же должна быть зафиксирована в соответствующих правовых нормах. Абстрагируясь от формы, которую принципы должны приобретать, первый подход представляется быть более широким нежели второй. В дефиниции, предложенной М. Н. Марченко, сущность принципов права выражена посредством «наполнения» права и аксиологического элемента, придающего ему дополнительно ценностную ориентацию<sup>5</sup>. В связи с этим, наиболее целостной представляется концепция Д. Е. Богданова, который исходит из интегративного подхода к правопониманию, где объединены все три элемента: онтологический, аксиологический и телеологический<sup>6</sup>.

Польские исследователи в области теории права, придерживаясь в своём большинстве позитивистской концепции восприятия юридических явлений, в вопросе происхождения принципов в большей степени концентрируются на «формальном месте» принципов. Так в научном дискурсе приводятся точки зрения, где принципы права либо существуют в неписаном виде в сознании законодателя, который в процессе работы над нормами права принимает во внимание их значение, либо в формализованной форме среди норм права, отличающихся от «обыденных» норм своим общепонятным превосходящим значением, либо существуют как следствие совокупной интерпретации положений отдельной отрасли права<sup>7</sup>. Цивилистический подход к принципам права в польской доктрине мало отличается от отечественного, притом, что авторы не концентрируются на форме выражения принципов, говоря о них, как о руководящих началах действующего законодательства, являющего отражение социально-экономических и идеологических реалий бытия<sup>8</sup>.

Однако в связи необходимостью учитывать формально-правовое закрепление отраслевых принципов в соответствующих правовых актах, можно прийти к выводу об обоснованности разграничения принципов права *in sensu lato*, а также зачастую находящихся своё отражение в виде норм права принципов *in sensu stricto*. Безусловно, такого рода

---

<sup>4</sup> 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. 74.

<sup>5</sup> Теория государства и права. Часть 2. Теория права: Учебник / Под ред. М.Н. Марченко. - М.: Издательство "Зерцало-М", 2011. С. 46.

<sup>6</sup> Богданов Д.Е. Справедливость как начало и принцип гражданского права // Законодательство и экономика. 2013. N 12. // СПС "КонсультантПлюс"

<sup>7</sup> Józef Nowacki, Zygmunt Tobor, Wstęp do prawoznawstwa. 3. wydanie. Kraków, Oficyna a Wolters Kluwer business 2007. S. 108-111.

<sup>8</sup> Prawo cywilne i handlowe w zarysie / Aleksander Kappes [et al.] ; pod red. Wojciecha J. Katnera. Wyd. 2. Kraków, "Zakamycze" 2006. S. 26-27.

разграничение следует проводить с надлежащей аккуратностью, и, быть может, даже следует обратиться к зарубежной правовой мысли, где в литературе уже высказывались предположения и приводились примеры практического разделения понятий «принципов» и «ценностных начал»<sup>9</sup>, с дальнейшей проработкой данной проблемы и определением понятий для их последующего применения в законотворческой деятельности.

Рассматривая вопрос принципов гражданского права с представленной перспективы, можно сделать заключение, что все те принципы, которые обычно называются исследователями и в России, и в Польше, являются принципами в узком смысле слова, что подтверждается их закреплением в соответствующих нормах закона. В то время как, называемые, например Е. А. Сухановым, общими принципами осуществления гражданских прав и исполнения гражданских обязанностей принципы добросовестности, разумности и справедливости<sup>10</sup> относятся именно к принципам гражданского права в широком смысле. Как раз эти принципы, распределённые между категорий справедливости, свободы, безопасности и эффективности, названы руководящими началами в Общих рамочных принципах европейского частного права (Draft common frame of reference), которые разрабатывались разработанные Рабочей группой по подготовке Европейского Гражданского кодекса и Исследовательской группой по частному праву ЕС<sup>11</sup>. К подобному выводу приходит и Д. Е. Богданов, указывая на справедливость, свободу и добросовестность в качестве основополагающих, онтологических начал гражданского права. Тот же вывод следует из дословного прочтения ч. 2 ст. 6 Гражданского Кодекса РФ, где добросовестность, разумность и справедливость указаны в качестве императивов, имеющих приоритет перед законодательными актами.

Хотя сравниваемые подходы имеют определённые отличия, представляется, что выбор добросовестности, разумности и справедливости в качестве таковых начал является более правильным. Во-первых, свобода относится к неотъемлемой форме бытия человека, что провозглашалось не раз на уровне международных документов, так и конституций соответствующих государств, а во-вторых, самостоятельное ограничение свободы (посредством заключения соответствующих гражданско-правовых договоров, таких как, например, агентский договор с условием отказа от конкуренции) является следствием рационального выбора субъекта, тогда как нарушения такого ограничения ведёт к

---

<sup>9</sup> См. Hesselink Martijn W. The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy // Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series N 2011-14. P. 46. URL: <http://ssrn.com/abstract=1932146> (дата обращения 4.10.2015)

<sup>10</sup> Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1. С. 78.

<sup>11</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). P. 60. URL: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf\\_r\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf). (дата обращения 4.10.2015)



справедливому выводу о необходимости претерпевать негативные последствия. Таким образом, следует заключить, что свобода в гражданско-правовом контексте может принимать только ипостаси принципов в узком смысле (как принцип свободы выбора контрагента), в широком же, она либо распределена между началами рациональности и справедливости, либо вообще выходит за пределы отраслевого понимания принципов в широком смысле, становясь системным принципом права. Принцип же эффективности, в теории институциональной экономики, понимается как следствие абсолютно рационального действия, которое является более выгодным, что исключает его автономность и делает составной частью разумности. Безопасность же, воспринимаемая как отсутствие каких-либо угроз является абсолютным, недостижимым идеалом, в то время, как осознаваемая в качестве справедливого следствия предпринятых для предотвращения существующих угроз мер, распределяется между принципами справедливости и разумности.

Подтверждением обоснованности такого подхода может являться опыт польского законодателя, который, в силу специфики юридической техники, в качестве принципов гражданского права в широком смысле указывает на справедливость (ст. 5 и ст. 6 Гражданского Кодекса Польши<sup>12</sup>), разумность (ст. 6 ГК Польши) и добросовестность (ст. 7 ГК Польши). В то же время, перечень принципов гражданского права *in sensu stricto* в польской литературе повторяет их список, названный отечественной цивилистикой.

Закрепление в ч. 2 ст. 6 ГК РФ данных трёх основных начал в форме принципов, с одной стороны является подтверждением их главенствующее положение, а с другой, истоком споров, что до их роли и значения для гражданского права в целом. Закрепление из особого статуса в канве гражданского права исследовалась многократно, чему подтверждением являются многочисленные научные работы, концентрирующиеся вокруг каждого из них. Одновременное, следует признать, что несколько трудно говорить об проявлении онтологической составляющей данных принципов в отстранении от практики. И хотя отсылка к каждому из данных начал встречается в многочисленных правовых актах<sup>13</sup>, непосредственное действие подобных принципов представляется малозаметным на фоне массива нормативных документов, используемых в первой очереди при разрешении частных ситуаций в государственных судебных или административных инстанциях.

Польский законодатель в то же время не только приманил подобный подход, касающийся данных основных начал, закрепив их схожим образом в гражданском кодексе, но и придал им сразу некоторую степень практического воплощения через определение

---

<sup>12</sup> Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (далее по тексту ГК Польши)

<sup>13</sup> См. Богданов Е., "Категория "добросовестности" в гражданском праве", "Российская юстиция", 1999, N 9. // СПС "КонсультантПлюс"

способа применения. Решение такого рода позволяет более наглядно просмотреть механизм имплементации внеправовых категорий в правовую сферу. Так в ст. 417<sup>2</sup> ГК Польши содержится правило, касающееся возмещения вреда лицу, причинённого вследствие законных, а следовательно, правомерных действий органов публичной власти, принимая во внимание обстоятельства, в особенности стойку неспособность к выполнению трудовой функции либо его тяжелое материальное положение, либо если того требует соображения «правильности»<sup>14</sup>. Данный институт, который по устоявшейся французской классификации<sup>15</sup> следовало бы отнести к квази-деликтам, в польской юридической литературе признан исключительным основанием ответственности, в силу факта невозможности применения общих правил возмещения ущерба<sup>16</sup>. Сравнивая институт гражданско-правовой ответственности с российским аналогом, видно, что в отечественном законодательстве подобный механизм реализован без использования отсылки к морально-этической составляющей. Ст. 16.1 ГК РФ закреплёно, что компенсация ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов и органов местного самоуправления производится лишь в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом. Данное положение продублировано в ч. 3 ст. 1064 ГК РФ, притом, что на сегодняшний момент законодателем принят лишь Федеральный Закон «О противодействии терроризму»<sup>17</sup>, где прямо предусмотрена компенсация за вред, причинённый вследствие правомерных действий. Согласно ч. 2 и ч. 3 ст. 18 данного федерального закона возмещение вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями, осуществляется за счет средств федерального бюджета в объеме, установленном Правительством Российской Федерации, а вред, причиненный при пресечении террористического акта правомерными действиями здоровью и имуществу лица, участвующего в террористическом акте, а также вред, вызванный смертью этого лица, возмещению не подлежат.

Вероятно, причина такого расхождения в методах регулирования коренится, в том числе, в разнице в правовой культуре народов. Польская юридическая мысль, равно как и судебная практика исходят из приоритета этики над правом как таковым, что подтверждает, например, принятое недавно Решение Конституционного Трибунала, касающееся допустимости ограничения пределов оказания медицинской помощи врачами, в зависимости

---

<sup>14</sup> В оригинальной польской версии используется слово «słuszność», из-за своей смысловой нагрузки близкое, но не тождественное, слову «целесообразность», в связи с чем принято решение переводить его условным обозначением «правильность».

<sup>15</sup> Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Пер. с франц. под ред. И. Б. Новицкого. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948. С. 28-29.

<sup>16</sup> Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak, Zobowiązania – część ogólna. 11 wyd. Warszawa, C.H. Beck 2014. S. 238.

<sup>17</sup> Федеральный закон от 06.03.2006 N 35-ФЗ "О противодействии терроризму" // "Собрание законодательства РФ", 13.03.2006, N 11, ст. 1146.

от их этических взглядов<sup>18</sup>. Поэтому такая ситуация в гражданском праве является лишь частным проявлением подобного рода способа мышления, однако, важно подчеркнуть, что подобного рода законодательное решение присутствовало уже в изначальной редакции польского ГК (ст. 419 ГК Польши). Тем не менее, эта правовая конструкция в большей степени позволяет защищать нарушенный интерес лица, пострадавшего в результате правомерных действий власти.

При этом важно отметить, что польский законодатель установил ограничение не только по виду причинённого ущерба, компенсация за который возможна только, если вред причинён личности, что следует понимать, как вред жизни и здоровью (ч. 1 ст. 444 ГК Польши), как форме материального ущерба, но и морального вреда (ст. 445 ГК Польши). Кроме того, установлен ценз субъектного характера, что является нововведением, так как до вступления в силу закона о внесении изменений в гражданский кодекс от 17 июня 2004 г.<sup>19</sup>, требование компенсации могло быть предъявлено также юридическим лицом. Примечательным также является основополагающий отказ учёта принципов «общественно существования» в редакции до 2004 г. в пользу принципа «правильности» в актуальной редакции Гражданского Кодекса, что является следствием возможности более эластичного применения данного подхода, в виду отсутствия необходимости чёткого определения условий «общественно существования», которые должны быть точно обозначены пределами публичного права.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно прийти к следующим выводам:

1) Применение морально-этических форм регулирования в законодательной деятельности является следствием культурно-обусловленного взаиморасположения правовой и духовной сфер общественной жизни. В зависимости от значения и влияния внеправовых элементов на общественные отношения, количество случаев их закрепления и применения увеличивается.

2) Такого рода этические нормы являются основой для всей законотворческой и правоприменительной деятельности, а также применяются в процессе толкования права, т.е. являются принципами права в широком смысле. Проекция таких принципов на отдельную правовую отрасль трансформирует их в основополагающие начала, т.е. отраслевые принципы права *in sensu lato*.

---

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 07.10.15 r. - Prawo do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z sumieniem. Sygn. akt K 12/14.

<sup>19</sup> Dz.U. 2004 nr 162 poz. 1692 Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw

3) Закрепление этических принципов в виде правовых норм ведёт к их трансформации в статьи-принципы в узком смысле, что представляется более ограниченным пониманием отраслевых принципов для процесса правоприменительной практики.

4) Чётким проявлением превосходства принципа справедливости над принципами «общественного существования» является эффективная защита интересов лица в частных случаях, требующих «исключительного» подхода.

5) Польская модель регулирования представляется быть достаточно последовательной и уравновешенной, учитывая интересы личности и общества, подходя к решению отдельных дел индивидуальным образом.

## Неустойка в системе мер, обеспечивающих исполнение договорных обязательств.

**А. А. Пухарт**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
ул. Миклухо-Маклая, д.6, Москва, Россия, 117198*

В статье исследуется применение неустойки в договорных обязательствах, как одного из способов обеспечения исполнения обязательств.

**Ключевые слова:** неустойка, кредитор, должник, обязательство, договор.

Надлежащее исполнение договорных обязательств заключается в совершении сторонами договора действий, определенных в предмете заключенного между ними договора. Неустойка является одной из мер, направленных на принуждение должника исполнить свои обязательства перед кредитором, и представляющую собой денежную сумму, которую должник должен уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

В законодательстве предусмотрено два вида неустойки: договорная и законная. Договорная неустойка заключается по соглашению сторон в письменной форме. Размер законной неустойки может быть установлен только Федеральным законом и подлежит применению независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон или нет. Она призвана обеспечивать обязательство, которое может возникнуть в будущем, от нее невозможно отказаться или уменьшить ее размер. Более того, условие договора, освобождающее сторону от уплаты неустойки, указанной в законе или об уменьшении такой неустойки, является ничтожным.

Как справедливо отмечается в литературе, «неустойка - самый популярный способ для участников гражданского оборота обеспечить исполнение обязательств на практике»<sup>1</sup>. Она является наиболее распространенной формой компенсации потерь кредитора при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств должником, так как, включив в договор условие о неустойке, в случае нарушения обязательства кредитору не нужно будет доказывать факт причинения ему должником убытков и их размер (п.1 ст.330 ГК РФ).

В настоящее время в случае, если обязательство нарушено лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, то суд вправе уменьшить неустойку только в случае, если об этом будет заявлено должником при условии, что взыскиваемая неустойка явно

---

<sup>1</sup> Бычков А. Что можно обеспечить неустойкой? // "ЭЖ-Юрист", 2015, N 11. СПС КонсультантПлюс.

несоразмерна последствиям нарушения обязательства (п.1 ст.333 ГК РФ). Из этого следует, что уменьшение размера взыскиваемой неустойки по инициативе суда ограничено только случаями, когда участниками таких отношений выступают лица, не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности.

Если же обязанность выплатить неустойку, определенную договором, возложено на предпринимателя, то возможность ее уменьшения допускается только в исключительных случаях, если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере приведет к получению кредитором необоснованной выгоды (п.2 ст.333 ГК РФ).

На практике неоднократно возникает вопрос о возможности взыскания неустойки за нарушение обязательств по договору после окончания срока его действия. В соответствии с п.3 ст.425 ГК РФ законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия договора влечет прекращение обязательств сторон по такому договору. Если же такое условие отсутствует, то договор считается действующим до момента окончательного исполнения сторонами своих обязанностей. Соглашение о неустойке, если оно включено в основной договор, подчиняется общим правилам о действии договора. Следовательно, если стороны указали на момент прекращения договора с истечением его срока, то взыскать неустойку будет невозможно за пределами срока его действия. Данное положение нашло свое подтверждение в ряде судебных решений (см., например, Постановление ФАС ВВО от 03.06.2014 по делу N А29-4416/2013)<sup>2</sup>.

Неустойкой может обеспечиваться исполнение любых обязательств, в том числе неденежных (например, за нарушение сроков поставки товаров), других обеспечительных обязательств, возврат полученного по недействительной сделке, обязательств дящегося характера и другие.

Кроме взыскания неустойки кредитор вправе обязать должника возместить убытки, причиненные ему за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. В связи с этим выделяют:

- зачетную неустойку, по которой взыскиваются убытки в части, не покрытой неустойкой (если ни в законе, ни в договоре не указано, как соотносятся убытки и неустойка, то она является зачетной);
- штрафную неустойку, по которой законом или договором может быть предусмотрено взыскание убытков в полной сумме сверх неустойки;
- исключительную неустойку, по которой законом или договором может быть предусмотрено взыскание только неустойки;

---

<sup>2</sup> Постановление ФАС ВВО от 03.06.2014 по делу N А29-4416/2013. / СПС КонсультантПлюс.

- альтернативную неустойку, по которой стороны вправе сами предусмотреть возможность взыскания неустойки или убытков (ст.394 ГК РФ).

Законодатель крайне редко закрепляет штрафной характер неустойки за нарушение обязательств. Чаще штрафная неустойка является итогом договоренностей сторон. В связи с этим на практике возникает вопрос о формулировке соответствующих положений в договоре. Будет ли достаточным, если стороны в договоре укажут на штрафной характер неустойки? Анализ судебной практики свидетельствует о том, что простого указания на вид неустойки будет не достаточным, необходимо в договоре закрепить также и положение о возможности взыскать убытки в полной сумме сверх взыскиваемой неустойки (см., например, Постановления Президиума ВАС РФ от 21.07.1998 [N 2299/97](#), от 18.11.1997 [N 3847/97](#), Постановления ФАС ВВО от 09.01.2002 по делу [N А39-2507/01-154/6](#), от 18.05.1999 по делу [N 191/99](#), [Постановление](#) ФАС УО от 02.02.1999 по делу N Ф09-5/99-ГК).<sup>3</sup>

Будучи мерой ответственности, неустойка не может быть взыскана за такие действия контрагента, которые он вправе осуществить, т.е. по своей природе являются правомерными и не могут рассматриваться как правонарушение, за которое подлежит взысканию неустойка (например, расторжение договора в случаях и в порядке, предусмотренных законом или договором).

---

<sup>3</sup> Постановления Президиума ВАС РФ от 21.07.1998 [N 2299/97](#), от 18.11.1997 [N 3847/97](#), Постановления ФАС ВВО от 09.01.2002 по делу [N А39-2507/01-154/6](#), от 18.05.1999 по делу [N 191/99](#), [Постановление](#) ФАС УО от 02.02.1999 по делу N Ф09-5/99-ГК)

## Понятие и содержание корпоративного договора

**Н. Ч. Сапаров**

*Аспирант 1 года обучения Юридического института  
Российского университета дружбы народов.  
Научный руководитель: Протопопова Ольга Владимировна  
кандидат юридических наук,  
доцент кафедры гражданского и трудового права Юридического института  
Российского университета дружбы народов.  
117198 Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6; [naz-tm@mail.ru](mailto:naz-tm@mail.ru)*

Основная цель данного научного исследования, определить понятие корпоративного договора, выявить его основные признаки и содержание, а также его правовую природу, как в качестве одного из способов регулирования корпоративных правоотношений и защиты прав и интересов участников хозяйственных обществ.

**Ключевые слова:** корпоративный договор, акционерное соглашение, договоры участников, корпоративные права, хозяйственные общества.

Федеральным законом от 05.05.2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации», вступившим в силу 1 сентября 2014 г., в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) была введена ст. 67.2 Корпоративный договор, в которой содержатся понятие, предмет, сфера действия и последствия нарушения корпоративного договора участников хозяйственных обществ.

В соответствии с положениями данной статьи, участники хозяйственного общества (все или некоторые из них) вправе заключить между собой договор об осуществлении своих корпоративных (членских) прав – корпоративный договор.

На основании положений данного договора участники обязуются осуществлять свои корпоративные права определённым образом или воздерживаться / отказаться от их осуществления, в том числе (ст. 67.2 ГК РФ):

- ✓ голосовать определённым образом на общем собрании участников общества, в том числе, по выборам членов советов директоров, коллегиального и единоличного исполнительного органов, распределению прибыли, проведению эмиссий;
- ✓ согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, его реорганизации или ликвидации;
- ✓ приобретать или отчуждать акции /доли в уставном капитале ООО по определённой цене при наступлении определённых обстоятельств;
- ✓ воздерживаться от отчуждения акций /доли в уставном капитале общества и/или их передаче их в качестве обеспечения до наступления определённых обстоятельств.



В свою очередь, в соответствии с действующим законодательством корпоративный договор не может:

- содержать условия, обязывающие его участников голосовать по указаниям органов общества;
- определять структуру органов общества и их компетенцию – такие условия признаются ничтожными.

При этом корпоративным договором могут быть предусмотрены только те права участников хозяйственных обществ, которые предусмотрены законом или уставом данных хозяйственных обществ.

Положения корпоративного договора могут дополнять устав по тем вопросам, которые предусмотрены диспозитивными нормами законодательства.

Предмет корпоративного соглашения – это основное существенное условие о порядке осуществления корпоративных прав, свидетельствующее о факте заключения соглашения. В отличие от классического гражданско-правового договора, корпоративный договор не приводит к возникновению гражданско-правовых обязательств. В результате заключения корпоративного соглашения, возникает своеобразный корпоративный договор (квазидоговор), направленный не на создание новых прав и обязанностей, а на определение порядка осуществления уже существующих корпоративных прав<sup>1</sup>.

В этой связи, в своих работах В. Кононов обоснованно указывает, что создаётся впечатление, что предмет корпоративного соглашения включает группы обязанностей: активного типа (голосовать определенным образом на общем собрании, приобретать или отчуждать акции (доли), совершать иные согласованные действия) и пассивного типа (воздерживаться от отчуждения акций (долей) и др.). Перечень обязанностей в каждой группе законодатель связал с направленностью на управление обществом и его деятельностью. Наличие в законодательстве открытого перечня условий и указания на направленность обязательств, требует использования ограничительного толкования норм о предмете корпоративного договора: им является юридическое действие (бездействие), на которое направлена согласованная воля сторон соглашения по управлению хозяйственным обществом. Такая направленность воли позволяет говорить о возможной общей правовой цели у сторон соглашения. Обязанности у сторон могут быть различными и носить встречный характер, однако общая цель, касающаяся управления обществом и

---

<sup>1</sup> См.: Кононов В. Проблемы предмета и содержания соглашения участников хозяйственных обществ по российскому праву // Корпоративный юрист. 2010. № 10. С. 56.

организующая совместную деятельность сторон соглашения для ее достижения, является характерной чертой соглашения участников (акционеров)<sup>2</sup>.

Несмотря на предположительное сходство, корпоративный договор отличается от классического гражданско-правового договора сферой применения, предметом регулирования, правами и обязанностями, механизмом их взаимодействия, субъектным составом, целью правового регулирования, правовыми последствиями, мерами защиты и ответственности<sup>3</sup>.

Корпоративный договор функционирует не в сфере вещных, обязательственных отношений, а в системе корпоративных отношений, связанных с участием в корпоративной организации (корпорации), управлением ею и ее внутрифирменной деятельностью.

Стоит отметить, что в 2009 г. российское законодательство в области регулирования корпоративных правоотношений было дополнено новыми на тот момент для российской правовой действительности правовыми конструкциями, позаимствованными из законодательства стран системы общего права - «акционерное соглашение»<sup>4</sup> и «договор об осуществлении прав участников ООО»<sup>5</sup>.

Указанное унифицированное в ГК РФ понятие корпоративного договора вводит ряд новых моментов правового регулирования корпоративных правоотношений.

Так была предоставлена возможность участия в корпоративном договоре помимо участников хозяйственных обществ также и третьи лиц, например кредиторов общества. Помимо вышеуказанного, была установлена возможность оспаривать, принятые в нарушение корпоративного договора решения органов хозяйственного общества (п.6 ст. 67.2 ГК РФ), а также возможность заключать договор под условием, зависящим от воли сторон (п.1 ст. 67.2 ГК РФ).

Вводя унифицированное понятие корпоративного договора можно выдвинуть предположение, что законодатель преследовал цель установления особых (индивидуальных) корпоративных отношений между участниками хозяйственных обществ, установления контроля над персональным составом участников хозяйственных обществ, и создания механизма посредством установления ограничений на отчуждение долей либо акций обществ, с целью создания механизмов возможного противодействия поглощению

---

<sup>2</sup> См.: Там же

<sup>3</sup> Андреев Ю.Н., Праслов Ю.П. О понятии и месте корпоративных соглашений в системе гражданско-правовых соглашений // Известия Юго-Западного государственного университета. 2013. № 4 (49). С. 178

<sup>4</sup> Ст. 32.1 Федерального закона «Об акционерных обществах» (Принят Государственной Думой 24.11.1995) от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ / Собрание законодательства РФ – 01.01.1996, № 1, ст. 1

<sup>5</sup> П.3 ст.8 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» (Принят Государственной Думой 12.01.1998) от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ/ Собрание законодательства РФ, 16.02.1998, № 7, ст. 785, в ред. Федерального закона от 19.07.2009 № 205-ФЗ

компании, а также обеспечения защиты интересов третьих лиц- кредиторов общества и лиц, намеревающихся стать участниками общества<sup>6</sup>.

Основанием для заимствования института корпоративного договора послужило, то, что до вступления в силу указанных положений ГК РФ, российскими инвесторами, а также их иностранными контрагентами с целью урегулирования корпоративных отношений при реализации совместных коммерческих проектов зачастую применялось право Англии и Уэльса.

Проблемы использования института корпоративного договора по праву государств системы общего права у частных корпоративных отношений возникли после вынесения резонансных решений российскими судами по делам ОАО «Мегафон» и ЗАО «Русский Стандарт Страхование» о признании недействительным соглашений акционеров, подчиненных иностранному праву, поскольку положения данных соглашений противоречили императивным нормам российского гражданского и корпоративного законодательства, в этой связи стала очевидна бесперспективность принудительного исполнения таких соглашений<sup>7</sup>.

Именно данная ситуация во многом определила необходимость законодательного закрепления данного правового института, с целью урегулирования корпоративных правоотношений

Подводя итог рассмотрению общих положений и понятия корпоративного договора необходимо указать на моменты, которые следует учитывать при заключении такого договора, применяя российское право.

Прежде всего важно указать на то, что корпоративный договор не может являться документом, регулирующим вопросы, которые могут быть урегулированы только законодательством или уставом хозяйственных обществ.

Также корпоративный договор не может содержать в себе положения, которые устанавливают отличные от, предусмотренными императивными нормами гражданского законодательства условиями о структуре и компетенции органов хозяйственных обществ, а также порядок их избрания.

По своей правовой природе условия корпоративного соглашения, не направлены на ограничение корпоративной правоспособности и дееспособности, то есть ограничение возможности осуществлять свои корпоративные права и обязанности по своему усмотрению, данные соглашения наоборот способствуют их осуществлению. Условия корпоративного

---

<sup>6</sup> Дианова. Я.«Корпоративный договор: перезагрузка» «Корпоративный юрист», №1, 2015. С.28

<sup>7</sup> Постановление ФАС Западно - Сибирского округа от 31.03.2006 № Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.12.2006 по делу № А40-62048/06-81-343

соглашения могут конкретизировать лишь диспозитивные нормы гражданского законодательства, уставов хозяйственных обществ.

Корпоративные соглашения заключаются участниками с целью усиления защиты своих корпоративных прав, разрешения конфликтов внутри хозяйственных обществ, и достижения экономического развития хозяйственных обществ в целом.

## Этапы развития законодательства в области регулирования рынка ценных бумаг в Китае

### З. А. Севрюгина

*Аспирантка кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

В данной статье рассматриваются вопросы становления и развития законодательства в области регулирования рынка ценных бумаг в стране-участнице БРИКС – Китае.

**Ключевые слова:** Китай, рынок ценных бумаг, Закон КНР «О компаниях», Закон КНР «О ценных бумагах».

Политика реформ и либерализации, которая началась в 1970-х годах, спровоцировала переход китайской экономики от плановой к рыночной. Рынок ценных бумаг Китая начал активно развиваться и крепнуть. В то же время, развитие рынка ценных бумаг стимулировало создание законодательной базы, а именно принятие нормативно-правовых актов, которые должны были регулировать рынок<sup>1</sup>. Становление рынка ценных бумаг в Китае условно можно разделить на несколько этапов: ранний (1978-1992), начальный (1993-1998), этап укрепления (1999-2004) и этап интенсивного развития (2005- по настоящее время)<sup>2</sup>.

На раннем этапе, а именно с 1978 по 1992 г., выпускалось три вида облигаций: государственные, финансовые и корпоративные. 28 января 1981 года, Государственный Совет издал Указ Китайской Народной Республики «О государственных облигациях», который был первым нормативно-правовым актом на реформируемом рынке ценных бумаг. Также, в период с 1981 по 1992 г., Государственный совет ежегодно публиковал новые правила регулирования государственных облигаций. Существенных изменений в содержание этих документов на протяжении всего этого периода не вносилось. В соответствии с этими правилами, государственные облигации выпускались только Госсоветом в соответствии с потребностями развития национальной экономики и финансовой стабильности. Они не могли быть использованы в качестве платежного средства, а их свободная купля-продажа также была невозможна. Правила регулирования государственных облигаций 1988 года позволили осуществлять их передачу. В феврале 1988 года Государственный совет одобрил передачу государственных облигаций в семи городах, после чего список был расширен до пятидесяти четырех городов. 19 декабря 1990 года официально открылась Шанхайская фондовая биржа, и торговля на рынке была открыта для всех.

<sup>1</sup> Sayuri Shirai. Is the Equity Market Really Developed in the People's Republic of China? – ADB Institute Research Paper Series No.41, September 2002. p.10

<sup>2</sup> Chen Daisong. Legal Development in China's Securities Market during Three Decades of Reform and Opening-up. // The ASLI Working Paper Series №005, p.1

На данном этапе основы функционирования рынка ценных бумаг еще не были сформированы, поэтому система правового регулирования в этой сфере была слабой. Регулированием рынка ценных бумаг, в основном, занимался Народный банк Китая. В августе 1991 года в Пекине была создана Ассоциация ценных бумаг Китая, которая стала первой саморегулируемой организацией в этой области.

В течение начального этапа, с 1993-1998 г., рынок ценных бумаг Китая перешел от разрозненного к единому национальному рынку. Построение правовой системы, регулирующей рынок ценных бумаг на данном этапе, включало внесение законопроектов во Всекитайское собрание народных представителей, в Государственный совет и в другие органы. Это относилось в основном к Закону КНР «О компаниях»<sup>3</sup> и некоторым другим административным регламентам и правилам, которые были изданы Государственным советом, Комитетом по ценным бумагам и Комитетом по регулированию ценных бумаг. Закон КНР «О компаниях» установил права и обязанности акционеров, структуру органов управления компании, вопросы эмиссии акций, порядок участия компаний в эмиссии, условия операций листинга ценных бумаг, особенности работы с ценными бумагами формирующихся открытых акционерных обществ и др.

На данном этапе, был достигнут большой прогресс в формировании правовой системы, регулирующей рынок ценных бумаг.

После почти 20 лет, уровень развития рынка ценных бумаг Китая значительно возрос. Тем не менее, все еще существовали некоторые недостатки в системе, и уровень правового регулирования был не достаточно высокий, что препятствовало его дальнейшему развитию. В связи с чем на этапе укрепления, соответствующие правительственные ведомства и регуляторы издали ряд правил и мер по стимулированию, стабилизации, стандартизации и регулированию рынка, чтобы увеличить доверие инвесторов.

До 1999 года различными органами были разработаны более 250 законов и правил, регулирующие рынок ценных бумаг, но система не работала должным образом, поэтому существовала острая необходимость в консолидации основных законов в этой области. На этом фоне, после шести лет разработки был предложен Закон о ценных бумагах 1998<sup>4</sup>, вступивший в силу в 1999 г.

Принятие этого закона ознаменовало новый этап «этап интенсивного развития». В течение данного этапа, развитие рынка ценных бумаг происходило очень быстро, и

---

<sup>3</sup> Company Law of the People's Republic of China 1993 - URL: [http://www.fdi.gov.cn/1800000121\\_39\\_4814\\_0\\_7.html](http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html) (дата обращения: 01.10.15).

<sup>4</sup> Securities Law of the People's Republic of China 1998 - URL: [http://www.china.org.cn/government/laws/2007-04/16/content\\_1207338.htm](http://www.china.org.cn/government/laws/2007-04/16/content_1207338.htm) (дата обращения: 01.10.15).

формирование законодательства в этой области стало более глубоким и основательным. Также реформа разделения капитала практически была завершена. Кроме того была положена основа системы судебной защиты.

27 октября 2005 г. Всекитайским собранием народных представителей были приняты нормативно-правовые акты, практически полностью изменяющий Закон «О компаниях» и Закон «О ценных бумагах». Приведение в исполнение новых норм и правил, основанных на этих законах, происходило постепенно. Результатом всех реформ стала новая правовая система в области рынка ценных бумаг.

## Коллизионное регулирование трудовых отношений в странах БРИКС на примере России и Китая

**З. А. Севрюгина**

*Аспирантка кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

В статье рассмотрен вопрос применимого права в трудовых отношениях, осложненных иностранным элементом, в таких странах БРИКС, как Россия и Китай. Автор исследует коллизионные привязки и законодательные акты, которые их содержат. 1

**Ключевые слова:** БРИКС, Россия, Китай, трудовое право, международное частное право, коллизионные нормы, применимое право.

БРИКС – это группа, состоящая из пяти быстроразвивающихся стран: Бразилия, Россия, Индия, Китай и Южно-Африканская Республика. В феврале 2016 г. состоится первая встреча министров стран БРИКС по вопросам труда и занятости населения, в центре внимания которой будут находиться вопросы создания достойных рабочих мест и налаживания информационного взаимодействия по вопросам труда и занятости, что заложит прочный фундамент долгосрочного сотрудничества в социально-трудовой сфере<sup>2</sup>. Однако, маловероятно, что в ближайшее время трудовые отношения, осложненные иностранным элементом, будут урегулированы на уровне БРИКС. В связи с этим в настоящей статье мы рассмотрим коллизионное регулирование трудовых отношений в таких странах БРИКС, как Россия и Китай.

Являются ли трудовые отношения, осложненные иностранным элементом, предметом международного частного права? До настоящего времени единого ответа на данный вопрос нет. Так, одни авторы считают, что в данном случае применяются общие коллизионные принципы, в то время, как другие указывают на двойственный характер права, регулирующий трудовые отношения, в связи с чем применяются правила страны места работы<sup>3</sup>.

Чаще всего в случае спорных ситуаций, проблема решается путем применения трудовых коллизионных норм, но с учетом того, что трудовому праву присуще публично-правовое начало, то их применение ограничено императивными нормами трудового законодательства.

---

<sup>1</sup> Статья подготовлена 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/>).

<sup>2</sup> См: VII саммит БРИКС Уфимская декларация (Уфа, Российская Федерация, 9 июля 2015 года) – Режим доступа: <http://brics2015.ru/load/382553> (дата обращения: 25.09.15)

<sup>3</sup> Международное частное право: В 2 т.: Учебник. Т. 2. / отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – М.: «Статут», 2015. – С. 268.



Законодательные акты стран БРИКС по-разному оформляют правила, разрешающие коллизии в сфере труда.

Так, Китай придерживается гражданско-правовой концепции регулирования трудовых отношений. Коллизионные нормы содержатся в Законе КНР 2010 г. «О праве, применимом к гражданским отношениям с иностранным элементом»<sup>4</sup> (ст. 43 гл. VI).

В то время как в России кодификационный процесс в области международного частного права не преодолел «отраслевых границ» и нормы международного частного права включены как в отраслевые кодификационные законы (кодексы)<sup>5</sup>.

Трудовое законодательство Российской Федерации практически не содержит положений, разрешающих коллизии в сфере международного труда. Тем не менее, основной источник трудового права содержит нормы, которые применяются к отношениям, осложненным иностранным элементом.

Согласно ст. 11 Трудового кодекса РФ 2002 г.<sup>6</sup> (далее – ТК РФ) на территории РФ правила, установленные трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, распространяются на трудовые отношения с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных иностранными гражданами, лицами без гражданства либо с их участием, международных организаций и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Таким образом, можно сделать вывод, что в вышеуказанном кодексе в качестве коллизионной привязки признается закон места работы (*lex loci laboris*), т.е. к трудовым отношениям, осложненным иностранным элементом применяется трудовое право РФ. Данное правило применяется не только в отношении иностранных граждан, которые осуществляют трудовую деятельность у российских работодателей, но также в отношении граждан РФ, работающих у иностранных работодателей. В этом проявляется экстерриториальный признак российского трудового законодательства.

Помимо ТК РФ коллизионные нормы содержатся и в других нормативно-правовых актах, регулирующих трудовые отношения. Речь пойдет о Кодексе торгового мореплавания РФ 1999 г.<sup>7</sup> (далее – КТМ РФ). Раздел XXVI «Применимое право» содержит несколько

---

<sup>4</sup> Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships. (Adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress on October 28, 2010). Order No.36 of the President of the People's Republic of China. URL: <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=8315> (дата обращения: 22.08.2015)

<sup>5</sup> Международное право: Учебник. 5-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. С.А. Егоров. – М.: «Статут», 2014. – С. 46.

<sup>6</sup> Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ. // СЗ РФ от 7 января 2002 г. № 1 (часть I) ст. 3.

<sup>7</sup> Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ. // СЗ РФ от 3 мая 1999 г. № 18 ст. 2207.

коллизийных привязок, а именно: автономия воли сторон (*lex voluntatis*) и закон государства флага судна (*lex flagi*). Однако в целях защиты прав работников-членов экипажа автономия воли сторон ограничена: минимальные трудовые стандарты должны быть соблюдены.<sup>8</sup> На основании изложенного, можно сделать вывод, что коллизийный принцип автономии воли в РФ практически не применяется<sup>9</sup>. Однако, из данного правила есть исключения.

Так, ст.11 ТК РФ содержит указание на то, что иные правила могут быть установлены международными договорами. Таким образом Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о временной трудовой деятельности граждан Российской Федерации в Китайской Народной Республике и граждан Китайской Народной Республики в Российской Федерации<sup>10</sup> (далее – Соглашение) содержит особенные предписания в части регулирования трудовых отношений двух стран.

Его действие распространяется на граждан Российской Федерации и граждан Китайской Народной Республики, постоянно проживающих на территории РФ и КНР, которые на законном основании осуществляют временную трудовую деятельность на территории другого государства, на основании договора на выполнение работ или оказание услуг, заключенными между юридическим или физическим лицами принимающего государства и юридическими лицами государства постоянного проживания, с которыми работники находятся в трудовых отношениях; на основании трудовых договоров, а также заключенными с работодателями - юридическими лицами принимающего государства (ст. 1 Соглашения).

Положения трудового договора должны соответствовать трудовому законодательству Российской Федерации и Китайской Народной Республики и положениям настоящего Соглашения (ст. 6 Соглашения).

Тем не менее, согласно п. 3 ст. 6 Соглашения, оплата труда работников, не должна быть ниже, а условия труда менее благоприятными, чем те, которые предусмотрены для граждан принимающего государства такой же квалификации, выполняющих аналогичную работу у того же работодателя.

---

<sup>8</sup> Равным образом и в Бразилии из числа стран БРИКС применение коллизийной привязки *lex voluntatis* (автономия воли сторон) ограничено: Конституция 1988 г. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (con Emenda Constitucional nº 45, de 2004). URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) (дата обращения: 06.08.2015) содержит социально-трудовые права (ст. 6-11), которые не могут быть ограничены ни другими законами, ни договорами.

<sup>9</sup> Андрианова М.А. Соотношение и взаимодействие международного частного и трудового права России в вопросах регулирования трудовых отношений с участием иностранцев. Международное частное трудовое право. // Государство и право. - 2002. - № 9. - С. 66.

<sup>10</sup> Бюллетень международных договоров. – 2001. - № 7. - С. 43-48.

Выше мы указали, что в Китае коллизионные нормы содержатся в Законе КНР 2010 г. «О праве, применимом к гражданским отношениям с иностранным элементом», новеллы которого представляют интерес с научной и практической точек зрения<sup>11</sup>. В ст. 43 гл. VI данного Закона, помимо коллизионных привязок *lex loci laboris* и *lex voluntatis*, содержатся и другие, которые не имеют аналогов в законодательстве РФ, например, «право страны, где осуществляет основную предпринимательскую деятельность работодатель».

На основании изложенного мы полагаем, что рассмотренные нами страны БРИКС имеют схожее коллизионное регулирование трудовых отношений. Сходство проявляется в том, что поскольку трудовому праву присуще публично-правое начало, применение общих коллизионных принципов ограничено установленными императивными нормами законодательства о труде. Различия состоят в том, что Китай содействует появлению новых коллизионных правил, применение которых могло бы быть полезным и остальным странам БРИКС.

---

<sup>11</sup> См: Рягузов А.А. Новый закон КНР о международном частном праве. // Международное публичное и частное право. – 2011. - № 5. – С. 44-48.

## Правовая природа соглашений об уплате алиментов по законодательству РФ

**В. В. Сергеева**

*аспирант кафедры гражданского и трудового права Юридического института,  
Российский Университет Дружбы Народов,  
117198 Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6*

Институт соглашений об алиментировании представляет собой сравнительно новое для российской правовой системы явление. Возможность заключения таких соглашений была введена Федеральным законом от 22.12.1994 N 73-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Кодекс о браке и семье РСФСР<sup>1</sup> " еще до принятия ныне действующего Семейного кодекса РФ<sup>2</sup>. Содержанием законодательных изменений явилось новое право участников брачно-семейных отношений решать вопросы, связанные с будущей уплатой алиментов, через договор с последующим его исполнением, как это принято сегодня в отношении всех гражданско-правовых договоров, включая судебную защиту интересов сторон договора. Соглашение об алиментировании представляет собой намеренный переход к договорным конструкциям в дополнение к императивному регулированию, которое ранее господствовало в рассматриваемой сфере. Учитывая, что самостоятельного регулирования, посвященного договорам, в семейном праве отсутствует, закономерно появление вопроса о природе таких соглашений.

На первый взгляд, можно рассматривать данную ситуацию как отдельный факт, относящийся к сфере признания семейного права как частно-правовой отрасли, связи с гражданским правом, а также отражающий, соответственно, совершенно закономерное развитие отрасли семейного права в духе усиления значимости имущественного аспекта в регулировании семейных отношений. Однако при более внимательном отношении к правовой природе рассматриваемого института все оказывается не так просто. Представляется, в основе можно указать два основных аспекта, - отраслевой и целевой, способные осветить проблему.

Прежде всего, институт соглашений об уплате алиментов появился именно в рамках законодательства о браке и семье, а не гражданского законодательства и Гражданского кодекса РФ соответственно. Институт должен соответствовать особенностям своей отрасли права.

Интересной категорией в данном случае было бы рассмотрение вопроса о межотраслевом характере института, но само существование таких явлений в теории права на сегодняшний день не доказано. Хотя, учитывая смешанное регулирование,

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1994. N 35. Ст. 3653.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 16.

проистекающую отсюда неясность природы соглашений о выплате алиментов, такое решение могло бы иметь право на существование.

Сущность отрасли права неизбежно отражается на природе института, с чем необходимо согласиться<sup>3</sup>. Относя договор об алиментировании к семейному праву, мы наделяем алиментные соглашения всеми особенностями отрасли семейного права в противовес особенностям отрасли гражданского права. В частности, речь идет о таком важном аспекте, как свобода договора, которая имеет принципиальное значение для гражданско-правовых договоров. Законодатель включил эту категорию договоров в число семейно-правовых институтов, что бесспорно. И, в данном случае, получается, можно просто рассмотреть вопрос о природе семейного права и тем самым решить и вопрос о природе данного института, поскольку мы принимаем позицию о недоказанности существования межотраслевых институтов. С другой стороны, очевидно, что этот институт существует именно как гражданско-правовое обязательство и подчиняется правилам об обязательствах, хотя бы и в силу заимствования, что, в свою очередь, позволяет рассуждать о гражданско-правовой природе рассматриваемого института.

Сложность в решении этого вопроса связана также с тем, что правовая природа отрасли семейного права сегодня не получила однозначного определения. При этом же можно заметить, что дискуссия о месте отрасли семейного права в общей системе законодательства России к сегодняшнему дню не происходит весьма активно и не имеет определяющее значение для практики, которая является в данном вопросе устоявшейся и исходит из самостоятельности отрасли семейного права, несмотря на то, что, по сути, специалистами данный вопрос признан нерешенным в полной мере. Дискуссия опирается на традиционный способ определения отрасли права, - через конкретизацию ее предмета и метода.

Сторонники отсутствия самостоятельности отрасли семейного права, в том числе, к ним относят Антокольскую М.В., Брагинского М.И., Братуся С.Н. и некоторых других, называют в обоснование своих позиций несколько основных факторов. Прежде всего, предмет и метод в данном случае идентичен предмету и методу гражданского права.<sup>4</sup> Необходимо признать, в целом, содержание статьи 2 ныне действующего Семейного кодекса<sup>5</sup> (название ст. 2 СК РФ – «Отношения, регулируемые семейным законодательством») действительно походит отчасти на содержание ст. 2 Гражданского кодекса РФ (название ст. 2 ГК РФ – «Отношения, регулируемые гражданским

<sup>3</sup> Калабеков Ш.В. О понимании конструкции «договор»// Юрист. 2002. № 11. С. 14.

<sup>4</sup> Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права// Государство и право. 1995. № 6. С. 39 – 40. ; Артемьева Ю.А. Соглашение об уплате алиментов на несовершеннолетнего ребенка. Мир экономики и права №12, 2014, С. 70-71.

<sup>5</sup> Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 13.07.2015) . Собрание законодательства РФ", 01.01.1996, N 1, ст. 16.

законодательством»). Так закреплено, что «семейное законодательство устанавливает условия и порядок вступления в брак, прекращения брака и признания его недействительным, регулирует личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи: супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными), а в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, между другими родственниками и иными лицами, а также определяет формы и порядок устройства в семью детей, оставшихся без попечения родителей». В то же время, согласно ч. 1 рассматриваемой статьи ГК РФ, «Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, ... договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.» Такое соотношение формулировок предмета регулирования позволяет исследователям судить о том, что семейное право представляет собой тематически конкретизированную часть гражданского регулирования по сути. Действительно, можно обратить внимание, что в гражданском праве урегулированы многие вопросы, относящиеся по своей сущности и к вопросам семейного характера, в том числе, это основы правового положения членов семьи (ст.ст. 17, 18, 19 ГК РФ и другие), ведущие категории в данной сфере, такие, как опека (ст.ст. 31, 32 ГК РФ), попечительство (ст.ст. 31, 33 ГК РФ), возможность вступления в брак (ст.ст. 21, 27 ГК РФ), акты гражданского состояния (ст. 47 ГК РФ), вопросы взаимоотношений несовершеннолетних детей и их родителей в связи с неполной дееспособностью (ст.ст. 26, 28 1073 – 1075 ГК РФ) и другие. Эти вопросы значимы не только для семейного права, безусловно. Сегодня практика знает такие случаи, когда положения дублировались в различных нормативных актах. К примеру, так дело обстояло с регулированием в Земельном кодексе РФ<sup>6</sup> в изначальной редакции, которая частично повторяла нормы Гражданского кодекса РФ. Негативные стороны такого нормотворчества сегодня хорошо известны. В частности, это сложности синхронизации развития законодательства, то есть, вносимых изменений и дополнений, это проблема определения отраслевой принадлежности норм, действия систем принципов, это зачастую необоснованное развитие внутренних противоречий в регулировании.

Иную позицию занимают сторонники самостоятельности отрасли семейного права относительно характеристики предмета регулирования. При этом выделяется специфика личных неимущественных взаимоотношений, урегулированных правом, между членами семьи, имеющих определяющее значение для правоотношений по сравнению с

---

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2001. N 44. Ст. 4147.

имущественными взаимоотношениями. Эти личные неимущественные отношения составляют основу для всех прочих семейных взаимоотношений и имеют первоочередной характер. Весьма существенно отличает семейные правоотношения от гражданских также влияние на их содержание оценки моральности поведения участников правоотношения. Исследователи обращают внимание также на безвозмездность отношений, связанность прав и обязанностей и некоторые другие особенности семейных правоотношений по сравнению с гражданско-правовыми. То есть, семейное право обладает собственным предметом регулирования.

Касательно характеристики метода регулирования, с точки зрения сторонников общности природы гражданского и семейного законодательства утверждается, что в семейном праве не выделяется самостоятельный метод регулирования. То есть, правовое регулирование происходит так же и с использованием тех же инструментов, что и в гражданском праве. Более того, как правильно отмечается в этом контексте исследователями, семейное право не имеет достаточного объема собственных правовых институтов и механизмов правового регулирования.<sup>7</sup> В этом ключе необходимо отметить также весьма значимый аргумент, состоящий в том, что в дореволюционный период регулирование семейных отношений входило как составная часть в X том Свода законов Российской Империи<sup>8</sup>.

Однако необходимо одновременно возразить, метод регулирования также обладает собственной спецификой. Длительное время семейное право развивалось не только в отрыве от гражданского, но как принципиально самостоятельная область регулирования, отражающая требования политики того времени. Начало XX века ознаменовалось существенно возросшим интересом законодателя к понятию семьи. Область семейного права нередко на протяжении всего советского периода становилась основой для реализации внутривластных задач различного характера. Не случайно одной из первоочередных задач нормативного регулирования после революции 1917 года для новой власти было установление основ именно семейных отношений. На всем протяжении истории советского периода семья была предметом пристального внимания со стороны законодателя, в частности, очень ярко это проявилось в период 30-х и 40-х годов. В это время были приняты такие акты, как Постановление ЦИК и СНК СССР от 27 июня 1936 года «О запрещении абортов, увеличении государственной помощи многосемейным, расширении сети родильных

---

<sup>7</sup> Давыдова О.А. Правовое регулирование алиментных отношений в семейном праве РФ. Дисс. канд. юрид. наук. М. 2005. С. 29. ; Артемьева Ю.А. Понятие соглашения об уплате алиментов на несовершеннолетнего ребенка и особенности правового регулирования. НПЖ «Апробация» № 12 (27) 2014г., С. 94-95.

<sup>8</sup> Свод законов Российской Империи. Т X - [Электронный ресурс] - Режим доступа: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211/387.html#img388>. Дата обращения: 01.11.2015 г.

домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах»<sup>9</sup>, Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 года «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении высшей степени отличия - звания «Мать-героиня» и учреждении ордена «Материнская слава» и медали «Медаль материнства»<sup>10</sup>, которыми были внесены кардинальные изменения в сфере алиментирования. В этих условиях методы регулирования гражданского и семейного права невозможно отождествлять.

В связи с указанным, в ключе изучения природы соглашений об алиментировании уместно и необходимо обратиться к целевой характеристике введения этого института.

Судебная практика показывает, что споры из неуплаты алиментов на момент введения соглашений об уплате алиментов занимали значительный процент дел гражданско-правового характера<sup>11</sup>. Учитывая социальную значимость вопроса, борьба с неуплатой алиментов велась различными способами. В числе правовых инструментов, в частности, можно назвать появление судебного приказа, который давал возможность в упрощенном порядке взыскивать алименты. Причем, необходимо отметить в связи с этим большой успех такого нововведения по данным первой статистики<sup>12</sup>. Основной характеристикой дел приказного порядка в данной сфере является незначительное количество отказов в удовлетворении требований. То есть, институт был востребован и приносил свои плоды, сокращая долю исковых производств в соответствующем объеме. Но возможности приказного производства все же ограничены, это взыскание алиментов в установленном законом объеме, не в силу алиментного соглашения, которое представляет собой совершенно другой способ воздействия на сферу отношений. О необходимости введения такого способа можно говорить с учетом особенностей именно семейно-правовой сферы отношений в целом, поскольку она характеризуется значительной латентностью, традиционностью и просто невозможностью урегулирования значительного ряда ее аспектов. Установление же алиментного соглашения представляло собой прежде всего материально-правовой способ

---

<sup>9</sup> - [Электронный ресурс] - Режим доступа: [http://www.libussr.ru/doc\\_ussr/ussr\\_4081.htm](http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_4081.htm). Дата обращения: 01.11.2015 г.

<sup>10</sup> [Электронный ресурс] - Режим доступа: [http://www.libussr.ru/doc\\_ussr/ussr\\_4500.htm](http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_4500.htm). Дата обращения: 01.11.2015 г.

<sup>11</sup> Обзор судебной практики Московского городского суда "Практика рассмотрения межмуниципальными народными судами г. Москвы гражданских дел по спорам, вытекающим из семейных правоотношений": «Наиболее часто граждане обращаются в суд с исками о взыскании алиментов на детей. В 1994 году в межмуниципальные народные суды г. Москвы поступило в числе 42192 дел по спорам, вытекающим из семейных правоотношений, 4278 дел о взыскании алиментов на содержание детей. Поэтому необходимо уделить особое внимание этой категории дел.» - [Электронный ресурс] - Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/obsh/53892>. Дата обращения: 31.10.2015 г.

<sup>12</sup> См. Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права. М.: Городец-издат. 2001. С. 62 – 63.



решения проблемы. В комплексе с этим, признание алиментного соглашения исполнительным документом упрощало доступ к защите прав и устраняло необходимость обращения в суд.

Таким образом, институт соглашений в области алиментирования являлся самостоятельным инструментом для решения стоящих в сфере брака и семьи задач, прежде всего, а не просто расширение возможностей участников гражданских правоотношений. Алиментные соглашения представляли собой не шаг к возвращению семейного права в гражданское, этот институт, безусловно, относится только к семейному праву уже в силу решаемых с его помощью вопросов, и его правовая природа может определяться только природой отрасли семейного права. Однако, необходимо признать, использование гражданско-правового регулирования в данном случае является особенностью и закономерным следствием центральной роли гражданского права по отношению к семейному.

## Учение о доказательствах в работах профессора В.К. Пучинского

**Д. И. Смольников**

*Аспирант кафедры судебной власти факультета права НИУ ВШЭ  
пер. Б. Трехсвятительский, д. 3, Москва, 123022*

В статье проанализированы и осмыслены основные работы профессора В.К. Пучинского о доказательствах.

**Ключевые слова:** доказательства, судебное признание, признание факта, косвенные доказательства

Стараясь оценить научное наследие учёного, важно помнить, что оно вряд ли поддаётся точному математическому подсчёту, поскольку такое наследие включает в себя не только книги и статьи, но и его учеников (студентов и аспирантов), высказанные в живой беседе критические замечания, пометки на полях прочитанной книги. Ещё один важный нюанс: чем значимее учёный, тем тяжелее очертить круг его интересов (даже в пределах одной отрасли) – живой и творческий ум занимает всё вокруг. Однако у учёного всегда есть любимые темы, при изучении которых его талант раскрывается наиболее сильно.

Василий Клементьевич Пучинский – из числа таких значимых учёных. Он оставил более ста научных работ по самым различным правовым вопросам. Доказывание и доказательства были одной из любимейших тем исследования профессора. Его монография «Признание стороны в советском гражданском процессе» (1955) является одной из ярких отечественных работ по проблемам доказательственного права. Несомненное достоинство работы в том, что каждый теоретический вывод подкреплён описанием его ценности для практики. Монография и сейчас представляет несомненный интерес для исследователя.

В этой работе профессор Пучинский тонко и точно обозначает основную проблему сущности судебного признания. Если судебное признание – это распорядительный акт, связанный с принципом диспозитивности, то такое признание «может не совпадать с существующими вне процесса фактами или обязанностями». Если же такое признание – это «показание об объективно существующих фактах и правоотношениях», которое относится к принципу состязательности, то оно обзывает суд «класть в основу своих постановлений лишь признания, соответствующие обстоятельствам дела, объективно существующим фактам и правовым отношениям»<sup>1</sup>.

Автор отмечает, что на тот момент единой точки зрения по этому вопросу в науке не существовало. Однако практическая значимость верного определения правовой природы судебного признания очевидна. В советской литературе также нередко отождествляли с признанием мировую сделку и отказ от иска<sup>2</sup>. В.К. Пучинский совершенно верно приходит к

<sup>1</sup> Пучинский, В.К. Признание стороны в советском гражданском процессе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 9.

<sup>2</sup> Там же. С. 12.

выводу, что отказ от иска, как и мировая сделка, в отличие от признания иска (и тем более, отдельного факта) – это распорядительные акты, которые не относятся к признанию. «Распоряжение всегда предполагает возможность выбора между определёнными, одинаково допустимыми для управомоченного лица вариантами поведения. <...> Признать же иск может лишь тот, кто действительно считает себя обязанным. Ответчик не вправе своим признанием в процессе по каким бы то ни было мотивам возлагать на себя несуществующую обязанность»<sup>3</sup>. Именно этим объясняется и отличие проверки отказа от иска и мирового соглашения от проверки признания иска. Поэтому «<...> в основу судебного решения безусловно не может быть положено признание ответчиком иска в случаях, когда такое признание нарушает законные интересы других субъектов права либо является результатом заблуждения, обмана, угроз <...>. Суд не может <...> основывать своё решение на признаниях стороны, которые не отражают действительности»<sup>4</sup>.

Сейчас признание иска отнесено доктриной<sup>5</sup> и законодателем к распорядительному действию (то есть, это реализация диспозитивных прав), которое допускается, если оно не противоречит закону и не нарушает права и законные интересы других лиц (ч. 2 ст. 39 ГПК РФ). Схожее регулирование признание иска содержалось и в ГПК РСФСР 1964 года. Такой не бесспорный подход поддерживает, в частности, И.Р. Медведев. Он отмечает, что советские «ученые пытались дать общее определение “судебного признания”, выявить специфические черты, единые для всех его видов. <...> данные виды признания четко отличаются, и доказательством является только признание факта. Наконец, стройная система процессуально-правового регулирования подразумевает соответствующую законодательную регламентацию каждого встречающегося на практике вида доказательств, а также разделение распорядительных действий сторон (волеизъявлений) и представления сведений о фактах (доказательств)»<sup>6</sup>.

Не ставя целью подробную критику такого обоснования существующего правового регулирования признания иска, стоит лишь тезисно отметить следующие возражения. В.К. Пучинский, выделяя единый институт судебного признания, отталкивался не от того, является ли признание доказательством, а от того, какой принцип оно реализует. В отличие от отказа от иска и от мирового соглашения судебный процесс при признании иска завершается вынесением судебного решения, которое не может нарушать принцип объективной истины, считал профессор Пучинский. Решение по существу суд выносит и

---

<sup>3</sup> Там же. С. 24.

<sup>4</sup> Там же. С. 21.

<sup>5</sup> См., напр., Сахнова, Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. – М: «Волтерс Клувер», 2008. – С. 142.

<sup>6</sup> Медведев И.Р. Учение об объяснениях сторон в гражданском процессе: научное исследование. – СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум “Юридическая книга”», 2009 // СПС «Гарант»

согласно действующему законодательству (ч. 3 ст. 173 ГПК РФ). Сейчас существование принципа объективной истины в современной доктрине является скорее дискуссионным. Однако есть общие правила, которые ГПК РФ предъявляет к судебному решению и к судебной деятельности в целом (защита [действительно] нарушенного права, обоснованность судебных актов). Означает ли это, что признание иска автоматически блокирует эти правовые требования, а само признание может подменить собой обстоятельства прошлого? Также не следует забывать, что иск имеет (как минимум, бесспорно) предмет и основание. Поэтому признавая иск, истец неизбежно признает и лежащие в его основе факты. Высказанные размышления не подвергают сомнению право лица на признание иска. Весь вопрос в том, должно ли такое признание соответствовать обстоятельствам дела.

В.К. Пучинский приходит к выводу, что судебное признание – это «обращённое к суду заявление стороны, подтверждающее существование такого факта, правоотношения или искового требования, которые должны быть доказаны или обоснованы другой стороной»<sup>7</sup>. Из этого определения видно, что в качестве самостоятельных объектов судебного признания выделяются факты, правоотношения и исковые требования. При этом сторона может признать как юридический, так и доказательственный факт. Последнее имеет место быть при отсутствии достаточных прямых доказательств<sup>8</sup>. Здесь профессор Пучинский весьма точно обозначил подход к разделению прямых и косвенных доказательств (хотя последние и не упоминаются им). Если прямые доказательства устанавливают юридические факты, входящие в главный факт, то косвенные подтверждают иные (доказательственные) факты. Такие факты позволяют на основе логического умозаключения прийти к выводу о существовании главного факта. Именно такой подход к разделению доказательств В.К. Пучинский предложит и в одной из более поздних работ<sup>9</sup>. Эта, совершенно верная на наш взгляд точка зрения, будет высказана вопреки широко распространённому подходу, который относит к косвенным доказательства, имеющие с главным фактом «многозначную связь».

К слову, подход к разделению доказательств на прямые и косвенные в зависимости от вида устанавливаемого ими факта сложился в английской юриспруденции. На это обращает внимание профессор Пучинский в другой, ставшей уже сейчас классической, работе – «Английский гражданский процесс». К сожалению, подробно рассмотреть эту книгу в

---

<sup>7</sup> Пучинский, В.К. Признание стороны... С. 33.

<sup>8</sup> Там же. С. 48-49.

<sup>9</sup> См., Пучинский, В. К. Понятие, значение и классификация судебных доказательств в российском процессуальном праве // Законодательство. – 2004. – № 12. (СПС «Гарант»).

рамках данной статьи, не представляется возможным<sup>10</sup>. Обратим лишь внимание на то, что в ней автор отмечает, что термин «*direct evidence*» применялся для обозначения не только прямых, но и непосредственных доказательств, или доказательств из первоисточника. В качестве противоположных в последнем случае будут «доказательства со слуха»<sup>11</sup>. Думается, что не редко в зарубежной литературе прямые доказательства воспринимаются как непосредственные в противовес всем остальным – косвенным (их ещё называют обстоятельственными доказательствами)<sup>12</sup>.

Вернёмся к рассмотрению работы «Признание стороны...». Если отличие признания фактов от признания иска и правоотношений довольно очевидно, то отличие таких объектов признания как иск и правоотношение может показаться неясным. Однако при внимательном рассмотрении эта разница видна. Например, ответчик может признать, что он и истец связаны договорными правоотношениями. Иными словами, ответчик признаёт наличие правоотношений. Однако срок исполнения обязательства не наступил, поэтому во взыскании, скажем, договорной неустойки должно быть отказано. В такой ситуации есть «признание правоотношения, сочетающееся с оспариванием искового требования в целом». В.К. Пучинский подчёркивает, что «признание правоотношения как явление, отличное от признания иска, возможно лишь в случае предъявления исков о присуждении и исков преобразовательных»<sup>13</sup>. В исках о признании (автор называет их «установительными») такое признание невозможно. Причина ясна – суть таких исков как раз и заключается в признании судом наличия либо отсутствия правоотношения.

Также в анализируемой работе подробно описаны различные виды признаний (полное и частичное; простое и квалифицированное; судебное и внесудебное) и описаны процессуальные последствия судебного признания.

В завершении хотелось бы рассмотреть ещё одну значимую работу по доказательствам – научную статью «Оценка доказательств в российском гражданском и арбитражном процессуальном праве» (2005). В ней предложен оригинальный (правда, не бесспорный) взгляд на институт оценки доказательств. Под оценкой профессор Пучинский понимает лишь выявление достоверности, критерий которой один – это соответствие полученной информации реальной действительности. Выявление относимости не является оценкой потому, что «критерий относимости доминирует на этапе представления доказательств,

---

<sup>10</sup> О прямых и косвенных доказательствах, в частности, см. Пучинский, В.К. Гражданский процесс зарубежных стран / Под ред. В.В. Безбаха. – М.: «Зерцало», 2008. – С. 181.

<sup>11</sup> Там же. С. 182.

<sup>12</sup> Подробнее о проблеме разделения доказательств на прямые и косвенные в истории и доктрине см., напр., Смольников, Д.И. К вопросу о косвенных доказательствах (история и современность) // Законодательство. – 2015. – № 5. – С. 60-69.

<sup>13</sup> Пучинский, В.К. Признание стороны... С. 63.

когда глубокой проверки достоверности сведений не происходит», а «допустимость доказательств – проблема не фактического, а юридического уровня»<sup>14</sup>.

К оценке доказательств В.К. Пучинский не относил и проверку их достаточности. Во-первых, «оценка <...> не гарантирует суду представления суду исчерпывающих сведений об элементах предмета доказывания». Во-вторых, в условиях состязательности представление недостаточных доказательств влечёт только одно последствие – проигрыш процесса. Получается, что недостаточность доказательств не может автоматически привести к тому, что число доказательств будет умножено – представление дополнительных доказательств зависит от усмотрения сторон.

Предлагая такой подход к оценке доказательств, профессор Пучинский, вероятно, исходил из того, что оценка доказательств – это сфера дискреционных полномочий суда. Дискреция же возможна лишь в случае с достоверностью, поскольку реально произошедшие события не известны и именно суду предстоит решить, установлены ли искомые события на основе доказательств. При этом достаточность, на наш взгляд, встроена в критерий достоверности. Без неё невозможно говорить о достоверности, поскольку она – условие правильного вывода о достоверности. Только при наличии достаточных доказательств можно прийти к выводу о достоверности доказательств, поскольку именно система доказательств даёт яркое и отчётливое представление о прошедших событиях. Если же доказательств мало, то и вывод об их достоверности будет вероятным, противоречивым и сомнительным (а то и вовсе невозможным), поскольку картина события останется неясной.

В.К. Пучинский последовательно проводит мысль о наличии промежуточной оценки доказательств, одна из задач которой – выявление тех доказательств, которые суд рекомендует представить сторонам. Такие доказательства профессор разделяет на две группы. В первую входят «обязательные, или предустановленные, доказательства», которые прямо предписаны нормами права или являются таковыми в силу сложившейся практики. Истребование доказательств, входящих в первую группу, учёный к оценочной деятельности также не относил. Вторую группу составляют доказательства, «качествами обязательности (предустановленности) заранее не наделенные, целесообразность их привлечения может целиком зависеть от результатов промежуточной оценки судом уже поступившей к нему информации»<sup>15</sup>.

Ещё один интересный вопрос – это оценка письменных доказательств, представляемых официальными органами. Профессор Пучинский верно обратил внимание на то, что

---

<sup>14</sup> Пучинский, В.К. Оценка доказательств в российском гражданском и арбитражном процессуальном праве // Хозяйство и право. – 2005. – № 6. – С. 31.

<sup>15</sup> Там же. С. 38.

«убедительность, к примеру, надлежаще оформленных документов учреждений, регистрирующих образование юридических лиц, право собственности на недвижимость, определённый круг сделок, гораздо весомее простых письменных доказательств, показаний свидетелей и т.п. При исследовании и оценке таких актов и документов незримо действующая презумпция перемещает обязанность их опровержения на тех участников производства, которым они невыгодны»<sup>16</sup>. Сейчас достоверность данных, в частности, публичных реестров – один из ключевых принципов гражданского оборота (абз. 2 п. 1 ст. 8.1, абз. 2 п. 2 ст. 51 ГК РФ).

В статье не раз ставится вопрос об особенностях оценки косвенных доказательств. Высказанные В.К. Пучинским суждения особенно ценны и потому, что исследование косвенных доказательств не столь популярно в современной процессуальной науке. Конечно, выделение особых правил оценки косвенных доказательств несколько условно, а зачастую бывает и ошибочно, поскольку такие особенные правила обычно могут быть сведены к общим правилам оценки<sup>17</sup>. Думается, следует признать, что прямые и косвенные – это различные «режимы доказательств»<sup>18</sup>, поскольку доказательство косвенное – термин во многом условный.

Так, профессор Пучинский пишет, что «оценка доказательств – определение судом правдивости изученных сведений о фактах, а при использовании косвенных доказательств – также выявление наличия или отсутствия взаимосвязей фактов доказательственных с главными»<sup>19</sup>. Выявление таких связей на практике наиболее трудно. Именно в такой особенности оценки доказательств скрыта одна из причин, «мешающих включению в этот предмет [доказывания – *прим. Д.С.*] улики, на состав которых влияют не нормы законодательных актов, а реально складывающаяся и практически всегда индивидуальная обстановка»<sup>20</sup>.

По мнению профессора Пучинского, оценка косвенных доказательств состоит из трёх элементов. Первый – это оценка достоверности «сведений об искомом побочном обстоятельстве». На этом этапе оценка косвенных доказательств не отличается от оценки доказательств прямых, что признаёт и сам автор. Второй этап: установление наличия либо отсутствия связи между доказательственным фактом и искомым юридическим фактом. В.К. Пучинский совершенно верно относит к этим связям не только причинную связь, но и иные

---

<sup>16</sup> Там же. С. 38.

<sup>17</sup> Об этом см., Смольников, Д.И. Теория и практика применения косвенных доказательств в гражданском судопроизводстве (на примере практики судов общей юрисдикции) // Мировой судья. – 2015. – № 9. – С.29.

<sup>18</sup> Wills, W. An essay on the principles of circumstantial evidence: illustrated by numerous cases. – 5th ed., Boston: The Boston Book Company, 1905. – P. 19.

<sup>19</sup> Пучинский, В.К. Оценка доказательств... С. 33.

<sup>20</sup> Там же. С. 31.

категории («совместимости или несовместимости, временной последовательности, пространственной привязки событий»). Данный этап, по нашему мнению, судья «проходит» при решении вопроса об относимости любых доказательств (ведь решая этот вопрос, суд исследует связь искомых фактов, обстоятельств с теми, что устанавливаются доказательствами). В случае с косвенными этот процесс, разумеется, более сложный. Это объясняется тем, что, например, на начальном этапе судебного разбирательства, когда доказательств недостаточно<sup>21</sup>, связь может показаться весьма отдалённой и малозначительной. В любом случае, выявление этих связей – прерогатива логики, а не усмотрения суда.

Третий этап заключается в определении достаточности косвенных доказательств, поскольку одного косвенного доказательства недостаточно для «уверенного вывода относительно главного юридического обстоятельства»<sup>22</sup>. Этот этап, видимо, тоже достаточно условный, поскольку вряд ли суд может вынести решение на основании одного прямого доказательства. Однако именно в ситуации с косвенными доказательствами эта проблема встаёт наиболее остро.

Получается, что выявление связей фактов и определение достаточности – ключевые особенности оценки косвенных доказательств. Эти этапы оценки судья проходит и при исследовании прямых доказательств. Однако в случае установления фактов на основе косвенных доказательств суду следует уделять особое внимание этим особенностям.

«Тест» на подлинную научность трудов проводит время. Небольшое исследование работ В.К. Пучинского в области доказательств, представленное в этой статье, показало, что научное наследие профессора это испытание прошло. С момента издания монографии «Признание стороны...» один лишь гражданский процессуальный кодекс поменялся трижды (в 1964, 1995 и 2002 годах). В скором времени должна быть завершена очередная законодательная реформа, в результате которой планируется принятие единого кодекса гражданского судопроизводства. Однако поставленные в этой монографии вопросы (в частности, какова сущность судебного признания, каковы пределы проверки признания, что является объектом признания) и предложенные на них ответы сейчас по-прежнему актуальны. А учение о косвенных доказательствах профессора Пучинского в отечественной юриспруденции является по-настоящему уникальным.

---

<sup>21</sup> К сожалению, пока требование о заблаговременном представлении всех доказательств работает лишь в арбитражном процессе (ч. 3 ст. 65 АПК РФ). Да и оно наталкивается на серьёзное противодействие со стороны судов. Подробнее см., Протокол №8 Заседания секции арбитражного процессуального законодательства Научно-консультативного совета при ВАС РФ от 05.10.2011 // [Электронный ресурс] URL: [http://www.arbitr.ru/upimg/AC17CABAF3D92B45D7CFA1A7AFBA54E3\\_prot8.pdf](http://www.arbitr.ru/upimg/AC17CABAF3D92B45D7CFA1A7AFBA54E3_prot8.pdf) (дата обращения – 19.09.2015).

<sup>22</sup> Там же. С. 39.



## Предмет акционерного соглашения

**М. В. Трубина**

*Соискатель кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
117198, Российская Федерация, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6.*

В статье рассматривается особенность предмета акционерного соглашения как гражданско – правового договора.

**Ключевые слова:** акционерное соглашение, предмет договора, объект договора, обязательство, акции.

В мировой практике сегодня не существует единообразных решений в сфере регулирования акционерных соглашений, они часто признаются лишь на доктринальном и практическом уровне. При этом, многообразие подходов к определению предмета акционерных соглашений обуславливает необходимость выработки определённых критериев для установления предмета акционерного соглашения. Решение проблемы определения предмета акционерных соглашений имеет большое значение для развития данного института, поскольку категория предмета договора, как один из принципиальных критериев дифференциации договоров в гражданском праве<sup>1</sup>, позволяет отграничить акционерные соглашения от иных видов договоров, а, следовательно, определить наиболее эффективный для них правовой режим, включая такие элементы, как права и обязанности сторон соглашения, ответственность за нарушение обязательств, меры по обеспечению обязательств и другие.

Понятие предмета договора может быть сформулировано лишь в сопоставлении, сравнении с понятием «объект правоотношения» (в случае, когда договор рассматривается как обязательственное правоотношение) и «условие договора» (в случае, когда договор рассматривается как документ). Непосредственно в тексте ГК РФ используются понятие «предмет договора» и «объект договора», которые, по сути, терминологически направлены на словесное выражение разных аспектов правового явления, которым выступает в данном случае гражданско-правовой договор. В доктринальном плане существует трихотомия природы гражданско-правового договора, который рассматривается как сделка, правоотношение и документ. При этом, если понятие «предмет договора» используется, главным образом, для идентификации гражданско-правового договора как сделки, то в случае, если под гражданско-правовым договором понимается непосредственно порождаемое договором правоотношение, то речь идёт уже не о «предмете», а об «объекте»

---

<sup>1</sup> В качестве системообразующих признаков гражданско-правовых договоров в цивилистике выделяют такие, как направленность договора, субъектные особенности договора, предмет договора и возмездность (безвозмездность) договора. Такая классификация приводится в работе Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве. – М.: Юрист, 2001.

договора, поскольку, с точки зрения теории правоотношений, то, по поводу чего возникает правоотношение, именуется объектом.

В теории правоотношений отмечается многообразие явлений, на которые могут быть направлены права и обязанности субъектов. Иными словами, «явления (предметы) окружающего нас мира» (С.С. Алексеев), «реальное благо» (В.В. Лазарев и С.В. Липень) в обобщённом виде проявляются в следующих видах: материальные и нематериальные блага; поведение; результаты поведения участников правоотношений. Последняя группа – результаты поведения – выделяется, в частности, В.К. Бабаевым, наряду с поведением<sup>2</sup>.

В цивилистике также широко распространено понимание объекта гражданских правоотношений именно как поведения их участников. А материальные и нематериальные блага рассматриваются в качестве объектов субъективных гражданских прав. Так, по мнению А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого, «в качестве объекта гражданского правоотношения выступает поведение его субъектов, направленное на различного рода материальные и нематериальные блага»<sup>3</sup>. Понимание объекта правоотношения как действий обязанных лиц обосновывается также в работах О.С. Иоффе<sup>4</sup> и других авторов.

В случае, когда под объектом гражданского правоотношения понимаются материальные или нематериальные блага, по поводу которых возникают гражданские права и обязанности, это ведёт к отождествлению понятий «объект гражданских прав» и «объект гражданского правоотношения». Очевидно, что данные понятия не совпадают и, по нашему мнению, недопустимо смешивать данные понятия, так как это противоречит сущности понятий «объект гражданских прав» и «объект гражданских правоотношений». Гражданское законодательство оказывает влияние именно на поведение участников соответствующих правоотношений, в то время как для непосредственно материальных и нематериальных благ действие норм гражданского законодательства в силу естественных причин оказывается безразличным. Материальным (либо нематериальным) объектом поведения (непосредственных действий или бездействия участников) являются соответственно определённые материальные и нематериальные блага. Отсюда в цивилистике различаются материальный объект договора, юридический объект договора и волевой объект договора (О.С. Иоффе).

Соответственно, предмет договора-сделки – это унифицированная модель обязательства сторон, включающая в себя указание на: 1) материальный или нематериальный объект, 2) конкретные действия (бездействие) либо способы и особенности

---

<sup>2</sup> Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. – М., 2003. – С. 427 – 428.

<sup>3</sup> Гражданское право. Ч. I: Учебник / Под ред. Ю.К. Толстого. А.П. Сергеева. М., 1996. - С. 78.

<sup>4</sup> Избранные труды: Правоотношение по советскому гражданскому праву. В 4-х томах. Т. 1 / Иоффе О.С. - С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2003.

действий (или бездействия) обязанных лиц в отношении этих объектов. Предметом договора-обязательства выступают действия (или бездействие) его участников, возникающие в связи с заключением договора. Соответственно, понятие предмета договора как обязательства совпадает с понятием объекта правоотношения.

Акционерное соглашение как гражданско-правовой договор воплощает в себе определённую модель обязательств его участников, содержащую указание на акции (материальный объект), а также способы и особенности осуществления акционерами своих прав на акции или вытекающих из владения акциями, т.е. конкретные действия (бездействие, включая ограничение действий), которые стороны обязуются совершить либо воздержаться от их совершения (юридический объект). Соответственно в ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» прямо говорится о предмете акционерных соглашений как об «обязательствах» (юридический объект), обусловленных акциями определённого акционерного общества (материальный объект). Так, согласно ч. 2 ст. 32.1 предметом акционерного соглашения не могут быть обязательства стороны акционерного соглашения голосовать согласно указаниям органов управления общества, в отношении акций которого заключено данное соглашение.

Особенностью предмета акционерного соглашения является то, что оно предполагает не непосредственное осуществление прав акционеров, а такую модель поведения акционеров, которая содержит выбор определённого способа осуществления прав акционеров в будущем или условий осуществления этих прав, либо условий, до наступления которых права не будут осуществляться. В сущности, речь идёт об определённых самоограничениях прав акционеров, которые облекаются в форму обязательства. Таким образом, по своей сути предмет акционерного соглашения предполагает определённый вариант самоограничения прав акционеров как с точки зрения выбора способа осуществления прав, так и с точки зрения отказа от определённых способов осуществления прав, либо установления специальных или дополнительных условий, при которых будут осуществляться соответствующие права.

Легальные определения акционерных соглашений прямо указывают на то, что их предметом являются способы и особенности осуществления прав акционеров, которые удостоверены акциями, или права на акции. При этом, именно акции являются материальным объектом договора, а не соответствующие права, что подчеркивается и в легальном определении акционерных соглашений в российском законодательстве. В этой связи недооценка и неверное толкование правовой природы акций как ценных бумаг приводит некоторых исследователей к ложным выводам относительно понимания предмета акционерных соглашений.

Во-первых, акции являются ценными бумагами, при этом, вне прав, которые заключены в них или следуют из владения ими, не имеют никакой юридической ценности, являясь просто записью в реестре акционеров.

Во-вторых, именно сами акции в соответствии со ст.128 ГК РФ являются самостоятельным объектом гражданских прав. Имущественные права, согласно ст. 128 ГК РФ, также могут быть объектом гражданских прав. Однако в данном случае речь идёт о комплексе прав, т.е. прав, удостоверенных акциями, и прав на акции. Передача прав по акциям означает одновременную передачу самих акций, что влечёт возникновение соответствующих прав у нового владельца. Так, в соответствии с ч.3, ст. 29 ФЗ N 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» от 22.04.1996 (ред. от 06.04.2015), указано, что права, закрепленные эмиссионной ценной бумагой, переходят к их приобретателю с момента перехода прав на эту ценную бумагу.

В-третьих, акции предоставляют их владельцу комплекс не только имущественных, но и неимущественных прав в отношении соответствующего акционерного общества.

И, наконец, в-четвёртых, связь акции как юридической формы фиксации (удостоверения) имущественных прав её владельца и собственно имущественных прав, удостоверенных акцией, неразрывна, так как носит взаимообусловленный характер. Например, в соответствии с п.1 ст.358.15 ГК РФ, залог прав акционера осуществляется посредством залога принадлежащих акционеру акций этого общества.

Кроме того, объем прав акционера зависит как от вида принадлежащих ему акций (обыкновенные или привилегированные), так и от размера доли принадлежащих данному акционеру акций. С увеличением доли владения акциями определенного общества увеличивается объем принадлежащих конкретному акционеру прав. При этом, каждая обыкновенная акция общества в отдельности предоставляет акционеру - ее владельцу одинаковый объем прав (п.1, ст.31 ФЗ «Об акционерных обществах»). Используя экономическую терминологию, права по акциям являются переменной величиной (зависят от размера доли в уставном капитале общества), сама акция – постоянной величиной (предоставляет одинаковый объем прав). Указанная зависимость также является аргументом в пользу признания именно акций в качестве материального объекта предмета акционерного соглашения. Так, в редакции ФЗ «Об акционерных обществах» от 28.12.2013 года (п.3, ст.32.1) имелось положение о том, что акционерное соглашение должно быть заключено в отношении всех акций, принадлежащих стороне акционерного соглашения, однако, в соответствии с Федеральным законом от 05.05.2014 N 99-ФЗ, данное положение в утратило силу с 1 сентября 2014 года. Следовательно, по логике законодателя теперь при заключении акционерного соглашения нет строгой зависимости между пакетом акций, принадлежащих

акционеру и объемом его прав. Условно говоря, владелец крупного пакета акций может присоединиться к акционерному соглашению миноритариев и заключить акционерное соглашение лишь на часть имеющихся акций, то есть на иной объем прав, чем у него имеется.

Соответственно, в качестве материального объекта предмета акционерного соглашения следует рассматривать именно акции, а не обусловленные ими права как имущественного, так и неимущественного характера. Таким образом, материальный объект предмета акционерного соглашения – это принадлежащие стороне акционерного соглашения акции, обуславливающие комплекс имущественных и неимущественных прав, и в отношении которых сторонами соглашения устанавливаются юридические обязательства по осуществлению соответствующих прав определенным образом или с определенными особенностями.

Обязательства стороны акционерного соглашения об осуществлении определённых прав в отношении всех или части принадлежащих данной стороне акций образуют юридический объект предмета акционерного соглашения. Акционер, заключающий соглашение, выступает в качестве должника в части осуществления своих прав, так как принимает на себя обязательства по осуществлению принадлежащих ему прав определённым в соглашении способом или на определённых условиях. В этом проявляется важная особенность предмета акционерных соглашений, так как «осуществление права» выступает в данном случае в качестве обязанности, принимаемой на себя стороной соглашения. Речь, конечно же, идёт не о непосредственном осуществлении права, а об обязанности осуществлять право лишь тем способом и с учётом тех особенностей, которые определены в акционерном соглашении. Сама возможность такого установления правил осуществления прав акционера - как имущественных, так и неимущественных - прямо вытекает из права собственности на акции, которое как раз и осуществляется собственником акций в случае заключения акционерного соглашения.

Рассматриваемая особенность предмета акционерного соглашения затрагивает одну из фундаментальных проблем развития современной цивилистики, которая состоит в наличии практически обусловленного конфликта традиционных подходов к толкованию понятия «осуществление прав» и потребностей гражданского оборота, который тяготеет к расширению данного понятия через разработку категории «право на осуществление прав», включая такие аспекты данного правового понятия, как масштаб и пределы свободы осуществления права, ограничение право- и дееспособности в договорном порядке и др., и отсутствии в настоящее время теоретических и законодательных условий для решения данного конфликта.

## Правовая природа существенного изменения обстоятельств в теории зарубежного и отечественного права

**О. О. Фалилеев**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
117198, город Москва, улица Миклухо-Маклая, дом 6.  
E-mail: Falileev-oleg@yandex.ru*

Исследование развития правовой природы категории «существенное изменение обстоятельств» со времен Древнего Рима по настоящее время, а также анализ закрепления данной категории в международном и отечественном законодательстве.

**Ключевые слова:** Существенное изменение обстоятельств, Правовая природа.

Категория «существенного изменения обстоятельств» не является новой для европейской (континентальной) правовой семьи, поскольку уже в Древнем Риме были разработаны некоторые основополагающие договорные правила: *pacta sunt servanda* (договоры должны соблюдаться) и *rebus sic stantibus* (оговорка о неизменности обстоятельств). Вышеназванные правила тесным образом были взаимосвязаны между собой, что определяло их достаточно широкое практическое применение.

Неизменность и устойчивость договоров в римском праве являлось одним из центральных принципов договорного права. Такой подход фиксировал «железное правило» реализации договоров со времени их заключения. Однако, на практике, применение показанного подхода приводило к спорным результатам, оказывая порой отрицательное влияние на динамику правоотношений. В процессе формирования римского права юристы стали обращать внимание на изменение внешних фактических обстоятельств, неразрывно связанных с первоначальными условиями договора, и исполнением договорных обязательств.

Во Французском Гражданском Кодексе не была закреплена доктрина существенного изменения обстоятельств. Ст. 1134 ФГК (Code Civil), устанавливающая принцип святости договора является основной причиной негативного отношения французских судей к возможности освобождения должника от ответственности по договору, с целью его приспособления к изменившимся объективным социально-экономическим реалиям<sup>1</sup>. Тем самым, Франция является единственной страной континентальной европейской правовой системы с развитым правопорядком, в которой крайне сложно отступить от исполнения договорных обязательств в результате существенного изменения обстоятельств. Следует отметить, что последние законодательные инициативы, выдвинутые властями Франции и широко поддержанные французскими цивилистами, указывают на постепенные позитивные

---

<sup>1</sup> Зейц А.Г. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров (*clausula rebus sic stantibus*) // Вестник гражданского права. 2013. Том 13. № 5. С. 227.

изменения в названном направлении.

В отличие от французского права, положения Гражданского Кодекса Италии прямо предусматривают возможность расторжения договора в случае наступления обстоятельств, которые крайне отрицательно сказываются на исполнении лежащего обязательства должником (*ecesiva onerosita*) (ст. 1467 Гражданского Кодекса Италии).

Наибольшую разработку проблема существенного изменения обстоятельств получила в немецкой цивилистике, а именно в доктрине «отпадения основания сделки» (*Störung der Geschäftsgrundlage*)<sup>2</sup>, разработанной на основании ключевых теорий Б. Виндшайда и П. Эртманна<sup>3</sup>. Случаи существенного изменения обстоятельств стали предметом многочисленных судебных разбирательств в Германии после начала Первой мировой войны<sup>4</sup>. В отсутствие прямого закрепления концепции *Störung der Geschäftsgrundlage* суды признавали исполнение договорных обязательств невозможным со ссылкой на §275 и §242 ГГУ<sup>5</sup>. Вопросы, связанные с существенным изменением обстоятельств в праве ФРГ, не имели прямого законодательного регулирования, до реформы обязательственного права в ФРГ в 2001 г. Несмотря на это, суды в Германии разработали свои подходы к решению указанных вопросов и приобрели существенный опыт в применении концепции отпадения основания сделки (*Störung der Geschäftsgrundlage*)<sup>6</sup>.

В настоящее время, немецкое законодательство отдает приоритет «приспособлению» договора (*Anpassung des Vertrags*), предоставляя также его сторонам возможность расторжения договора в случае невозможности его изменения или в случае, когда для одной из сторон новые условия будут неприемлемыми. Немецкие суды исторически отдавали приоритет сохранению договора посредством внесения соответствующих изменений, прибегая к решению о расторжении договора только в крайних случаях<sup>7</sup>. Отличительной особенностью немецкого правопорядка в подходе к проблеме существенного изменения обстоятельств является учет существенных изменений, как в объективной, так и в

<sup>2</sup> Вячеслав Ф.А. Распределение рисков в механизме обеспечения сторон договора в случае существенного изменения обстоятельств // Юрист. 2007. № 2.

<sup>3</sup> Кашанин А.В. Кауза сделки в гражданском праве: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 190–191.

<sup>4</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 263. обстоятельный обзор дискуссии проблематики концепции *clausula rebus sic stantibus* в немецкоязычной литературе в свете последствий Первой мировой войны см.: Зейц А.Г. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров (*clausula rebus sic stantibus*) // Вестник гражданского права. 2013. Том 13. № 5. С. 218–224.

<sup>5</sup> Hannes Rossler. Op. cit. P. 488; Rivkin David R., Op. cit. P. 182; См. также тексты решений немецких судов со ссылками на положения §242 ГГУ в следующей работе: Markesinis B.S., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 797–799, 801–803, 805–811, 824–826.

<sup>6</sup> См. подробнее: Markesinis B.S., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract: A Comparative Treatise. 2nd ed. Hart Publishing, 2006. P. 320–323, P. 793–826; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 262–264.

<sup>7</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 263. Подробнее о применении доктрины восполнения пробелов в договоре в немецком праве (*ergänzende Vertragsauslegung*) см.: Markesinis B.S., Unberath H., Johnston A. Op. Cit. P. 140–141; Cases, Materials and Text on Contract Law. P. 749–752; Байрамкулов А.К. Основы учения о восполнительном толковании гражданско-правового договора // Вестник гражданского права. 2014. № 2. (СПС «КонсультантПлюс»).

субъективной основе сделки. По немецкому законодательству, заинтересованной стороне в случае отпадения основания сделки, предоставляется не только право требовать адаптации договора полностью или в части, но и возможность прекращения договора в случае невозможности или неприемлемости указанной адаптации.

В Нидерландах положения статей 6:258, 6:259 и 6:260 Гражданского кодекса Нидерландов прямо регулируют случай существенного изменения обстоятельств. Возможность применения указанных положений Гражданского кодекса Нидерландов обусловлена наличием двух основополагающих критериев: непредвидимость обстоятельств и степень неприемлемости дальнейшего исполнения договора заинтересованной стороной в свете новых обстоятельств.

Таким образом, ведущие развитые западноевропейские правопорядки континентальной системы права признают в различной степени возможность изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств, наличием крайних затруднений в исполнении.

Английское право традиционно исходит из абсолютного принципа исполнения договорных обязательств<sup>8</sup>. Английские суды применяют концепцию, в определенной степени напоминающую германскую доктрину отпадения основания сделки, освобождая заинтересованные стороны от дальнейшего исполнения договорных обязательств (доктрина *frustration of contract* или доктрина «тщетности договора»). В случае применения в конкретном деле доктрины «тщетности договора» (*frustration of contract*) лишь освобождают обе стороны от дальнейшего исполнения обязательств по договору<sup>9</sup>, так как в соответствии с положениями общего права (*common law*) суды не вправе адаптировать положения договора к изменившимся обстоятельствам<sup>10</sup>.

В праве США выделяют случаи, когда обстоятельства делают исполнение договора невозможным (*impossibility*), крайне затруднительным (*impracticability*) или бессмысленным и бесцельным (*frustration*). В праве США дополнительно к английской доктрине «тщетности» договора выделяют случаи, когда обстоятельства делают исполнение договора невозможным (*impossibility*) или крайне затруднительным (*impracticability*) (§261 Свода (второго) 44 договорного права 1981 г. (*Restatement 2d, Contracts*) и §2-615 Единообразного торгового кодекса, соответственно). Определение же бесцельности и бесполезности (*discharge by supervening frustration*) содержится в § 265 Свода (второго) договорного права

---

<sup>8</sup> Stone R. *The Modern Law of Contract*. 5th ed. Cavendish Publishing Limited. 2002. P. 385–386.

<sup>9</sup> Anson's *Law of Contract*. Eds. Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright. 29th ed. Oxford University Press. 2010. P. 498.

<sup>10</sup> *Hirji Mulji v. Cheong Ye SS Co. Ltd.*, [1926] A.C. 497, at 505. *Momberg Uribe R.A.* Op. cit. P. 160; *McKendrick E.* Op. cit. P. 264; *Cartwright J.* Op. cit. P. 257; *Cases, Materials and Text on Contract Law*. Eds. Hugh Beale, Benedicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon and Stefan Vogenauer. 2nd ed. Hart Publishing. 2010. P. 1124.



1981 г. (Restatement 2d, Contracts)<sup>11</sup>. В США, суды чаще освобождают стороны от исполнения обязательств со ссылкой на крайнюю затруднительность дальнейшего исполнения договора.

Несмотря на исторически сложившееся негативное отношение судов в Англии и в США, современные тенденции и изменения последних лет (например, введение Акта о тшечных договорах 1943 г. в Англии, закрепление положений о «непрактичности» в § 2-615 Единообразного торгового кодекса США, и др.) свидетельствуют об изменениях в подходах к возможности расторжения или изменения договора в связи с существенным изменением обстоятельств. Тем не менее, в отличие от развитых правовых систем европейской континентальной системы права суды в Англии и США предъявляют гораздо более жесткие требования при оценке существенности изменения обстоятельств, что позволяет отнести указанные юрисдикции к так называемым «закрытым» юрисдикциям. В зависимости от гибкости подходов к признанию и применению института существенного изменения обстоятельств наиболее развитые современные правовые системы можно условно разделить на «адаптивные» (ФРГ, Австрия, Нидерланды, Италия) и «неадаптивные» (Франция, Англия, США).

Сравнительно-правовой анализ законодательства стран-членов СНГ дает основания полагать, что для гражданского законодательства большинства из них характерна рецепция нормы ст. 451 ГК РФ. Так в ст. 398 Гражданского кодекса Грузии, в ст. 421 Гражданского кодекса Беларуси, в ст. 652 Гражданского кодекса Украины содержатся аналогичные пункты, которые совпадают по смыслу и даже стилистически с содержанием ст. 451 ГК РФ.

В ст. 404 Гражданского кодекса Казахстана допускается односторонний отказ от исполнения обязательств в случае признания другой стороны банкротом<sup>12</sup>. Однако в нашем законодательстве нет норм, содержащих положение о расторжении договора в случае признания одной из сторон банкротом. Данный пробел восполняет судебная практика, которая допускает возможность признания в качестве существенного изменения обстоятельств признание только обеих сторон договора банкротами<sup>13</sup>. Российский Гражданский кодекс, следуя общемировой практике, предусматривает в ст. 451 возможность расторжения или изменения договора вследствие существенного изменения обстоятельств. В соответствии с положениями действующей редакции ст. 451 ГК РФ для того, чтобы какое-либо изменение обстоятельств было отнесено к категории существенных, требуется наличие одновременно и в совокупности четырех условий<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 278.

<sup>12</sup> См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан. –СПб., 2002.

<sup>13</sup> Определение ВАС РФ от 26.01.2009 № 378/09.

<sup>14</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 6 октября 1998 г. № 249/98 (СПС «КонсультантПлюс»).

Таким образом, институт существенного изменения обстоятельств в том виде, в котором он закреплен в действующей редакции ст. 451 ГК РФ концептуально следует моделям современных западноевропейских кодификаций и негосударственных сводов частного и договорного права. Таким образом, исходя из вышеизложенного анализа положений зарубежного и отечественного законодательства, негосударственных сводов частного и договорного права, можно заключить, что признание и применение на практике учения *clausula rebus sic stantibus* является общераспространенной тенденцией.

## Источники правового регулирования доказательств в гражданском судопроизводстве Гонконга, Сингапура и Малайзии

**В. А. Черепанов**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Юридического Института Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: [vlad21prof@mail.ru](mailto:vlad21prof@mail.ru)*

В статье рассматривается вопрос об источниках правового регулирования доказательств в гражданском процессе Гонконга, Сингапура и Малайзии: статуты; делегированное законодательство и судебные прецеденты.

**Ключевые слова:** источник, доказательства, Гонконга, Сингапур, Малайзии, статут, делегированное законодательство, судебные прецеденты, гражданский процесс.

Прежде чем приступить к изучению конкретных норм о доказательствах, необходимо определиться с источниками их правового регулирования. В своей научной работе Ермакова Е.П. выделила три группы источников в гражданском процессуальном праве Гонконга, Сингапура и Малайзии: (1) статутное право; (2) делегированное законодательство (подзаконные акты); (3) прецедентное право.<sup>1</sup> Полагаем, данная классификация может быть использована и при изучении источников доказательственного права Гонконга, Сингапура и Малайзии.

**Гонконг.** Вплоть до XIX века Гонконг являлся территорией Китая, служившей военно-морской базой. Однако в результате военных конфликтов с Великобританией в 1898 г. территория Гонконга была передана китайскими властями Великобритании в аренду на 99 лет. В 1997 г. состоялась торжественная церемония возвращения Гонконга под юрисдикцию Китая. По условиям передачи в Гонконге должны действовать две системы права: (1) существовавшие до 1997 г. нормы общего (прецедентного) права и (2) право КНР (в отношении внешней политики и обороны).<sup>2</sup>

Существенное влияние Великобритании на развитие гонконгского законодательства не могло не отразиться и на доказательственном праве региона. Основным статутом, регулирующим вопрос о доказательствах в уголовном и гражданском процессе, является Ордонанс Гонконга о доказательствах 1997 года (в ред. от 29.01.2015 г.), вобравший в себя положения законов Англии о доказательствах по гражданским делам 1968, 1972, 1995 годов. Имеются также другие статуты, дополняющие содержание Ордонанса Гонконга о доказательствах. Прежде всего, надо сказать о Билле о правах, утвержденном Ордонансом

---

<sup>1</sup> Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах. Монография. М., Юрлитинформ, 2015. С. 9

<sup>2</sup> Ермакова Е.П. Указ. соч. С. 9.

Гонконга в 1991 г.<sup>3</sup> Данный статут гарантирует основные права и свободы лица в рамках уголовного и гражданского судопроизводства. Ордонанс Гонконга о толковании и общих оговорках 1966 г. является основой законодательства Гонконга (в ред. от 03.03.2014 г.), содержащий в себе базовые термины и их толкование.<sup>4</sup> Важное значение для гражданского судопроизводства имеет также Ордонанс Гонконга о клятвах и заявлениях 1972 г.<sup>5</sup> Так, в статье 7 указано, что лицо, не желающее давать клятву (например, в силу своих атеистических убеждений), может дать заверение, что оно говорит правду.

Однако перечисленные статуты затрагивают не все вопросы доказательственного права. Отдельные процедурные моменты прописаны в делегированном законодательстве. Таковыми, в частности, являются Правила Окружного суда Гонконга 2000 г. (в ред. от 05.12.2014 г.) и Правила Высокого суда Гонконга 1997 г. (в ред. от 01.04.2015 г.). Основные положения о доказательствах сосредоточены в предписаниях 38-41А Правил Окружного суда Гонконга и Правил Высокого суда Гонконга.

Третьим источником регулирования доказательств является прецедентное право. В судебную систему Гонконга входят: 1) Апелляционный суд последней инстанции, являющийся высшей инстанцией; 2) Высокий суд, который состоит из Суда первой инстанции и Апелляционного суда; 3) Окружные суды; 4) Магистратские суды; 5) иные специализированные суды.<sup>6</sup> По мнению Алекса Лау и Ангуса Янга, в Гонконге обязательными являются акты только трех судов: Апелляционного суда Гонконга последней инстанции, Апелляционного суда и Суда первой инстанции Высокого суда Гонконга.<sup>7</sup> Важно также обратить внимание, что согласно ст. 84 Основного закона Гонконга 1990 г. суды вправе (но не обязаны) ссылаться на прецеденты других стран общего права.

Таким образом, влияние английского права во многом предопределило источники и содержание норм о доказательствах в праве Гонконга.

***Республика Сингапур.*** Развитие правовой системы Сингапура также во многом связано с влиянием Великобритании. В 1824 г. остров Сингапур был признан владением Британской империи по договору, разделившим Малайский архипелаг на английскую территорию на юге и голландскую на севере (Anglo-Dutch Treaty of 1824). Сингапур оставался внешне управляемым регионом вплоть до 1959 г., пока не был объявлен самоуправляемым государством в составе Британской империи. В 1963 г. по итогам референдума Сингапур

---

<sup>3</sup> Hong Kong Bills of Rights Ordinance – Cap. 383.

<sup>4</sup> Interpretation and General Clauses Ordinance - Cap. 1.

<sup>5</sup> Oaths and Declarations Ordinance – Cap. 11.

<sup>6</sup> См. ст. 81 Основного закона Гонконга 1990 г.

<sup>7</sup> Lau, K.L. Alex, Young, Angus The 2008 Declaration of Independence by Hong Kong Courts and Anomalies in the Hong Kong Company Law <http://www.clta.edu.au/professional/papers/conference2009/Lau.YoungCLTA09.pdf>

вошёл в Федерацию Малайзия вместе с государством Малайская Федерация. Однако из-за внутренних конфликтов августа 1965 года Сингапур провозгласил о своей независимости.

Таким образом, последние два столетия проходили для Сингапура под сильным влиянием метрополии. Об этом свидетельствуют Законы о гражданском праве 1878 и 1909 гг., которые установили применение английского права в Сингапуре во всех случаях, если отсутствовали местные нормы, а также ряд «Хартий правосудия» 1807, 1826, 1855 гг., сформировавших судебную систему страны.<sup>8</sup> В настоящее время действует Закон Сингапура о принятии английского права 1993 г. (в ред. от 01.03.2012 г.), согласно которому применимы только те парламентские акты Великобритании, которые перечислены в законе.<sup>9</sup> В случае противоречия норм английского и сингапурского права, приоритет должны иметь последние.

Однако в отличие от Гонконга в Сингапуре доказательственное право оказалось под сильным влиянием права Индии. Как отмечал Джеймс Ф. Стэфен, английское доказательственное право крайне несистемно и неупорядочено, допускает двусмысленность в толковании.<sup>10</sup> Заслуга Стэфена Дж. Ф. в том, что на основе норм английского права ему удалось создать для Индии (бывшей в то время колонией Великобритании) единый структурированный Закон о доказательствах 1872 года. По сути, в Законе изложены все те положения английского доказательственного права, которые существовали в теории, судебных прецедентах, отдельных. Положения индийского закона были восприняты многими, в том числе и Сингапуром, принявшим Закон о доказательствах в 1893 году.

Закон Сингапура о доказательствах является обязательным для всех государственных судов. Однако наряду с государственными в Сингапуре параллельно действует система Судов Шариата, рассматривающих в основном вопросы браков, разводов, раздела имущества супругов, уплаты алиментов.<sup>11</sup> Данный суд распространяет свою юрисдикцию только в отношении мусульман. Основой деятельности Судов Шариата является Закон о действии мусульманского права 1966 г. (в ред. от 01.01.2015 г.).<sup>12</sup> В соответствии со статьей 42 данного статута Суды Шариата должны учитывать и следовать принципам доказательственного права, действующего в Сингапуре. Но при этом, как отмечается в статье, они не обязаны следовать ему также строго как государственные суды.

В праве Сингапура имеются и другие статуты, дополняющие содержание Закона о доказательствах. Прежде всего, это Конституция Сингапура 1963 г. (в ред. от 01.01.2015 г.),

---

<sup>8</sup> Подробнее см. Ермакова Е.П. Указ. соч С. 8, 105.

<sup>9</sup> Application of English Law Act – Cap. 7A.

<sup>10</sup> James F. Stephen Introduction to the Indian Evidence Act I of 1872. P. 2, 7.

<sup>11</sup> Kevin YL Tan, The Singapore Legal System, Singapore University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1999 (Reprint 2003). P. 278.

<sup>12</sup> Administration of Muslim Law Act – Cap. 3.

определяющая в Части IV основные права и свободы. Так, статья 12 устанавливает равенство всех лиц перед законом и их равную защиту. По аналогии с Гонконгом в праве Сингапура также имеется Закон о толковании, принятый в 1965 г. (в ред. от 01.01.2015 г.).<sup>13</sup> Другим важным нормативным актом является Закон о клятвах и заверениях 2000 г. (в ред. от 02.01.2011 г.).<sup>14</sup>

Помимо статутного права доказательства также регулируются подзаконными актами. Статьи 2 и 80 Закона о Высшем суде Сингапура 1969 г. (в ред. от 01.01.2015 г.) устанавливают, что порядок судебного производства должен определяться на основании Правил суда.<sup>15</sup> Данный документ был принят в 1996 г. и, по сути, стал гражданским процессуальным кодексом Сингапура. В гражданском производстве применяются и другие подзаконные нормативные акты, определяющие особенности судебного производства по отдельным категориям дел. Так, Правила о рассмотрении споров по семейным делам 2014 г. (в ред. 01.04.2015 г.) в разделах 33-38 устанавливают положения о доказательствах, по своей структуре схожие с Правилами суда Сингапура.<sup>16</sup>

Третьим источником правового регулирования доказательств являются судебные прецеденты. Если кратко описывать судебную систему Сингапура, то она выглядит следующим образом. Высшей судебной инстанцией является Верховный суд, в который входят Апелляционный суд и Высокий суд. Ниже идут так называемые подчиненные суды, куда входят Окружные и Магистратские суды. Имеется также ряд специализированных судов (по семейным делам, по банкротству, по делам несовершеннолетних и другие).<sup>17</sup> Как пишет сингапурский автор Леонард Гох Чун Хайэн, акты Верховного суда, Апелляционного суда и Высокого суда Сингапура являются прецедентными для всех остальных, то есть подчиненных судов. При этом обязательным будет не всё решение целиком, а только его мотивировочная часть «ratio decidendi».<sup>18</sup>

**Федерация Малайзия.** История Малайзии удивительно похожа на историю Сингапура. По уже упоминавшемуся Англо-Голландскому договору 1824 г. Нидерланды передали Англии Малакку.<sup>19</sup> В 1826 г. Малакка вошла в состав «Поселений проливов» («Straits Settlement»), находившихся под управлением Британской Ост-Индийской компании, а в 1867 г. обрела статус колонии в составе британской империи. Лишь только в 1957 г. по итогам двухлетней работы конституционной комиссии стран Британского содружества Малайская

<sup>13</sup> Singapore Interpretation Act – Cap. 1.

<sup>14</sup> Oaths and Declarations Act – Cap. 211.

<sup>15</sup> Supreme Court of Judicature Act – Cap. 322.

<sup>16</sup> Правила Сингапура о рассмотрении споров по семейным делам 2014 г. (Family Justice Rules – S 813/2014).

<sup>17</sup> Подробнее см. Ермакова Е.П. Указ. соч. С 113-117.

<sup>18</sup> Leonard Goh Choon Hian. Legal systems in ASEAN – Si. Chapter 2 – Sources of law.

[http://www.aseanlawassociation.org/papers/sing\\_chp2.pdf](http://www.aseanlawassociation.org/papers/sing_chp2.pdf)

<sup>19</sup> Там же.

Федерация, включавшая штаты на полуострове Малакка, провозгласила свою независимость.<sup>20</sup> В 1963 г. по итогам присоединения новых штатов Сабах, Саравак и Сингапур было образовано новое государство, известное в настоящее время как Федерация Малайзия.<sup>21</sup>

Влияние метрополии отразилось и на развитии внутреннего права страны. Согласно п. 1 ст. 3 Закона о гражданском праве Малайзии 1956 г. (в ред. от 01.01.2006 г.) на территории государства применяются положения общего права Англии, права справедливости и английские статуты, если они не противоречат местным нормам.<sup>22</sup> Обращают также на себя внимание и «Хартии правосудия» 1807, 1826, 1855 гг., заложившие основу современной судебной системы Малайзии.<sup>23</sup>

Доказательственное право Малайзии во многом схоже с правом Сингапура. Принятый в 1950 г. Закон Малайзии о доказательствах во многом основан на индийском Законе о доказательствах 1872 г. В то же время доказательственное право имеет определенную специфику, поскольку Малайзия является мусульманским государством. Помимо системы общего права в стране действуют положения мусульманских норм, основанных на Коране. Согласно ст. 121 Федеральной Конституции Малайзии 1957 г. (в ред. от 01.11.2010 г.) в стране существуют параллельно две системы судов: государственные и Суды Шариата.<sup>24</sup> Причем последние компетентны рассматривать только споры, возникшие между мусульманами. Для разрешения данных споров применяется специальный Закон о доказательствах в Судах Шариата 1997 г., распространяющийся только на указанные суды (ст. 2).

Приведенные выше статуты не являются единственными источниками правового регулирования. К примеру, Часть II Федеральной Конституции Малайзии 1957 г. (в ред. от 01.11.2010 г.) устанавливает основные права и свободы лица, в том числе устанавливает принцип равенства всех перед законом. В Законе Малайзии о толковании 1948 и 1967 гг. (в ред. от 01.01.2006 г.), так же как в Гонконге и Сингапуре, приводится толкование ряда терминов, имеющих значение для доказательственного права.<sup>25</sup>

Подзаконные акты представлены в законодательстве Малайзии рядом судебных правил. Прежде всего, речь идет о Правилах суда 2012 г., регулирующих производство в

---

<sup>20</sup> История Востока. В 6 т. Т. 6 : Восток в новейший период (1945-2000 гг.) / Гл. редкол.: Р.Б. Рыбаков и др.; М.: Издательская фирма «Восточная литература» РАН, 2008. С. 748.

<sup>21</sup> Ермакова Е.П. Указ. соч. С. 70.

<sup>22</sup> Civil Law Act - Act 67.

<sup>23</sup> Подробнее см. Ермакова Е.П. С. 72.

<sup>24</sup> Federal Constitution of Malaysia 1957.

<sup>25</sup> Interpretation Act – Act 388.

Высоком суде, Сессионных судах и Магистратских судах.<sup>26</sup> Положения о доказательствах в данном документе изложены в предписаниях 38-41. Кроме того, отдельные нормы о доказательствах включены в Правила Федерального суда 1995 г., Правила Апелляционного суда 1994 г. и Правила специализированных судов 1994 г.<sup>27</sup>

Поскольку Малайзия является государством, входящим в систему стран общего права, прецеденты также являются источником правового регулирования доказательств. Согласно Части IX Федеральной Конституции Малайзии 1957 г. судебная иерархия выглядит следующим образом 1) Федеральный суд, являющийся высшей апелляционной инстанцией; 2) Апелляционный суд, рассматривающий жалобы на акты Высоких судов; 3) Высокий суд Малайи, а также Высокий суд Сабах и Саравак; 4) подчиненные суды (Сессионные суды, Суды малых исков и другие). Как указывает малазийский автор Исмаил Ибрагим, прецедентными являются акты Федерального суда Малайзии, Апелляционного суда и Высоких судов.<sup>28</sup>

В отношении судебных прецедентов других стран общего права в Малайзии действует принцип, аналогичный Гонконгу и Сингапуру: судебные решения не обязательны, но могут быть учтены при разрешении спора, если не противоречат национальному законодательству. Так, в одном из дел Апелляционный суд Малайзии указал, что «решения Верховного суда Индии, конечно же, не обязывают никоим образом суд. Но когда такие решения касаются толкования положений закона, которые сходны в Индии и в этой стране, то такие решения заслуживают высочайшей степени доверия».<sup>29</sup>

\*\*\*\*

Проведенный краткий обзор истории Гонконга, Сингапура и Малайзии, а также отдельных нормативных актов и судебной практики, позволяет прийти к следующим выводам. Основными источниками регулирования доказательств во всех трех правовых системах являются специальные статуты, посвященные судебным доказательствам. Также положения доказательственного права регулируются подзаконными актами. Судебная система Гонконга, Сингапура, Малайзии независима. Поэтому принятые в других юрисдикциях судебные прецеденты, в том числе в отношении вопросов о доказательствах, не имеют обязательного характера. Однако если данные прецеденты касаются

---

<sup>26</sup> Rules of court 2012. <https://zulkiflihasan.files.wordpress.com/2008/06/rules-of-court-2012-01-07-2012.pdf>

<sup>27</sup> Rules Of The Federal Court 1995, Rules Of The Court Of Appeal 1994, Rules of the Special Court 1994. Текст правил находится на официальном сайте Главного судебного распорядителя: <http://www.kehakiman.gov.my/en/node/530>.

<sup>28</sup> Ismail, Ibrahim. Judicial Certainty and Creativity: An Evaluation of Stare Decisis. Malaysian Journal of Law and Society. 2004. № 8. P. 82.

<sup>29</sup> Решение Апелляционного суда Малайзии по делу Meelamchan & Anor v Public Prosecutor [1962] MLJ 213, at p.215 (CA). Цит. по решению Высокого суда в Малайи по делу Civil Suit S22-196-2003



правоотношений, имеющих схожее с национальным законодательством правовое регулирование, то такие прецеденты могут быть признаны судом заслуживающими доверие.

## Китайская гражданско-правовая наука в период между концом династии Цин и началом Китайской Республики

**Чжан Лянвэй**

*Аспирант Кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
ул. Миклухо-маклая, 6, Москва, Россия, 117198*

В статье рассматривается наука гражданского права в КНР между концом династии Цин и началом Китайской Республики, в том числе её развитие и влияние.

**Ключевые слова:** наука гражданского права, законодательство, династия Цин, право Китайской Республики.

С 1840 года, после опиумной войны, Китай постепенно приходил в упадок, замыкаясь в рамках полуколониального и полуфеодального общества. Национальный кризис, усиливавшийся день ото дня, вынуждал идейных, целеустремленных людей искать меры, чтобы спасти родину и сделать свою страну могущественной. Необходимость изменения основных законов, изучение западного права стали целями, в достижении которых сложилось единство мнений у власти и народа в то время. 1899 года Кан Ювэй(康有为) указал в «шестом письме к императору династии Цин»: «законы накапливаются уже длительное время, и вред от этого обязательно будет нарастать, поскольку не бывает, чтобы право более более ста лет оставалось неизменным».<sup>1</sup> В связи с этим было предложено учредить «юридическое бюро», «собирать законы из Рима, Англии, Америки, Франции, Германии, Японии», создать отрасли «гражданского права, торгового права, муниципального права, морского права, процессуального права, воинские уставы, международное публичное право и так далее».<sup>2</sup> Императрица Цыси (慈禧), подвергаясь давлению складывавшегося положения, также нельзя не могла не признать, что «в общем и целом, застой в праве вреден, и этот вред требует устранения», «если право не меняется, то и дурные привычки не разрушаются». Воодушевленная страстным желанием перемен, она призвала «обсудить правовую реформу»<sup>3</sup> и предложила изучить западные законы, не просто изучить их поверхностно, но изучить их происхождение.<sup>4</sup> В 1903 году правительство династии Цин создало специальную юридическую комиссию по реформе законодательства, а затем

---

<sup>1</sup> Тан Чжицзюнь. Сборник публицистики Кан Ювэй. Шанхай, 1981. Стр. 212. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 汤志钧：《康有为政论集》，中华书局1981年版，上册

<sup>2</sup> Тан Чжицзюнь. Сборник публицистики Кан Ювэй. Шанхай, 1981. Стр. 215. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 汤志钧：《康有为政论集》，中华书局1981年版，上册

<sup>3</sup> Чжу Шоупэн. Запись Дунхуа династии Гуансюй. Шанхай, 1958. Стр. 4601-4602. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 朱寿朋：《光绪朝东华录》，中华书局1958年版，第5册

<sup>4</sup> Чжан Цзиньфань. Традиция законодательства КНР и трансформация новой эпохи. Пекин, 1997. Стр. 435. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社

назначило Шэнь Цзябэнь (沈家本) и У Тинфана (伍廷芳) министрами, отвечающими за реформу права. Они вели напряженную работу с тем, чтобы «учитывать в китайской реформе права законы из разных стран», «принимать законы, построенные на принципах, общих с теми, которые лежали в основе права иностранных государств<sup>5</sup>. Курс на изменение основ законодательства стал безальтернативным для многострадального китайского народа, стремящегося сделать страну могущественной.

Шэнь Цзябэнь (沈家本) считал, что «устанавливать в Китае правовое регулирование, сходное с тем, которое сложилось в иностранных государствах, - это основная цель государства». Он выступал за изучение иностранного права в Китае, за использование зарубежного нормотворческого опыта; он обращал внимание на то, что «для понимания иностранного права необходимо исследовать западную науку права, особенно необходимо переводить западные учебники пра<sup>6</sup>. По существу, его суждения концентрировали внимание на фундаментальных тезисах реформы права в Китае: «поддерживать державу», «понимать западное право», «изучать зарубежное право», «переводить западные учебники права», акцентируя внимание на вопросах гражданского права романо-германской правовой системы. Он считал целесообразным изучать в Китае римское право, гражданское и торговое право европейских стран, полагая, что плоды, приносимые осуществлением такого подхода, приведут к укоренению и последующему расцвету правовой науки в Китае.<sup>7</sup>

Развитие науки гражданского права с конца династии Цин началось с опубликования переводов на китайский язык европейских законодательных актов, осуществленных правоведом из Франции Villedieu'ом. Были переведены французские гражданский и торговый кодексы. Начиная с 1903 года руководимая министром Шэнь Цзябэнь (沈家本) юридическая комиссия стремилась постепенно увеличивать число переводов. В число переведенных и опубликованных вошли издания по французскому и германскому гражданскому праву, гражданскому праву Японии и Австрии, германскому морскому праву, японскому торговому праву, корпоративному праву Англии и США, причем большая часть переводов приходилась в ту пору на работы японских авторов.

К концу правления династии Цин научная литература по гражданскому праву на китайском языке была, таким образом, представлена большей частью переводами

---

<sup>5</sup> Чжу Шоупэн. Запись Дунхуа династии Гуансюй. Шанхай, 1958. Стр. 4864. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 朱寿朋:《光绪朝东华录》, 中华书局1958年版, 第5册

<sup>6</sup> Шэнь Цзябэнь. Собрание сочинений Ци И. Шанхай, 1985. Стр. 2242. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 沈家本著:《寄谥文存》, 中华书局

<sup>7</sup> Хэ Циньхуа, Ли Сюэцин. Иностранное право и китайское право-Пересмысление о пересадке иностранное право в 20-ом века. Пекин, 2003. Стр. 232-233. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法的反思》, 中国政法大学出版社

зарубежных авторов. Самостоятельных трудов китайских учёных в массе этой литературе было очень немногим. Переводы трудов зарубежных цивилистов и рекомендации по их изучению составляли основное содержание в этот начальный период научной деятельности в области китайского гражданского права<sup>8</sup>. Тем не менее, эти переводы и рекомендации, получив широкое распространение в Китае, способствовали быстрому росту современного юридического образования, заключительный период правления династии Цинь ознаменовался появлением необходимой основы для последующего развития в Китае науки гражданского права.

В период Китайской Республики, особенно с конца 20-х гг. до начала 30-х гг. важное значение имело опубликование гоминьдановским правительством гражданского кодекса, принятия актов корпоративного и вексельного законодательства, появление специальных актов торгового законодательства. Наука гражданского права в этот период постепенно отошла от акцента на переводы зарубежных трудов по гражданскому и торговому праву и рекомендаций по их изучению. Она стала превращаться в сравнительно зрелую научно-теоретическую систему. В период Китайской Республики, гражданско-правовая литература на китайском языке стала обогащаться растущим числом сочинений китайских правоведов. Авторами специальных цивилистических работ стали, в частности, Чэнь Цзинькунь (陈瑾昆), Дай Сюэцань (戴修瓚), ИнШи (应时), Ши Шанкуань (史尚宽), Ху Чанцин (胡长清), Мэй Чжунсе (梅仲协), Ли Ичэнь (李宜琛), Цао Цзе (曹杰), Кэ Линхань (柯凌汉), Хуан Ючан (黄右昌), Сюй Цянь (徐谦) и др. Их сочинения составили главное ядро науки гражданского права в период Китайской Республики.

Появившиеся в этот же период гражданский кодекс и специальные коммерческие законы были построены на началах, заимствованных из передовых на то время зарубежных актов гражданского и торгового законодательства. Поэтому основная задача науки гражданского права в периоде Китайской Республики заключалась в разъяснении действующего законодательства. Систематизация таких разъяснений позволила китайскому правоведению не только пополнить теоретические знания, но и довести до высокого уровня научную квалификацию ученых. Их труды до сегодняшнего дня представляют собой ценный научно-информационный материал для современных китайских учёных, исследующих теоретические вопросы гражданского права.

---

<sup>8</sup> Юй Цзян. Законодательство и наука КНР новой эпохи. Пекин, 2007. Стр.333-336. (на кит.яз.) Оригинальный текст: 俞江著:《近代中国的法律与学术》, 北京大学出版社

## Право банка на удержание имущества должника как институт гражданского права Индии

**И. Н. Чумаченко**

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: 89ivan2007@rambler.ru*

В статье рассматривается понятие, природа, особенности, принципы права банка на удержание имущества должника в рамках правоприменительной практике Индии.

**Ключевые слова:** право удержания, право Индии, Индия, заемщик, банк, кредитор, обеспечение, банковское право, принципы права удержания, правовая природа, ростовщик.

Развитие экономических связей ведущих мировых экономик со странами юго-восточной Азии, и, в частности, двухсторонних отношений между Россией и Индией способствует развитию и изучению законодательства обеих стран. Право банка на удержание имущества должника является общеизвестным принципом банковского права Индии, поскольку позволяет кредитору минимизировать свои риски, связанные с невозвратом кредита. Вследствие этого изучение данного принципа права Индии будет косвенно способствовать развитию кредитно-расчетных отношений между РФ и Индии ввиду возможности сторон применять данный принцип в рамках кредитных договоров, подчинённых праву Индии.

Удержание залогодержателем имущества у залогодателя имеет много общего с институтом залога в праве Индии, в результате данные понятия иногда смешиваются на практике. В качестве принципиального отличия права удержания имущества залогодателем от залога можно выделить следующее: в отличие от залога при удержании его стороны не наделяют уполномоченную сторону правом обратиться взыскание на вещь, находящуюся в его владении.

Понятие права удержания (right of lien) раскрывается в рамках книги «**Chalmers on Bills of Exchange**», автором которой (Professor A.G. Guest) указывается, что под удержанием банком имущества (Banks lien) понимается негативный ковенант – «**подразумеваемый залог**». Банк имеет право удержать все счета, поступающие от должника в рамках расходования балансовых средств по банковским счетам, если договором между должником и банком не определено иное<sup>1</sup>.

Понятие права удержания имущества банком (banks Lien) предусмотрено также статутным законодательством Индии. В соответствии со ст. 171 Закона о контрактах Индии 1872 года (в ред. 2014 г.) (далее Закон 1872 года) «Банки, агенты, владелец или управляющие товарными пристанями и адвокаты Высоких судов и страховые брокеры вправе удержать в

---

<sup>1</sup> Professor A.G. Guest, QC. Chalmers and Guest on Bills of Exchange and Cheques //Sweet & Maxwell. 2009

качестве обеспечения исполнения обязательств перед ними, имущество должников, находящееся в их распоряжении. При этом иное лицо помимо, указанных в данной статье, не вправе предъявлять требования в отношении удерживаемого ими имущества, если иное не установлено договором»<sup>2</sup>.

В рамках прецедента по делу «State bank of India v. Deepak Malviya» 1995г. Высоким судом Аллахабада было указано, что банк имеет право удерживать в качестве обеспечения денежные средства и движимое имущество, находящиеся на одном счету в обеспечение обязательств по другому счету<sup>3</sup>.

Основными принципами права удержания (lien) имущества кредитором (банком) являются:

1. Наличие права собственности на удерживаемое банком имущество. Для возникновения права удержания у банка на имущество лица, данное лицо (должник) должно обладать правом собственности на удерживаемое банком имущество, в противном случае банк не имеет права на удержание данного имущества. Данная позиция была отражена Высоким судом штата Пунджаб-Хараяна по делу PNB Ltd.v. Arura Mal Durga Dass and another 1960 г.<sup>4</sup>;

2. Запрет на удержание денежных средств. Банк по общему правилу не может удерживать денежные средства, поскольку в силу их бездокументарного характера по факту сам является их владельцем. В данном случае помимо права удержания может применяться принцип взаимозачета.

3. Право на удержание имущества может быть использовано в отношении любого имущества, если иное не вытекает из существа договора или его существенных условий;

4. Принцип взаимности. В рамках дела City Union Bank Ltd.v.Thangarajan 2003 г. Высоким судом Мадраса было указано, что банк вправе использовать инструмент удержания в отношении все видов ценных бумаг Должника, однако, в случае, если банк удовлетворив свои требования за счет имущества должника, допустил неосновательное обогащение за счет удержанного имущества, он обязан полностью возместить должнику нанесенный неосновательным обогащением ущерб<sup>5</sup>.

Право удержания не допускается в следующих случаях:

---

<sup>2</sup> The Indian Contract Act, 1872// <http://www.vakilno1.com/>

<sup>3</sup> Allahabad High Court/State Bank Of India, Kanpur vs Deepak Malviya And Others on 9 May, 1995/ <http://indiankanoon.org/>

<sup>4</sup> Punjab-Haryana High Court// PNB Ltd.v. Arura Mal Durga Dass and another (AIR 1960 Pun.632.)/ <http://indiankanoon>

<sup>5</sup> Madras High Court//The City Union Bank Limited vs C. Thangarajan on 21 February, 2003// <http://indiankanoon.org>

1. В случаях, если контрактом предусмотрена обратная выплата (reimbursement)<sup>6</sup>;
2. В случаях, когда правоотношения между банком и должником не связаны между собой<sup>7</sup>;
3. В случаях, когда вещи переданы банку на ответственное хранение;
4. Когда переданные на хранение банку товары (документы, подтверждающие право собственности на имущество) могут быть использованы исключительно для специальной цели, известной банку;
5. Когда ценности и/или документы, подтверждающие право собственности остаются во владении банка после окончания срока действия договора;
6. И другие

#### **Различия между правом удержания и взаимозачетом:**

Antara Dasgupta, Fifth Year student of Law Symbiosis Society's Law College, Pune в рамках статьи «Bankers right to lien and set off» указывает, что право удержания является одним из способов обеспечения обязательств в то время, как зачет является правоотношением, возникающим по воле обеих сторон. Следовательно, в рамках взаимозачета имеют место двусторонние обязательства в то время, как право удержание не предусматривает удовлетворения обязательств перед должником. В связи с вышеизложенным автор делает вывод о том, что право удержания является неотъемлемым элементом системы способов обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору, обладающий своими особенностями, а также имеющим особую правовую природу, отличающую ее от других способов обеспечения обязательств по кредитному договору в праве Индии, в частности, от залога.

#### **Различия между залогом и правом держания (lien) в праве Индии**

1. **Правовая природа права удержания и залога.** Право удержания (Lien) в соответствии со ст. 171 Закона 1872 года является законным правом залогодержателя удерживать у себя предмет залога до момента возврата залогодателем долга (как правило, это вещи или нематериальные объекты, переданные в управлении залогодержателя или находящиеся во временном пользовании залогодержателя)<sup>8</sup>. В тоже время залог (pledge) предполагает добровольную передачу залогодателем залогодержателю предмета залога или прав на него с правом последнего на последующую продажу предмета залога в случае

---

<sup>6</sup> Обратная выплата или возмещение ранее уплаченных платежей широко используется в том числе в рамках договоров обеспечения, например, в рамках договора о предоставлении банковской контргарантии, когда принципал возмещает контргаранту все платежи, уплаченные последним в рамках поручения банку гаранту по выпуску гарантии.

<sup>7</sup> Punjab-Haryana High Court// Firm Jaikishen Dass Jinda Ram And ... vs Central Bank Of India on 24 March, 1955// <http://indiankanoon.org/>

<sup>8</sup> См. ст. 171 Закона Индии 1872 года.

неисполнения или ненадлежащего исполнения залогодателем своих обязательств по договору залога;

2. **Сфера применения.** Право удержания (Lien) используется в основном в банковской сфере (право удержание денежных средств на банковском счете, право удержания прав на платежи по договорам), а залог является универсальным способом обеспечения обязательств, применяемым практически во всех торговых и гражданских отношениях;

3. При выборе права удержания в качестве способа обеспечения обязательств право владения в отношении объекта удержания переходит к кредитору в случае возникновения обстоятельств, предусмотренных основным договором между кредитором и должником (например: договор купли-продажи), а также законом, однако, право распоряжения может остаться у залогодателя до полного исполнения последним своих обязательств перед кредитором, в тоже время, в случае использования залога в качестве способа обеспечения обязательств, право владения в отношении предмета залога остается у залогодателя, в то время, как право распоряжения предметом залога может перейти к залогодержателю, если это предусмотрено договором залога, а также законом.<sup>9</sup>

В рамках данной статьи автор делает следующие выводы:

1. Во-первых, Индия, как один из крупнейших рынков Азии, имеет развитое законодательство в сфере защиты интересов кредитора по кредитному договору, в том числе относительно права удержания банком имущества должника (lien), как способа обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору;

2. Во-вторых право удержания банком имущества должника является неотъемлемым элементом системы способов обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору, обладающим своими особенностями, а также имеющим особую правовую природу, отличающую ее от других способов обеспечения обязательств по кредитному договору в праве Индии, в частности, от залога.

---

<sup>9</sup> Sukhvinder Mishra//Banking law and practice// S.Chand and company LTD//First edition//2008//C. 666



## МОЛОДЫЕ ГОЛОСА

### К вопросу о видах личных неимущественных прав авторов произведений в РФ

**А. А. Бондарева**

*Магистр кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6  
Email: alla110793@yandex.ru*

В настоящей статье дается характеристика основным видам личных неимущественных прав авторов произведений, предусмотренных в части четвертой ГК РФ.

**Ключевые слова:** право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование, право на отзыв.

«Авторские права» является традиционным термином для российского законодательства. Он использовался в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (ст. 98), Гражданском кодексе РСФСР 1964 г. (ст. 479), Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (ст. 135), в Законе об авторском праве и смежных правах (ст.15). Авторские права объединяют все виды интеллектуальных прав на произведения литературы, искусства и науки.

Согласно ст. 1257 ГК РФ автором произведения науки, литературы или искусства признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Данная статья закрепляет презумпцию авторства, говоря о том, что лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения либо иным образом (информацией об авторском праве признается любая информация, которая идентифицирует произведение, автора или иного правообладателя, либо информация об условиях использования произведения, которая содержится на оригинале или экземпляре произведения, приложена к нему или появляется в связи с сообщением в эфир или по кабелю либо доведением такого произведения до всеобщего сведения, а также любые цифры и коды, в которых содержится такая информация), считается его автором, если не доказано иное.<sup>1</sup>

Презумпция авторства подтверждается в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ - при рассмотрении судом дела о защите авторских прав надлежит исходить из того, что пока не доказано иное, автором произведения (обладателем исключительного права на произведение) считается лицо, указанное в качестве

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69 - 71 (под ред. П.В. Крашенинникова). М.: «Статут», 2014.

такового на экземпляре произведения. Необходимость исследования иных доказательств может возникнуть в случае, если авторство лица на произведение оспаривается (п.42).<sup>2</sup>

Согласно положениям ст. 150 ГК РФ авторство признается нематериальным благом, которое неотчуждаемо и непередаваемо. В ст. 1265 ГК РФ сформулированы определения права авторства и права на имя, что указывает на тесную связь этих субъективных гражданских прав авторов произведений.

Под **правом авторства** в РФ право признаваться автором произведения. **Право автора на имя** - право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, то есть анонимно. Право авторства и право на имя неотчуждаемы и непередаваемы, любой отказ от этих прав ничтожен.<sup>3</sup>

В случае, когда автор публикует свое произведение анонимно или под псевдонимом (за исключением тех случаев, когда псевдоним автора не оставляет сомнения в установлении его личности) издатель, имя или наименование которого указано на произведении, при отсутствии доказательств иного считается представителем автора и в этом качестве имеет право защищать права автора и обеспечивать их осуществление. Это положение действует до тех пор, пока автор такого произведения не раскроет свою личность и не заявит о своем авторстве.<sup>4</sup>

Однако существуют случаи, когда автор может не указывать свое имя – после официального принятия к рассмотрению проекта государственным органом, органом местного самоуправления или международной организацией проект может использоваться без указания имени разработчика.

**Право на неприкосновенность произведения** не допускает без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями.

После смерти автора при использовании произведения лицо, которое обладает исключительным правом на произведение, вправе разрешить внесение каких-либо изменений, дополнений или сокращений в произведение при условии – если никак не искажается первоначальный замысел автора, не противоречит его воле (выраженной в

---

<sup>2</sup> 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».

<sup>3</sup> Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2014. – 958 с.

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 N 230-ФЗ (ред. от 13.07.2015).

письменной форме – в завещании, письме и др.), а также не нарушается искренность восприятия произведения после внесения каких-либо корректировок.

В случае искажения, извращения или иного изменения произведения, которое порочит честь, достоинство или деловую репутацию автора, дают автору право требования защиты его нематериального блага – чести, достоинства и деловой репутации.<sup>5</sup> По подобным же основаниям заинтересованные лица могут требовать защиты чести и достоинства автора и после его смерти.

Как личное неимущественное право автора **право на обнародование произведения** имеет свое нормативное закрепление в ст. 1268 ГК РФ. Под этим правом понимается право осуществить действие или дать согласие на осуществление действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом.

При этом опубликованием (выпуском в свет) является выпуск в обращение экземпляров произведения, представляющих собой копию произведения в любой материальной форме, в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения. Когда автор передает другому лицу по договору произведение для использования, то считается, что автор соглашается на обнародование этого произведения.

Отличительной особенностью данного личного неимущественного права автора является то, что это право носит необратимый и однократный характер.<sup>6</sup>

Право на обнародование произведения, которое не было обнародовано при жизни автора этого произведения принадлежит лицу, которое обладает исключительным правом на произведение, т.н. правообладателю. Ими могут быть наследники автора, правопреемники автора или иные лица, которые могут быть правообладателями в силу закона.<sup>7</sup>

В ранее действовавшем Законе РФ от 09.07.1993 N 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» **право автора на отзыв** было составной частью права автора на обнародование произведения (п.1 ст.15). Сейчас данное право является самостоятельным личным неимущественным правом автора и регулируется положениями ст. 1269 ГК РФ. Под правом на отзыв понимается право до фактического обнародования произведения отказаться от ранее принятого решения о его обнародовании. Но только при условии возмещения лицу,

---

<sup>5</sup> Шестакова Е.В. Что изменилось в авторском праве? Журнал «Зарплата», №12, 2014.

<sup>6</sup> Еременко В.И. К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений. Журнал «Адвокат», №7, 2010.

<sup>7</sup> Гульбин Ю.Т. Неимущественные права на результаты интеллектуальной деятельности. Журнал «Законодательство», №7, 2013.

которому отчуждено исключительное право на произведение или предоставлено право использования произведения, причиненных таким решением убытков.

Данное личное неимущественное право автора имеет ограничения – оно не может быть применено к программам для ЭВМ, к служебным произведениям и к произведениям, вошедшим в сложный объект (объект, который включает в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (кинофильм, или иное аудиовизуальное произведение, театрально-зрелищное представление, мультимедийный продукт, база данных)). В ранее действовавшем Законе об авторском праве и смежных правах право на отзыв не предусматривалось только в отношении служебных произведений (п.2 ст.15), что свидетельствует о расширении перечня исключения из права на отзыв.

Право на отзыв состоит из двух составляющих – право на отзыв произведения до его обнародования и право на отзыв произведения после его обнародования.<sup>8</sup> В первом случае в результате реализации данного права для автора последствия менее значительны. Во втором случае автор несет более существенные имущественные потери, поскольку возникает обязанность возмещения убытков, которые причиняются по причине изъятия из обращения ранее выпущенных экземпляров произведения.

Вопросу разграничения и понятия видов личных неимущественных прав авторов произведений в последнее время уделяется большое внимание, что напрямую связано с развитием авторского права в современном мире. И это развитие обуславливает необходимость грамотного и верного понимания сущности и значения этих прав, что в дальнейшем может стать основой для грамотной их защиты в случае нарушения.

---

<sup>8</sup> Щербак Н.В. Пределы авторского права и смежных прав. Журнал «Законодательство», № 8, 2011.

## Разрешение споров в области исламского банкинга в Индонезии

**З. Р. Боров**

*Студент 3 курса юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д.6  
e-mail: z.borov70@mail.ru*

Развитие исламского банкинга в Индонезии происходит весьма интенсивно и по качеству, и по количеству. Этот быстрый рост поддерживается тремя факторами.

Во-первых, мусульмане в Индонезии априори являются потенциальными пользователями исламского банкинга. 88 процентов населения Индонезии (из 230 млн. чел.) являются мусульманами. Кроме этого, в некоторых регионах Индонезии, многие немусульмане выбирают шариатский банкинг как альтернативу традиционному банковскому обслуживанию.

Во-вторых, исламский банкинг дает хорошие условия для всех клиентов. Одна из таких услуг представляет собой применение стандартных информационных технологий, таких как мобильный банкинг, исламские кредитные карты и другие системы интернет-банкинга.

В-третьих, отсутствие конфликтов в исламском банке. Исламские экономические споры разрешаются религиозными судами по-прежнему очень редко<sup>1</sup>.

Исламские банковские споры возникают как следствие новизны системы, которая не является совершенной. Для решения исламских банковских споров, требующих другого подхода по сравнению с традиционными банками, Правительство Индонезии приняло Закон №3 от 2006 года о возложении решения таких споров на религиозный суд и Закон № 30 от 1999 года по арбитражу и альтернативному разрешению споров<sup>2</sup>.

Эти законы описывают положение трех институтов урегулирования споров: религиозные суды, медиация, арбитраж в Арбитражном Правлении Национального шариата (Basyarnas). Разнообразие вариантов разрешения исламских экономических споров (суды, посредничество, арбитраж), позволяет решать споры шариатского банкинга не только в религиозных судах.

В шариате есть две модели урегулирования экономических споров, а именно через судебный процесс в судах и без судебного разбирательства.

Обязанностью религиозного суда является рассмотрение:

---

<sup>1</sup> <http://imamyahya.blogspot.ru/2012/07/islamic-banking-dispute-resolution-in.html>

<sup>2</sup> Текст Закона Индонезии об арбитраже и альтернативных способах разрешения споров № 30 от 1999г. на англ.яз. // Arbitration in Indonesia. Law No. 30 of 1999 Arbitration and Alternative Dispute Resolutions // [http://www.hhp.co.id/files/Uploads/Documents/Type%20/HHP/br\\_hhp\\_arbitrationindonesia.pdf](http://www.hhp.co.id/files/Uploads/Documents/Type%20/HHP/br_hhp_arbitrationindonesia.pdf)

- а) Споры в области исламской экономики между финансовыми учреждениями и исламскими финансовыми институтами со своими клиентами.
- б) Споры в области исламских финансов между финансовыми учреждениями и исламскими финансовыми институтами.
- в) Споры в области исламских финансов среди граждан (мусульман).

Альтернативное разрешение споров устанавливается в статье 6 Закона № 30 от 1999 года об арбитраже и альтернативных методах разрешения споров, который описывает механизм урегулирования споров. Спор или разногласие в области гражданского ислама может быть решен сторонами через альтернативный источник правосудия. Если спор не будет разрешен, то с письменного соглашения сторон, споры или разногласия разрешаются с помощью одного или более советника или через посредника. Модель, разработанная по альтернативному разрешению споров идеальна в плане концепции, но на практике бывают исключения.

Согласно ст.59 Закона 1999г. внутренние арбитражные решения могут быть принудительно исполнены путем обращения в Районный суд общей юрисдикции (Pengadilan Negeri), по истечении 30 дней с момента вынесения решения. Внутренние арбитражные решения не подлежат обжалованию.

В соответствии со ст. 65 Закона 1999 г. для исполнения международного арбитражного решения заявителю необходимо обратиться в Центральный Районный суд Джакарты. Решение районного суда не подлежит обжалованию ни в порядке апелляции, ни в порядке кассации. Главным арбитражным центром Индонезии является Индонезийский национальный арбитражный совет (Badan Arbitrase Nasional Indonesia)<sup>3</sup>. BANI был создан в 1977г. при поддержке Торгово-промышленной палаты Индонезии. В 2002 г. было создано новое арбитражное учреждение – Арбитражный совет индонезийского рынка капиталов (Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia). BAPMI в настоящее время предоставляет услуги в области арбитража, медиации, медиации-арбитража, посредничества, консультирования.

BASYARNAS фактически является единственным исламским арбитражным органом в Индонезии. Он был создан 21 октября 1993 по инициативе MUI (Меджлис Индонезии). На самом деле желание мусульман в Индонезии, связано с тем, чтобы существовало учреждение, которое может решить гражданские дела на справедливой основе и быстро, основываясь на обсуждениях.

---

<sup>3</sup> Сайт Индонезийского национального арбитражного совета - Badan Arbitrase Nasional Indonesia // <http://www.bani-arb.org/>

BASYARNAS считается подходящим форумом для разрешения споров Исламского банкинга и финансовых споров, потому что его основная цель заключается в обеспечении быстрого и качественного правосудия.

BASYARNAS стоит особняком в осуществлении своих обязанностей. Это весьма полезно для решения споров исламского банкинга и финансовых споров. Немусульмане могут также обратиться в BASYARNAS, который обязан принять и решить свои споры справедливым образом без исключения.

Процедуры BASYARNAS для разрешения споров четко описаны процессуальными нормами, которые выступают в качестве руководящих принципов, которыми должны следовать арбитры и стороны в споре. Если потребуется, содержание этих правил может быть пересмотрено в сторону улучшения и совершенствования. Что касается юрисдикции BASYARNAS, раздел 1 его Регламента четко говорит:

BASYARNAS играет важную роль в сфере торговли, промышленности, финансов, обслуживания, и т.д. Когда стороны в споре согласны урегулировать свой спор с помощью BASYARNAS, они должны заключить договор и указать, что они согласны на это, а также следить за его процедурными правилами.

BASYARNAS не начинает действовать самостоятельно, а ждет жалобу от пострадавшей стороны. Таким образом, он начинает работать, когда он получает запрос по оспариванию сделки. Разбирательство проводится в конфиденциальном порядке, в соответствии с исламскими учениями где мусульманам предписано устранить ошибки других. Небольшие споры разрешаются мирным путем и не длятся не более шести месяцев. Решения BASYARNAS являются окончательными и обязательными<sup>4</sup>.

Для финансовых учреждений, которые основаны на исламских принципах, и Суд, и альтернативные институты, такие как арбитраж и медиация, обязаны использовать исламские принципы в качестве основного правила в решении исламских банковских и финансовых споров. Использование этих принципов необходимо. Однако, на основе опыта установлено, что суды не относятся строго к исламским принципам в разрешении споров исламского банкинга и финансов споров. Вместо этого, они используют другие законы.

Следовательно, решения, приведенные ими не всегда соответствуют законам шариата.

---

<sup>4</sup> Сайт Арбитражного совета индонезийского рынка капиталов - The Indonesian Capital Market Arbitration Board (BAPMI) // <http://www.bapmi.org>

## Международный коммерческий арбитраж в Украине

**Д. Вавренюк**

*Студентка магистратуры кафедры гражданского и трудового права юридического института,*

*Российский университет дружбы народов*

*Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

На сегодняшний день международный коммерческий арбитраж является широко известным и часто используемым институтом современного права. Такая актуальность обусловлена, во-первых, третейской природой соглашений, которые лежат в основе данного метода разрешения споров, а, во-вторых, спецификой рассматриваемых споров, осложнённых иностранным элементом.

Ценность арбитража как метода урегулирования международных экономических отношений была подчёркнута в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 15 декабря 1976 года и, впоследствии, специализированные арбитражные институты возникают практически в каждой стране, в основном на базе торговых или торгово-промышленных палат.

Еще до принятия вышеупомянутой резолюции Украина подписала и ратифицировала два международных договора в сфере международного коммерческого арбитража, а именно: Конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных решений от 22 августа 1960 года и Европейскую Конвенцию о внешнеторговом арбитраже от 25 января 1963 года. Но, в силу существующей в СССР монополии на внешнюю торговлю, непосредственно международные арбитражные органы в Украине не создавались. Внешнеэкономическую деятельность осуществляли специальные общесоюзные организации и, соответственно, арбитражные учреждения создавались только на общесоюзном уровне.

Объективные условия создания и функционирования арбитражных учреждений на территории Украины возникли в 1991 году и были обусловлены принятием Закона «О внешнеэкономической деятельности». В данном законе возможность участвовать во внешнеэкономической деятельности получили предприятия и организации всех форм собственности, а также граждане. Такие преобразования в свою очередь понесли за собой необходимости разрешения споров между сторонами внешнеэкономических сделок, для чего Верховная Рада (Парламент) предложила создание при Торгово-промышленной палате соответствующих институций.

10 июня 1992 года решением Президиума Торгово-промышленной палаты был создан Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) при Торгово-промышленной палате (ТПП) Украины. В декабре этого же года глава МКАС принял участие в международном конгрессе в Цюрихе и подписал первый договор о сотрудничестве между



МКАС Украины и Швейцарской Арбитражной ассоциацией. Через два года, 25 августа 1994 года при ТПП Украины была создана Морская арбитражная комиссия (МАК), на которую возложено решение споров возникающих из торгового мореплавания, в том числе с субъектами иностранного права.

Как показывает практика большинства стран, вопросы организации и деятельности международного коммерческого арбитража и третейских судов регулируется одним законодательным актом. В Украине, напротив, существует два закона: «Про международный коммерческий арбитраж» 1994 года и «Про третейские суды» 2004 года, которые разграничивают компетенцию этих органов. Закон «Про международный коммерческий арбитраж» разрабатывался на основе Типового закона о международном коммерческом арбитраже от 1985 года Комиссии ООН по праву международной торговли, что обеспечило одинаковый подход в правовом регулировании международного коммерческого арбитража разными странами.

Итак, в соответствии с Законом Украины «О торгово-промышленных палатах в Украине» от 2 декабря 1997 года при ТПП Украины действуют: Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия.

Правовой статус МКАС, а именно его правосубъектность, организация его деятельности и компетенция регулируются Законом «Про международный коммерческий арбитраж», а также Положением про МКАС при ТПП Украины и его Регламентом. Аналогичное правовое регулирование у Морской арбитражной комиссии, которая действует на основании, кроме законов, Положения о МАК при ТПП Украины и Регламента.

В соответствии с Положением, МКАС – это самостоятельный и постоянно действующий арбитражный орган, который призван рассматривать споры, возникающие из договорных и иных гражданско-правовых отношений, которые возникают при осуществлении внешнеторговых и других видов международных экономических связей. Для такого рассмотрения необходимо, чтобы коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находилось за границей. Также рассматриваются споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Украины, между собой, или споры между их участниками, а также их споры с другими субъектами права Украины.

Перечисленные споры принимаются в МКАС, а споры в сфере торгового мореплавания в МАК, при наличии письменного соглашения сторон о передаче в арбитражный суд всех или определённых споров, которые могут возникнуть между сторонами в связи с правоотношениями, независимо от их договорного характера.

Структурно МКАС состоит из арбитров, Президиума МКАС, Председателя и его

заместителей, а также секретариата. Аналогично организационно построена и МАК. Арбитров, рассматривающих дела, избирают или назначают из Рекомендационного списка арбитров, утверждённого Президиумом ТПП. Арбитрами могут быть лица, назначенные сторонами либо лица, назначенные Президентом ТПП Украины. Регламентами МКАС и МАК урегулированы основы арбитражного производства в этих учреждениях, в том числе указано, что арбитражное рассмотрение основано на принципах состязательности и равенства сторон, допускается действовать как лично, так и через представителей, установлен порядок обращения в МКАС и МАК и порядок рассмотрения споров. Изначально установлено место проведения арбитража – г. Киев, но стороны могут договориться о проведении слушаний в другом месте, взяв на себя дополнительные расходы связанные с этим. Так же регламентами установлена возможность проведения разбирательства как на украинском, так и на русском языках, стороны на своё усмотрение могут договориться о языках, которые будут использованы.

Решения МКАС считаются окончательными и обязательными для сторон, а в случае отказа в добровольном исполнении таковых – возможно исполнение в принудительном порядке.

Несмотря на то, что МКАС и МАК существуют при Торгово-промышленной палате Украины, они пользуются достаточной независимостью и являются самостоятельными арбитражными учреждениями. ТПП не обладает административными полномочиями относительно МКАС и МАК, не имеет права вмешиваться в их деятельность, но обязана всячески ей способствовать.

На сегодняшний день как МКАС, так и МАК при ТПП Украины считаются достаточно крупными и авторитетными арбитражным учреждениями. Ведётся тесное сотрудничество с другими постоянно действующими арбитражными учреждениями, МКАС является членом Международной федерации коммерческих арбитражных институтов и Европейской арбитражной группы при Международной торговой палате в Париже.

Существование в Украине международного коммерческого арбитража обеспечивает реализацию конституционных положений о защите прав и свобод от нарушений и посягательств любыми не запрещёнными законами средствами, и является востребованным способом урегулирования внешнеэкономических споров наряду с судебными процедурами.

## Международный коммерческий арбитраж в Англии и Уэльсе

Э. Даутов

*Российский университет дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

Международный коммерческий арбитраж это широко применимый метод по разрешению споров в Англии и в Уэльсе. Это способ, особенно применяется при разрешении коммерческих споров.

Учитывая статус Англии, где арбитраж обладает высокой юрисдикцией с очень размытыми полномочиями. Арбитраж в Англии так же используется при разрешении споров между иностранными лицами.

Одной из наиболее заметных тенденций в отношении Английского арбитража является рост его популярности. Число дел поданных в Лондонский суд международного арбитража (LCIA), значительно выросло. 104 дела в 2003 году, 301 дело в 2013 году. Эти цифры дают нам хорошее представление о растущей популярности арбитража в Англии, потому что производство проходит в Англии по установленным LCIA правилам.

Несмотря на растущую роль арбитража в Англии, в последнее время наблюдается повышение расходов на международное коммерческое разбирательство в международном коммерческом арбитраже и как результат на получение арбитражного решения. Для английских арбитражных судов, более характерно особое отношение к вопросам разрешение споров, при котором суд отдельно уточняет юрисдикционные тонкости по вопросам права, на основании которых принимаются решения по вопросам факта. Данный принцип называется «Де Ново» и он был сформирован на основании решения по делу Далла, вынесенного Верховным судом в 2011.

Разрешение споров посредством арбитража, является общим для всех секторов экономики.

Деятельность международного арбитража в Англии и в Уэльсе регулируется законом об Арбитраже 1996 года. Одной из целью принятия этого закона, было приведение английского законодательства в соответствие с законом *Unsitral*, как основа международного коммерческого арбитража. Однако существуют некоторые различия в форме и основном подходе между Актом 1996 и законом *Unsitral*. Модельный закон состоит из 36 статей, которые устанавливают ряд принципов. Закон 1996 года намного более детальный, и состоит из более чем 110 статей.

С 1996 года Акт не претерпел значительных изменений. И на настоящий момент не существует никаких планов по изменению или внесению поправок в этот закон.

Английское законодательство требует заключение арбитражного соглашения в письменном виде. Статья 5 закона 1996 года, требует что бы это было в письменном виде, если оно заключается в письменной форме, то оно заключается путем обмена письменными сообщениями, или должны существовать письменные доказательства его заключения. Когда одна сторона в ходе судебного заседания заявляет о наличии арбитражного соглашения в письменной форме, а другая сторона не отрицает его существования, это так же представляет собой соглашение в письменной форме.

Английские суды придерживаются жесткого подхода к исполнению арбитражных соглашений. В соответствии со статьей 9 закона 1996 года, суд должен приостановить любое разбирательство, которое вытекает из контракта, содержащее арбитражное соглашение.

Исторически сложилось так, английские суды приняли более детальный подход по вопросу того, охватывается ли конкретный спор арбитражным соглашением. Суд различает споры, которые вытекают из контракта содержащего арбитражное соглашение от тех, которые были связаны с арбитражным соглашением. Такой подробный подход был отменен Английским Верховным судом в 2007 году. По делу Фионы Траст, Палата Лордов заняла коммерчески – разумную позицию, что, толковый бизнесмен который включил арбитражное соглашение в договор, попытается любой возникший из договора спор разрешить по средствам арбитража.

На сегодняшний день английские суды выработали подход по которому арбитражное соглашение будет применяться ко всем спорам так или иначе связанным с соглашением, в котором присутствует арбитражная оговорка, если договор прямо не выделяет категории споров, которые не могут быть решены по средствам арбитража

Арбитражное соглашение может считаться действительным, даже если остальная часть договора, в котором оно находится, признана недействительной. Согласно статье 7 закона 1996 года, арбитражное соглашение должно рассматриваться как отдельное, в договоре, в котором оно находится. Эта статья так же предусматривает, что, на арбитражное соглашение не повлияет то, 1 - что договор в котором оно находится является недействительным, 2 - не вступил в силу, 3 - впоследствии станет недействительным.

Законодательство Англии не накладывает особых ограничений на стороны при выборе арбитра. Стороны свободны как в выборе числа арбитров, так и при согласовании процедуры по которой эти арбитры будут назначаться. Единственное ограничение заключается в том, что если стороны договорились назначить четное число арбитров, закон требует, что бы это было истолковано как назначение еще одного арбитра в качестве председателя суда, если стороны прямо договорились, что это не должно произойти.

В случае если стороны не смогли согласовать критерии по которым будут назначаться арбитры, статья 16 закрепляет процедуру по которой будет сформирован

трибунал. Эта установленная процедура возлагает большую часть ответственности за формирование состава суда на стороны.

Закон не накладывает особых ограничений на стороны, если они пожелают исключить одного из арбитров по национальному признаку, или на основании других критериев. В деле *Jivraj против Hashwani* потребовалось заключение Верховного суда, о том, не является ли требование о том, что арбитр должен быть уважаемым членом Исламской общины, нарушением Закона о недискриминации. Верховный суд пояснил, что это не является дискриминацией. Верховный суд отказался налагать дополнительные ограничения на стороны при выборе арбитров.

Английский арбитражный суд играет ключевую роль при назначении арбитров, когда согласованная сторонами процедура (или процедура установленная статьей 16) не сработала. Это зависит от того, договорились ли стороны между собой, что происходит, если согласованная процедура не сработала. В такой ситуации суд обладает достаточно широкими полномочиями. Он может 1 - давать указания о внесении необходимых назначений, 2 – постановить, чтобы были сделаны назначения арбитров, 3 - может отменить любое сделанное назначение, 4 - сам произвести необходимые назначения. Однако при принятии решения, осуществляя одно из полномочий, суд будет руководствоваться статьей 19 закона, в которой говорится, что необходимо учитывать требования которые стороны предъявляют к арбитрам.

Закон 1996 года содержит детальные положения, касающиеся как отмены полномочий арбитров, так и отводов арбитров. Общее правило состоит в том что стороны могут договориться об обстоятельствах, при которых полномочия арбитров будут отменены. Если же не было такого соглашения, то стороны имеют право самостоятельно принять решения об отмены полномочий арбитров или когда арбитражное учреждение было сделано уполномоченным сторонами лицом.

Однако стороны имеют право обратиться в суд об отстранении арбитров на основании определенных признаков: 1 - если возникают сомнения по поводу беспристрастности какого либо из арбитров, 2 - арбитр не обладает нужной квалификацией, прописанной в договоре между сторонами, 3 - если арбитр психически или физически не способен проводить заседание, или если существуют сомнения относительно того, способен ли он провести это, 4 - если арбитр не правильно провел разбирательство, и по мнению сторон в вынесенном решении существует несправедливость.

Все арбитражные суды, находящиеся в Англии, должны соблюдать так называемые: «общие обязанности». Они состоят в том, что необходимо действовать честно и беспристрастно по отношению к сторонам, и дать каждой из сторон возможность изложить свои аргументы.

Закон не накладывает конкретные обязательства на суд по разрешению потенциальных конфликтов интересов. Однако LCIA требует от всех арбитров как раскрывать возможные конфликты в самом начале, так и разрешать конфликты, возникшие впоследствии, до тех пор, пока арбитражное разбирательство не будет разрешено.

Закон признает что существует ряд вопросов которые не могут быть решены по средствам арбитражного разбирательства: Статья 103 предусматривает, что в арбитражном разбирательстве может быть отказано, если спор не может быть предметом арбитражного разбирательства. Однако закон прямо не указывает на то, какие дела не могут быть рассмотренные таким способом.

Этот пробел был восполнен благодаря судебным решениям. Однако ни один суд, не пытался установить круг вопросов, которые не могут быть предметом арбитража, но все же можно выделить некоторые из них: 1 - обязательства того, что государство действует в интересах общества через свои собственные механизмы (ярким примером может являться уголовное право), 2 – вопросы, касающиеся опеки детей, 3 - вопросы о ликвидации компании, 4 – споры, возникающие в области защиты прав потребителей.

Английское право признает доктрину компетенции: право арбитражного суда, определить собственную компетенцию. Статья 30 и 31 закрепляют ряд обстоятельств, при которых суд может делать такие заявления. Когда принимается такое решение, суд имеет право делать это либо путем предварительного постановления по поводу юрисдикции, либо в решении по существу дела.

В соответствии со статьей 32 указанного закона стороны арбитражного разбирательства вправе обратиться в суд по поводу предварительного определения предметной юрисдикции суда. Суд может принять такое обращение только в 2 случаях. Когда стороны договорились, что такое обращение должно быть подано в суд. И если же суд согласился принять такое заявление, то оно должно соответствовать еще 3 критериям, один из которых сократит расходы сторон на арбитражное разбирательство.

## Договорные товарищества в Грузии

Г. Джоценидзе

Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198

Как и в ряде других стран континентальной Европы, в правовых системах, которых признаны договорные товарищества (Германии, Франции и т.д.), правовой системе Грузии известен институт «договорного товарищества».

Освещению основных положений современного грузинского права, относящихся к этим формам ведения предпринимательской деятельности, посвящена настоящая работа.

Данная правовая форма заслуживает внимания не только потому, что нуждается в преодолении распространенное о ней мнение как о форме малозначительных предприятий, но и потому, что на самом деле эти предприятия способны в принципе выступать основой больших корпоративных объединений. Однако и начало ведения бизнеса на основе соглашения играет немалую роль для развития малого предпринимательства, и имеет значение по той причине, что позволяет создавать новые рабочие места.

Следует отметить, что для предпринимательской деятельности в грузинском законодательстве могут использоваться не только договорные правовые формы, но также и формы правосубъектные, то есть используемые в соответствии с законодательством о юридических лицах (Закон Грузии о предпринимателях 1997г.).

Закон о предпринимателях указывает на правосубъектные формы предпринимательства, отвечающие признакам юридического лица, закрепленным гражданским кодексом Грузии 1997г.: *«Юридическое лицо — это созданное для достижения определенной цели, имеющее собственное имущество, организационное образование, которое самостоятельно отвечает своим имуществом и от своего имени приобретает права и обязанности, заключает сделки и может выступать истцом и ответчиком в суде»* (ч.1 ст. 24 ГК РГ). Следует заметить, что юридические лица могут быть организованными корпоративно, быть основанными на членстве, зависимыми или независимыми от наличия членов, и заниматься (или не заниматься) предпринимательством<sup>1</sup>. В основном, законодательством Грузии рассматриваются два типа юридических лиц: предпринимательские и непредпринимательские. Договорные товарищества относятся к виду неправосубъектных объединений, ведущих предпринимательскую деятельность.

Закон Грузии о предпринимателях регламентирует следующие виды (формы) ведения предпринимательства: индивидуальный предприниматель, общество с солидарной

---

<sup>1</sup>Гражданский кодекс Грузии.

ответственностью (ОСО), командитное общество (КО), общество с ограниченной ответственностью (ООО), акционерное общество (АО, корпорация) и кооператив.

В рамках настоящей работы рассмотрению подвергаются две правовые формы ведения предпринимательской деятельности – общество с солидарной ответственностью (ОСО) и командитное общество (КО).

*Общество с солидарной ответственностью участников.* В ч.1 ст.20 Закона о предпринимателях общество с солидарной ответственностью определяется как «общество, в котором несколько лиц (партнеров) совместно, под единым фирменным наименованием, занимаются предпринимательской деятельностью и отвечают перед кредиторами по обязательствам общества как солидарные должники - всем своим имуществом, прямо и непосредственно». Следует уточнить, что для создания такого общества необходимо минимум два физических лица, которые по собственной независимой воле учредят общество с солидарной ответственностью. (При меньшем числе участников мы, во-первых, не сможем получить общество, и во-вторых, речь пойдет в этом случае об индивидуальном предпринимателе).

Законом разграничены права и обязанности участников общества с солидарной ответственностью. Так, мы можем рассмотреть ч.2 ст.20 упомянутого закона – «Партнер может отказаться от удовлетворения требований кредитора до тех пор, пока общество правомочно оспаривать сделку, положенную в основу обязательства общества. То же право партнер имеет до тех пор, пока требование кредитора может удовлетворяться выполнением встречного требования товарищества, срок выполнения которого наступил»<sup>2</sup>, в данной ситуации пользуюсь методом трактовки нормы мы тем самым выявим следующую возможность: в том случае, если имеется факт прений, из чего вытекает спор, то, тот партнер ОСО, который не возлагал на общество ответственность может отказаться от удовлетворения требований кредитора, тем самым он призовет к распределению ответственности участвующих партнеров общества, и в течении всего времени пока будет возможным оспаривать требования, приобретает своеобразное время для завершения тех обязательств, которые возложены на общество. Не следует выпускать из вида и деталь взаимных требований, ведь могут быть случаи, когда исполнение обязанностей общества на прямую зависит от кредитора (доплата суммы, дополнительная поставка сырья или товара и т.д.)<sup>3</sup>.

Если общество не смогло удовлетворить требования кредитора, и он для того, чтобы взыскать имущество партнеров и удовлетворить свои требования получает исполнительный

---

<sup>2</sup>Закон о предпринимательстве Грузии пункт 2, статья 20

<sup>3</sup>Ладო Чантурия, ТედოНинидзе, - Комментарий закона о предпринимателях, 2002 год – ლადო ჭანტურია, თედო ნინიძე - მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი 2002 წელი



лист (в соответствии с действующим законодательством), который обращен к обществу, то помимо этого одного исполнительно-правового документа кредитор должен получить исполнительные листы на каждого партнера общества, в противном случае рассматривать вопрос об солидарном требовании к партнерам исходя из законодательства технически будет не совсем возможен, «С целью обращения принудительного взыскания на имущество партнера кредитор обязан вместе с направленным против общества исполнительным листом получить также исполнительный лист в отношении партнеров».<sup>4</sup>

Частным образом рассмотрен вопрос и об управлении обществом в ст. 23: «Лица, уполномоченные руководить обществом, и пределы их полномочий определяются настоящим Законом и уставом общества». В данном случае внимание обращено на два возможных фактора: во-первых, утверждения руководителя и ограничения его полномочия, это возможно сделать в уставе общества, разграничив необходимые права и обязанности, и если в уставе не полностью будут предусмотрены все права и обязанности, то в таком случае на помощь можно прибегать к указанному закону. Во-вторых, мы по прочтению рассматриваемой нормы можем понимать и то, что каждый участник общества с солидарной ответственностью имеет право предводительствовать в руководстве общества по своему собственному усмотрению, в руководстве обществом мы обязаны понимать участие в гражданско-правовых отношениях от имени общества, т.е. заключение сделок, распоряжение тех или иных вопросов.

Подходя к вопросу об управлении обществом, надо учитывать возможность и того, что руководство обществом может осуществляться коллективно, в данном случае, для легитимации решения одного партнера по конкретному решению необходимо письменное согласие остальных партнеров. Из этого вытекает важный принцип взаимного доверия, без которого отношения между партнерами общества могут не состояться.

Все приведенные правила влекут за собой гражданско-правовые последствия, которые, на пример, мы можем рассмотреть частным образом: третье лицо, которое входит в отношения с обществом солидарной ответственности, может обоснованно полагать, что партнер общества воделен соответственными полномочиями заключать сделку как имеющий на это право руководитель на основании согласованности (устава), а общество которое не в состоянии было знать к тому времени о состоявшейся сделке имеет право не признать сделку действительной, ссылаясь на устав, в котором будет выражено отсутствие

---

<sup>4</sup>Закон о предпринимательстве Грузии пункт 3, статья 20

права принимать индивидуальное решение, но при этом общество должно доказать, что третье лицо знало о таком обстоятельстве<sup>5</sup>.

Исходя из специфики, общества в котором стержнем является принцип «солидарности», партнеры имеют законное право контроля как над деятельностью общества, так и право контроля партнеров, но относительно к обществу. Могут быть такие партнеры, которые утратили права руководить обществом, иными словами речь идет о тех партнерах, которые были лишены прав на управление обществом, и те партнеры которые изначально уставом не получали таких прав. По мимо прав проверять документацию, бухгалтерскую отчетность, требования соответствующих деловых и канцелярских книг, они данной нормой уполномочиваются от своего имени требовать от других партнеров выполнения тех обязательств, которые обращены к обществу. Этот момент углублен в плане возможности требования последнего на основании иска в суде.

Следует отметить, что закон дает волю предпринимателям в отношении разработки устава юридического лица, не является исключением и общество с солидарной ответственности, основной целью деятельности является прибыль, и, в данном случае прибыль достигается сформированной общностью, организованным партнерством, добросовестностью, если рассматривать общество с солидарной ответственности в правовой плоскости. Сказанное находит проявление в такой важной части, как прибыль общества, убытки и их распределение между партнерами, поэтому следует обратить внимание на конструкцию статьи 25, закона Грузии о предпринимателях –

«1. Если уставом не установлено иное, в конце каждого хозяйственного года на основании баланса устанавливаются годовая прибыль или убытки и исчисляется доля каждого партнера в них.

2. Если уставом не установлено иное, доля прибыли одного из партнеров прибавляется к его же вкладу; если он не был внесен полностью; убыток, приходящийся на партнера, а также деньги, израсходованные из вклада в течение хозяйственного года, списываются с прибыли». Нужно учесть, что расчет прибыльного дохода, как чистой прибыли происходит между каждыми последовательными двумя годами, и происходит в зависимости повышения стоимости имущества общества или от понижения. Хотя партнеры могут свободно рассчитывать доход после, покроют все необходимые обязательства и остаток рассматривать как часть, которую они в праве распределить. Привлекает внимание и «исчисление доли каждого партнера» – в прибыли и убытках, в данном случае ситуация напоминает тот момент, когда капитал должен сыграть важную роль гарантии для нормального

---

<sup>5</sup>Ладо Чантурия, ТедоНинидзе, - Комментарий закона о предпринимателях, 2002 год – ლადო ჭანტურია, თედო ნინიძე - მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი 2002 წელს

функционирования общества. В данном случае предприниматели ввиду иметь могут два имущественного обстоятельства 1) это чистый капитал 2) сбалансированный актив общества. Исходя из главной цели – прибыли, как правило капитал прибывающий должен быть больше по объему к отношению актива.<sup>6</sup>

Законом о предпринимателях в части общества с солидарной ответственностью предусмотрено положение на случай, если один из партнеров примет решение о выходе из общества. В этом случае вопрос будет решаться следующим образом: данное обстоятельство должно быть предусмотрено уставом общества, но это еще не полностью обеспечивает решение вопроса, так как порядок выбытия из общества должен соответствовать определенным правилам, которые предусмотрены нормами этого же закона. По сути, в случае, когда партнеры дорожат предприятием и считают целесообразным продолжать поддерживать его существование, выход партнера из общества может проявляться тремя вариантами развития событий. Выходящий партнер вправе, во-первых, либо передать свои права одному из партнеров, либо, во-вторых, распределить их между партнерами, или же, в-третьих, позволить третьему лицу присоединиться к обществу<sup>7</sup>. Если ни один из вариантов не может быть реализован, то возможно ставить вопрос о реорганизации общества, например, путем преобразовании его в общество с ограниченной ответственностью. Если и преобразование оказывается невозможным, то остается путь ликвидации общества.

Реорганизация общества с солидарной ответственностью в общество с ограниченной ответственностью, или в акционерное общество не уменьшает возможностей третьих лиц требовать от возникшего в результате преобразования общества возмещения убытков или исполнения обязательств.

Наконец, нужно сказать о тех отношениях, которые остаются после выбывания партнера из общества. Доля партнера который выбывает из общества, распределяется между остальными партнерами поровну или в зависимости от размера доли. Тем самым остальные партнеры обязаны освободить выбывающего из общества партнера от долгов общества и выплатить ему то, что он получил бы в случае ликвидации общества.

Второй корпоративной формой является *коммандитное общество*. По своей сущности оно тоже относится к числу договорных товариществ, ибо, коммандитное общество, как и общество с солидарной ответственностью, основывается не на объединении капиталов, что характерно для А.О. и О.О.О., а на объединении не только имущественных вкладов, но и личных усилий полных партнеров. По своей структуре оно состоит из двух категорий

---

<sup>6</sup> Если у предприятия в своей деятельности имеется грузовой транспорт, то следуя логике экономической деятельности, его нужно содержать.

<sup>7</sup> Закон о Предпринимателях Грузии п.2 ст.31. – Если общество состоит из двух партнеров, то выход одного, может подразумевать его прекращения т.е. ликвидацию.

партнеров: полных и ограниченных. В этих категориях, даётся возможность определения размера ответственности, в одном случае если партнер ограниченный, он ограничивается только размером вклада, которым и определяется его ответственность, а для полных партнеров внесенный вклад не ограничивает его ответственность, ибо он отвечает всем своим имуществом.

Закон о предпринимательстве Грузии дает следующее определение этой разновидности обществ (ст.34):

«1. Командитное общество - общество, в котором несколько лиц занимаются предпринимательской деятельностью под единым фирменным наименованием, если ответственность одного или нескольких партнеров перед кредиторами общества ограничивается выплатой определенной гарантийной суммы, - ограниченные партнеры (командитисты), а ответственность других партнеров не ограничивается, - полные партнеры (комплементарии).

2. Полные партнеры (комплементарии) отвечают перед кредиторами общества как солидарные должники, - всем своим имуществом, прямо и непосредственно. В отношении командитного общества наряду с правилами, изложенными в общей части, применяются соответствующие правила общества с солидарной ответственностью, если настоящей главой не предусмотрено иное.

3. Партнёр командитного общества может быть, как физическим, так и юридическим лицом<sup>8</sup>. Доли в капитале общества могут распределяться только между командитистами, если соглашением партнёров не предусмотрено иное.

4. Право принимать устав командитного общества, вносить изменения в него и регистрационные данные имеют только полные партнеры (комплементарии).

5. Если полный партнёр (комплементарий) выскажет желание выйти из предприятия, в отношении предприятия открывается делопроизводство о неплатежеспособности, из предприятия выходят все ограниченные партнёры (командитисты) или на предприятие входит новый партнёр, в отношении предприятия осуществляются мероприятия по реорганизации предприятия, предусмотренные пунктами 6 и 8 статьи 14<sup>4</sup> настоящего Закона».

Хотим обратить ваше внимание на некоторые детали этой статьи. Во-втором предложении ч.3 указанной статьи сказано, что доли в капитале общества могут распределяться только между командитистами, или иное может быть предусмотрено уставом общества. В данном случае, ввиду надо иметь, что командитное общество от части

---

<sup>8</sup> Законодательство Грузии изначально встало на путь привлечения зарубежных инвестиций, тем самым партнерами КО могут быть и юридические лица зарубежных государств.

модифицированное общество с солидарной ответственности и в нем как уже указывалось две категории партнеров. Поэтому коммандитисты, в общество вносят гарантийный вклад, из которого исходит дальнейшая ответственность ограниченного партнера. Тем самым полный партнер в обществе несет ответственность без ограничений, перед кредиторами. И еще, между полными партнерами могут действовать правила, которые регулируют общество с солидарной ответственностью. Из сказанного можно сделать вывод: необходимости, как токовой, осуществлять взнос в обществе со стороны полного партнера нет. Вместе с этим, это положение может иметь отражение на распределении прибыли и убытков, на пример, два партнера – коммандитисты, а трое – комплементарии, двое внесли по 30% вклада, в сумме 60%, а трое не обязаны вносить, но они несут ответственность в обществе перед кредиторами неограниченно т.е. по 10% каждый, это общая картина, а другие положения могут быть предусмотрены уставом, по соглашению партнеров. Следует отметить, что специальной нормы по распределению прибыли для коммандитного общества нет, поскольку она была исключена с 2008-ого года.

Следующая деталь, которую необходимо рассмотреть, это ч.5 ст.34, когда полный партнер – комплементарий, примет решение о выходе из общества, то в таком случае начинается делопроизводство о неплатежеспособности. Это точка касания двух законов, закона о предпринимателях и закона о производстве дела о неплатежеспособности. Здесь мы рассмотрим механизм, который заложен в этой норме. Допустим, у общества заключен договор с третьим лицом, и полный партнер выходит из общества, вместе с этим ограниченный партнер тоже выходит из общества (автоматически), но при этом остаётся его гарантийная доля. Единственным остается выходящий из общества полный партнер, который способен нести ответственность полностью, и тут закон обеспечивает возможность кредитору не потерять свои права на требования от общества исполнения обязательств. Выход полного партнера из общества, юридически уже может дать основание кредитору предполагать, что общество может стать неплатежеспособным, иными словами, несостоятельным удовлетворить его требования<sup>9</sup>. В упомянутом законе неплатежеспособностью называется – неспособность должника удовлетворить своевременно подошедшие требования кредитора<sup>10</sup>. В тоже самое время законом предусмотрено, что основанием для начала делопроизводства может стать предположение о возможной

---

<sup>9</sup> «Закон Грузии, о производстве дела о неплатежеспособности», регулирует одну из сфер, которая вытекает из закона о предпринимателях Грузии, в частности неплатежеспособность тех предпринимательских субъектов которые предусмотрены законом о предпринимателях.

<sup>10</sup> Закон Грузии, о производстве дела о неплатежеспособности – п. а) ст.3.

несостоятельности удовлетворения требований кредитора.<sup>11</sup> Поэтому выход полного партнера может быть рассмотрен как ограничением того, что если не хватит размера доли командитиста, то требования за долг общества перейдут к комплементарии. Надо учесть, что для существования командитного общества необходимо двое партнеров, из которых один будет полным, а второй – ограниченным. Одно физическое лицо одновременно не может быть и командитистом и комплементарием.

При выходе комплементария, или его смене, законом о предпринимательстве, это может стать возможностью реорганизации, во всех случаях соответствующий документ должен быть передан соответственной службе по доходам, которая контролирует финансовую сторону предприятия. Дело в том, что начало делопроизводства о неплатежеспособности, даёт возможность исключить факт того, что общество может избежать выполнение обязательств перед кредитором. А выход полного партнера, или его смена может вызвать процесс реорганизации, т.е. есть вероятность того, что ресурсов общества может не хватить для выполнения обязанностей, в такой ситуации кредитор может преждевременно потребовать исполнения обязательств от общества<sup>12</sup>, (в ходе делопроизводства судебная власть выходит гарантом определения о возможности или не возможности выполнения обществом обязательств пред кредитором).

Во время реорганизации кредиторы ограничиваются возможностью требовать от партнеров общества досрочного исполнения обязательств.

Командитисты не имеют право на внесение изменений в устав общества, но вправе требовать от полных партнеров (комплементариев) соответствующую отчетную годовую документацию (копии документов), проверять правильность их составления. За ними так же признается право требовать упомянутые документы при помощи суда, в любое время.

Ограниченные партнеры не могут принимать участия в руководстве общества, они не могут возражать полным партнерам в принятии изменений в уставе, не могут возражать решению о заключении той или иной сделки. Для них ограничено право голоса, которое также должно быть записанным в уставе общества.

Закон предусматривает возможность предоставления уставом прав и полномочий одному из ограниченных партнеров по осуществлению действий юридического значения, которые в свою очередь могут выходить за рамки обычной доверенности, за которые он несет ответственность по правилам установленных этим же законом. По этим правилам он,

---

<sup>11</sup> Там же ст.13; Необходимо пояснить, что по данному закону предусматривается два типа делопроизводства: 1) это делопроизводство о неплатежеспособности, при котором предприятие может быть «реанимировано», без последующей ликвидации (оно может и реорганизоваться, главное удовлетворение требований), и 2) это делопроизводство о банкротстве, в случае которого предприятие ликвидируется а его имущество обращается на покрытие долгов.

<sup>12</sup> Закон о Предпринимателях Грузии П.6 и 8 ст. 14<sup>4</sup>

как руководитель общества, должен подчиняться следующим правилам: «вести дела общества добросовестно; в частности, заботиться о нем так, как заботится находящееся на аналогичной должности и в аналогичных условиях обычное здравомыслящее лицо, и действовать с уверенностью, что это его действие наиболее благоприятно для общества. В случае невыполнения этих обязанностей они несут перед обществом солидарную ответственность за возникший ущерб всем своим имуществом, прямо и непосредственно».<sup>13</sup> Исходя из этого нужно понимать, что при согласии на ведение дел общества командитист ответственность понесет как полный партнер, без исключения.

Распределение прибыли и убытков общества происходит в конце каждого хозяйственного года, основой которому является годовой баланс, в котором рассчитана прибыль и убытки. В зависимости от данных, приведенных в балансе, происходит исчисление доли каждого партнера, которая на прямую зависит от прибыли и убытков. Порядок расчета долей партнеров происходит по уставу общества – это как бы обязательное требование к составлению устава. В состоянии с убытками и необходимостью исполнения обязанностей общества перед кредиторами, командитист ограничивается тем взносом, который, он внес в капитал общества, даже тогда, пока он не внес свой необходимый вклад в общество, он все равно будет ответственен тем объемом, который зафиксирован в уставе. Ограниченный партнер может потребовать только тот размер доли, который ему причитается, но не сможет потребовать долю до того пока его вклад менее оговоренной суммы, исключения могут быть, но они должны быть зафиксированы в уставе общества.

Как нам уже известно, командитист ограничен ответственностью перед кредиторами, которая является гарантийной сумой ответственности перед кредиторами, этот размер, как уже говорилось, определяется в уставе, тем самым это и есть степень ответственности перед кредиторами, только для полноценного действия этой ограниченной ответственности партнера гарантийная сумма уже должна быть внесена и соответственно зарегистрирована<sup>14</sup>.

Ограниченный партнер, может произвести отчуждение своей доли в обществе в автономном режиме, т.е. без предварительного согласия с другими партнерами, в том числе комплементариями.

В представленном материале рассматриваются те формы корпоративной деятельности, которые создаются на основании договоренности. Какова возможность образования этих предприятий, которые основываются на взаимном партнерстве, а не на основе

---

<sup>13</sup> Закон о Предпринимателях Грузии, П.6 ст.9

<sup>14</sup> «Ограниченные партнеры командитного общества (командитисты) перед кредиторами по обязательствам общества не отвечают. Ограниченные партнеры командитного общества, отвечают перед кредиторами также невнесенным ими вкладом, если ответственность наступила до полного внесения партнерами согласованного вклада» – Закон о Предпринимателях Грузии, Ст.3 П.4

ответственности капиталом и/или имуществом. Так же отличительно, что эти предпринимательские формы являются существующими, а не просто формами, утвержденными в законе, по данным статистики "Национального Агентства Публичного Реестра (Реестр предпринимательских и непредпринимательских (некоммерческих) юридических лиц)", опубликованные данные показывают, что за последние пять лет О.С.О. зарегистрировано около 49-ти единиц, а К.О. зарегистрировано всего 6. Тем не менее, организация коммандитного общества используется в таких сферах как организация деятельности шоу "бизнеса", организация туристических, и охотничьих возможностей на территориях собственного заповедника, и т.д. Практически, под этими формами возможно заниматься любыми коммерческими сферами, без ограничений. Это обстоятельство даёт возможность развитию бизнеса.

Вышесказанное еще раз подтверждает стремление развития экономической (предпринимательской) деятельности в Грузии. Тем самым даётся возможность планировать и составлять собственную позицию для создания организационной деятельности в Грузии. Кроме того, с научной точки зрения рассмотреть те положения, которые формируют нынешние договорные товарищества.



## **О правовом статусе совета директоров в предпринимательских корпорациях США: историко-правовой аспект.**

**Дисани Теуга**

*Аспирантка кафедры гражданского и трудового права, юридический институт  
Российский университет дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

Совет директоров предпринимательской корпорации<sup>1</sup> участвует в отношениях, которые возникают между ним и акционерами, между директорами внутри совета, а также в отношениях директоров с иными должностными лицами корпорации. История закрепления правового статуса этого органа управления делами предпринимательской корпорации уходит своими корнями в период становления корпоративных форм ведения бизнеса в США. Совет директоров является центральным органом управления предпринимательской корпорации, совмещая в себе контрольные и управленческие функции. Именно совет директоров отвечает за ведение дел и управление предпринимательской корпорацией<sup>2</sup>, при этом совет директоров делегирует оперативное руководство делами корпорации исполнительному органу<sup>3</sup>. Современное положение этого корпоративного органа стало оформляться после периода экономического кризиса 1929-1933гг. Основными правовыми актами, затрагивавшими его статус, стали законы «О ценных бумагах» 1933г.<sup>4</sup> и «О фондовой бирже» 1934г.<sup>5</sup> Однако сразу после их принятия нормотворческая активность в этой сфере заметно снизилась, и возобновилась по окончании Второй мировой войны. Следует заметить, что за военный период корпоративный менеджмент в США приобрёл хорошую репутацию, благодаря той роли, которую американская промышленность сыграла в поддержании союзников во второй

---

<sup>1</sup> Предпринимательская корпорация является самой эффективной организационно-правовой формой юридических лиц в США и ей принадлежит основная экономическая роль в экономике США.

<sup>2</sup> См. статья 141 (а) главы I раздела 8 Общего закона о предпринимательских корпорациях штата Делавэра (Delaware General Corporation Law); статья 701 Общего кодекса о предпринимательских корпорациях штата Нью-Йорк (New York General Business Corporation Code); статья 8.01 (b) главы 8 Примерного закона о предпринимательских корпорациях (Model Business Corporation Act). В данных статьях утверждается, что совет директоров отвечает за ведение бизнеса и управление делами каждой корпорации, учрежденной в соответствии с положениями настоящей главы, если иное не предусмотрено положениями главы, уставом корпорации или акционерным соглашением. См. ссылки на вышеперечисленные нормативные акты: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc04/index.shtml>; <http://codes.lp.findlaw.com/nycode/BSC/7/701>; [http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347\\_large.pdf](http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf)

<sup>3</sup> Структура органов управления корпорацией в США представляет собой двухзвенную систему: общее собрание акционеров (пайщиков) и совет директоров. В качестве исполнительного органа выступают президент корпорации (часто его называют главным исполнительным директором (офицером) с его администрацией (офицерами), являющимися должностными лицами в корпорации. Они отвечают за оперативное руководство делами корпорации.

<sup>4</sup> Securities Act of 1933). См. текст по ссылке: <https://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf> (as amended through P.L. 112-106, approved April 05 2012)

<sup>5</sup> Securities Exchange Act of 1934 (amended in 1968 - Williams Act). см. текст по ссылке: <https://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf> (as amended through P.L. 112-158, approved August 10 2012)

мировой войне, а также потому, что именно в 1950-х годах учредители передавали управление корпорациями в руки профессиональных менеджеров<sup>6</sup>.

Со временем возобновились усилия по совершенствованию правового регулирования деятельности предпринимательских корпораций. Стимулом к такому возобновлению послужили как изменившиеся условия экономической и социальной жизни, так и суждения правовой доктрины. Известно, например, мнения одних из самых авторитетных американских правоведов первой половины XX века, - А. Берли и Г. Минса, отметивших, что акционеры предпринимательских корпораций являются лишь не очень организованными физическими лицами, которые не понимают сущности предпринимательских дел корпорации<sup>7</sup>. В послевоенной Америке большинство акционеров располагали небольшими долями в корпорациях и не были заинтересованы в том, чтобы инвестировать в корпорацию и контролировать ход ее дел. Они стремились избегать таких действий, при которых за счёт усилий одних акционеров выгоды получали бы другие, так называемый «free ride effect».

Если акционеры оказывались разочарованными в корпоративном менеджменте корпорации, то они продавали свои пакеты акций на рынке. Такая практика получила название «самоотсева» («self-selection»). Членство в корпорации сохраняли только те, кто был доволен порядком ведения дел корпорации. Такой «самоотсев» был выгоден и совету директоров, - этот орган управления благодаря ему мог сохранять уверенность в том, что получит поддержку акционеров всем своим предложениям и решениям.

Формально учредительные документы корпорации предусматривали выборность директоров акционерами на общем собрании, но фактически всё решалось единолично советом директоров или даже единоличным исполнительным органом (управляющим). Акционеры лишь ратифицировали решения исполнительного органа управления, не вникая в суть дел корпорации. Именно главный исполнительный директор (Chief Executive Officer) выбирал остальных директоров либо кандидатов на должности независимых директоров. Главный исполнительный директор определял численность и состав совета директоров, играл определяющую роль в процессе принятия решений (decisional process), - доминировал в системе органов управления предпринимательских корпораций.

В американской литературе можно встретить утверждения, что доминирующая роль главного исполнительного директора (управляющего) основана на ряде факторов: (1) главные исполнительные директора обладали полномочием контролировать развитие карьеры инсайдерских директоров, составлявших большинство в совете директоров (это

---

<sup>6</sup> См.: Robert W. Hamilton. Corporate Governance in America 1950-2000: Major Changes But Uncertain Benefits. 25 J. Corp. L. 1999-2000. P. 349-350.

<sup>7</sup> Adolf A. Berle & Gardner C. Means, The modern corporations and private property (1932). P. 234

обстоятельство лишало их воли принимать решения, не согласные с волей управляющего); (2) независимые директора, которые тоже избирались главным исполнительным директором, предпочитали не противоречить ему, поскольку в таком случае они не смогли бы быть переизбранными в совете директоров (они заслужили, поэтому прозвище «yes men»); (3) управляющие сохраняли контроль за источниками информации, необходимой совету директоров для принятия решений; (4) управляющий выступал в качестве председателя совета директоров, и именно он определял повестку дня его заседаний; (5) постоянное расписание заседаний совета директоров не было обязательным, - заседания созывал управляющий по собственному усмотрению. Между заседаниями совет директоров дублировался исполнительным комитетом, в который входил главный исполнительный директор и те директора, которых он вводил в его состав<sup>8</sup>.

Кроме того, главный исполнительный директор обычно сам избирал своего преемника, не оставляя его избрание в руках совета директоров. Совет директоров мог избирать будущего управляющего, только в случае его внезапной болезни или смерти. Совет директоров в 1950-х годах не определял стратегические направления для развития корпорации, он лишь осуществлял совещательную и дисциплинарную функции в отношении должностных лиц корпорации<sup>9</sup>. Совет директоров играл второстепенную роль в управлении корпорацией, а все решения, определяющее ее стратегическое развитие, принимал менеджмент (управляющие). В качестве примера можно сослаться на случай с корпорацией Penn Central Inc., о банкротстве которой члены совета директоров узнали из газет<sup>10</sup>.

В 1972 году один из бывших судей Верховного Суда предложил создавать исполнительные комитеты, состоящие только из независимых директоров (экспертов), которые бы не подчинялись главному исполнительному директору<sup>11</sup>. Однако в кругах корпоративного менеджмента данное предложение было отвергнуто, поскольку они видели в нем угрозу для собственной независимости. Лишь немногие корпорации последовали этой рекомендации, хотя следует признать, что, несмотря на безграничное властвование менеджмента, и в ту пору встречались случаи успешного противостояния менеджменту со стороны независимых директоров. Обычно это происходило при плохом управлении корпорацией или при отрицательных экономических результатах её деятельности.

В целом же ведение дел предпринимательских корпораций было полностью сконцентрировано в руках корпоративного менеджмента, который авторитарно властвовал над другими органами корпорации.

---

<sup>8</sup> Robert W. Hamilton. Ibid. P. 351.

<sup>9</sup> Myles Mace. Directors: Myth and Reality. 1971. P. 184-190.

<sup>10</sup> Robert W. Hamilton. Ibid. P. 352

<sup>11</sup> Arthur J. Goldberg. Debate on Outside Directors, N.Y. Times. Oct. 29, 1972. P. 1.

Однако, с развитием экономики, появлением новых игроков на фондовых рынках, с влиянием политической обстановки и других факторов главная роль по управлению предпринимательской корпорацией постепенно стала переходить к совету директоров.

Некоторые факторы, повлиявшие на реформирование органов управления корпорации, перераспределение их полномочий, повышение роли совета директоров особо выделяются в американской литературе. В их число вошли, в частности: а) повышение благосостояния населения; б) продолжение инфляции в течение длительного периода времени, что негативно повлияло на рынке ценных бумаг с фиксированной доходностью; в) реформы в налоговом законодательстве; г) повышение популярности страхования жизни, что поспособствовало инвестициям страховых компаний на фондовом рынке<sup>12</sup>.

Еще одним фактором послужило увеличение объемов сделок, направленных на покупку контрольного пакета акций (takeover bids). Такие покупки совершались не только за наличные, но и с помощью внешнего финансирования (leverage buy-out). В США первые сделки по покупке контрольного пакета акций были совершены в 1960 году. Покупатели осознавали, что они могут тем самым приобретать контроль над предпринимательскими корпорациями без запроса доверенности от акционеров, - вместо стремления войти в состав менеджмента они стали стремиться приобретать контрольные пакеты акций с помощью внешнего финансирования<sup>13</sup>. Распространение таких сделок стало концом прежнего периода А.Берли и Г. Минса, когда акционеры практически не контролировали менеджмент<sup>14</sup>. Оно положило начало новой эпохе в корпоративной деятельности в США вообще, и в управлении предпринимательскими корпорациями, в частности.

В настоящее время, число членов в советах директоров меньше чем в 1950-х годах, а многие советы директоров имеют в своём составе менее десяти членов<sup>15</sup>. Сокращено число инсайдерских директоров и увеличено число независимых директоров. Необходимо уточнить, что изменение количества членов в советах директоров изменило и определение понятия директор. Инсайдерским директором считается тот директор, который является одновременно должностным лицом в корпорации. Независимый директор – это директор, который не является должностным лицом корпорации или ее дочерних компаний.

В настоящее время существуют два типа советов директоров: 1) совет, большинство членов которого составляют независимые директора (majority independent). Он может состоять из главного исполнительного директора, нескольких инсайдерских директоров, а

---

<sup>12</sup> Robert W. Hamblton. Ibid. P. 354

<sup>13</sup> Ibid. P. 358

<sup>14</sup> Ibid

<sup>15</sup> Статья 141 (b) Общего закона о предпринимательских корпорациях штата Делавэр определяет минимальное требование количества директоров, входящих в состав совета директоров «от одного и больше», но при этом они должны быть физическими лицами.

остальные его участники – это независимые директора; 2) совет, с преобладанием независимых членов совета директоров (supermajority independent), - он состоит из главного исполнительного директора и только независимых директоров.

Национальная ассоциация корпоративных директоров (NACD) определяет независимого директора как «лицо, которое никогда не являлось сотрудником корпорации или ее дочерних компаний, не является аффилированным лицом, не осуществляет какие-либо услуги для корпорации, не является сотрудником такой корпорации и не получает какие-либо выплаты от корпорации, кроме вознаграждения за осуществление обязанности члена совета директоров»<sup>16</sup>.

В отличие от предыдущей эпохи, главный исполнительный директор теперь не составляет расписание заседаний и повестку дня заседаний, данная компетенция принадлежит председателю совета директоров, который может быть независимым директором. Если председателем совета директоров является главный исполнительный директор, то он не обладает больше неограниченными полномочиями. В настоящее время всё чаще приглашают в совет директоров экспертов из области науки, профессоров, академиков. Независимые директора могут в течение года без присутствия главного исполнительного директора или других инсайдерских директоров проводить заседания по оценке деятельности исполнительного органа (правления). Наметилась тенденция к избавлению от инсайдерских директоров и созданию чистых «supermajority independent». Критики считают, что это неправильно, поскольку присутствие инсайдерских директоров дает возможность совету директоров выбирать потенциального из числа инсайдерских директоров кандидата на должность главного исполнительного директора. Другим плюсом инсайдерских директоров являются их знания об оперативной деятельности корпорации. На наш взгляд, главный исполнительный директор – это фигура, обладающая достаточными знаниями об оперативной деятельности корпорации, и поэтому присутствие других инсайдерских директоров в совете директоров теряет актуальность.

В настоящее время должность главного исполнительного директора не имеет такого веса, как 1950-х гг., он считается лишь работником корпорации, хотя и самым важным её работником<sup>17</sup>.

Кроме совета директоров во всех предпринимательских корпорациях теперь есть аудиторские комитеты, подотчетные совету директоров и в которые входят только

---

<sup>16</sup> Cited on: Robert W. Hamilton. Ibid. P. 358, National Association of Corporate directors, Report of the NACD Blue Ribbon Commission on Director Professionalism. 1996. P. 37-40.

<sup>17</sup> Robert W. Hamilton. Ibid. P. 363

независимые директора. Они являются посредником между внешним аудитором, советом директоров и управляющими, которые привлечены к работе по внутреннему аудиту<sup>18</sup>.

Полномочиями назначать новых директоров и распределять компенсации директорам и должностным лицам наделены два комитета: комитет по назначениям должностных лиц корпораций и комитет по распределению компенсаций. Главный исполнительный директор не является членом данных комитетов и не обладает полномочиями, которыми обладал в середине XX века.

Комитеты создаются при совете директоров, где преимущественное число членов составляют независимые директора. Они отвечают за стратегическое планирование и развитие деятельности корпорации, за деятельность, связанную с защитой окружающей среды, распределением материальных выгод среди работников и др. Комитеты при совете директоров, также имеют исключительные полномочия принимать решения по одобрению сделок (self-dealing) между корпорацией и менеджментом (сделки с заинтересованностью), принимать решения об отказе от косвенных исков, о пересмотре распределения материальных компенсаций и возможности вычета данных компенсаций в соответствии с положениями о годовой отчетности по налогу на прибыль (internal revenue code).

В начале 1990-х годов, национальная ассоциация корпоративных директоров предложила предоставлять директорам часть вознаграждения в виде акций корпорации, в совете которой они участвуют<sup>19</sup>. Это предложение призвано повысить экономический интерес директоров к результатам деятельности корпорации. Такое предложение следует признать обоснованным, потому что оно способно привести к улучшению их работы в качестве лиц, управляющих корпорацией.

Таким образом, можно сказать, что в результате указанных процессов статус совета директоров в структуре органов управления корпорации постоянно менялся вследствие социально-экономических факторов, влияющих не только в само структуру органов управления, но и на их правовое регулирование. Со временем можно заметить, что советы директоров постоянно утрачивают характер исполнительного органа (правления), отвечающего за управление делами корпорации и за определение стратегического развития и приобретают контрольные функции за деятельностью исполнительного органа

---

<sup>18</sup> В 2002 году после скандалов, связанных с банкротством крупных предпринимательских корпораций, таких как, Enron, WorldCom, Tyco Intl., по причине неправомерных действий менеджмента (совета директоров и исполнительных офицеров (должностных лиц) был принят закон Сарбенса-Оксли (Sarbanes Oxley Act), который ужесточил правила отчетности и усилил стандарты корпоративного поведения. После принятия данного закона заметно увеличилась роль аудиторских комитетов при совете директоров. Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (codified in scattered sections of 15 U.S.C. and 18 U.S.C.). Enacted July 30, 2002. Текст закона, см. по ссылке: <http://www.soxlaw.com/>

<sup>19</sup> См.: Charles M. Elson. The duty of Care, Compensation, and Stock Ownership, 63 U. Cin. L. Rev. 1995. P. 649; Charles M. Elson. Executive Overcompensation – A board-based solution. 34 B.C. L. Rev. 1993. P. 937

(управляющих) в процессе ведения повседневных дел корпорации. Однако, для обеспечения максимальной эффективности в работе совета директоров и независимости в принятии стратегических для предпринимательской корпорации решений, данный орган продолжает совершенствоваться в соответствии с условиями мировой экономики.

## Иностраный институт “*astreinte*” в российском гражданском праве

**А. С. Дорджи-Горяева**  
Студентка Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: [almasha1994@gmail.com](mailto:almasha1994@gmail.com)

В статье рассматривается применение *astreinte* – денежная сумма, присуждаемая судом кредитору в случае неисполнения должником вынесенного судебного решения, в российском праве, а также его законодательное регулирование во Франции.

**Ключевые слова:** астрент, *astreinte*, Франция, гражданское право, обеспечение исполнения судебного акта, штраф, обязательственное право.

Российское гражданское право последние несколько лет претерпевает значительные изменения. Восьмой этап реформирования данной отрасли затронул положения обязательственного права. Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации"<sup>1</sup> были введены некоторые институты, известные иностранному праву, в том числе и французский институт *astreinte*. Во Франции данный институт в судебной практике применяется с XIX века. Первое свое закрепление астрент получил в Законе от 5 июля 1972 года, а затем в Законе от 9 июля 1991 года. Согласно закону любой судья может «приказать астрент для обеспечения своего решения»<sup>2</sup>.

*Астрент* представляет собой денежную сумму, налагаемую в дополнение к основному обязательству, за каждый день просрочки исполнения судебного решения.

Законом Франции от 9 июля 1991 года указано, что астрент является формой возложенной финансовой обязанности, которая призвана обеспечить исполнение решения, вынесенного судьей. При этом любой судья имеет право вынести решение о применении астрента для обеспечения своего решения. Но только судья по исполнению судебных решений вправе обеспечить решение, вынесенное другим судьей, применяя астрент или изменяя его размер. Во Франции выделяют астрент в двух формах: временный и окончательный<sup>3</sup>. Временная форма заключается в том, что судья может изменить размер суммы астрента в период исполнения решения, а для окончательной формы характерно то, что размер астрента не может измениться при его уплате. Он может быть наложен судом

---

<sup>1</sup> "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.

<sup>2</sup> Christian Di Mauro, Christelle Coslin. Новые итальянские правила, регулирующие финансовые санкции, налагаемые в целях принудительного исполнения судебных решений: Сходства и различия с правовым режимом во Франции //Парижский международный судебный бюллетень. – 2009. – С.22

<sup>3</sup> В. Конт. АСТРЭНТ (во французском праве). [Электронный ресурс] – Режим доступа: [http://m-logos.ru/img/Spravka\\_astreinte\\_Komt.pdf](http://m-logos.ru/img/Spravka_astreinte_Komt.pdf)



только в течение ограниченного периода времени и после предварительного наложения временного астрента.

Стоит отметить, что во Франции астрент может применяться для обеспечения исполнения решения в отношении всех обязательств. Что касается, временных рамок, судья сам устанавливает сроки действия, астрент может быть как срочным, так и бессрочным<sup>4</sup>. Вступает в силу он в установленную судьей дату. Размер астрента зависит не от понесенного кредитором ущерба, а от степени вины и сопротивления должника.

Как было отмечено выше, подобный астренту правовой механизм является нововведением в российском гражданском праве. Гражданский кодекс закрепил его в разделе общих положений об обязательствах, обозначив как защиту прав кредитора по обязательству<sup>5</sup>. Согласно ст. 308.3 кредитор в случае неисполнения обязательства должником, вправе требовать в судебном порядке исполнения обязательства в натуре. При этом суд, по требованию кредитора, может присвоить ему денежную сумму, в случае неисполнения судебного акта должником, основываясь на принципах справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения. Еще до принятия Федерального закона от 08.03.2015 N 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации", Пленумом ВАС РФ было утверждено Постановление № 22 от 4.04.2014г.<sup>6</sup> в котором также говорилось о присуждении денежных средств кредитору, в случае неисполнения судебного решения. При этом отмечалось, что цель установления такого механизма выражается в том, что исполнение судебного акта должнику должно быть выгоднее, чем его неисполнение. Следует отметить, что в российском праве астрент применяется только лишь к исполнению обязательства в натуре, в отличие от французской практики.

С точки зрения, правовой природы *astreinte* существует несколько точек зрения ученых на этот счет. Так например, В.Ярков, определяет астрент, как способ стимулирования должника к исполнению своих обязанностей, как обязанность должника выплачивать, налагаемый на сумму основного долга, штраф, размер которого увеличивается с каждым днем, вплоть до момента исполнения основных обязательств. Далее А. Парфенчиков обозначает *astreinte*, как институт компенсаций за неисполнение решения суда неимущественного характера, взыскиваемых непосредственно в пользу взыскателя без

<sup>4</sup> М.А. Церковников. Институт *astreinte* во французском праве: кратка справка. [Электронный ресурс] – Режим доступа: [http://m-logos.ru/img/Spravka\\_astreinte\\_Cerkovnikov.pdf](http://m-logos.ru/img/Spravka_astreinte_Cerkovnikov.pdf)

<sup>5</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации : часть 1: федеральный закон от 30.11.1994 N 52-ФЗ ( в ред. от 13.07.2015) //Собрание законодательства РФ – 1994 - №32 – Ст.3301; // Собр. законодательства Российской Федерации. – 2015. – Ст. 308.3.

<sup>6</sup> 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.

освобождения должника от исполнения основного обязательства по исполнительному документу. Советник управления частного права ВАС РФ, М. Церковников обозначил астрент, как неустойку на случай неисполнения судебного решения<sup>7</sup>. Учитывая мнения российских правоведов, а также применение *astreinte* судами во Франции, его можно определить как способ обеспечения обязательства по исполнению судебного решения.

По причине новизны института в российском праве, практика применения статьи 308.3 ГК РФ только формируется, в связи с этим возникают вопросы по поводу его правильного применения, на которые еще только предстоит найти ответы. Так например, существует неопределенность в порядке определения размера астрента, периода исчисления, а именно момента возникновения обязательства по уплате астрента, подлежит ли применению п.1 ст.308.3 ГК РФ, в случае неисполнения судебного акта о взыскании денежных средств<sup>8</sup>.

Таким образом, учитывая все преимущества и недостатки *astreinte*, как меры воздействия на должника для своевременного исполнения судебного решения, следует отметить эффективность этого механизма. Тем не менее, наряду с ожидаемым уменьшением нагрузки органов исполнительного производства, прогнозируемо увеличение объема работы судей.

---

<sup>7</sup> Астрент в российском праве//Закон [Электронный ресурс]. – Электронный журнал. – 2014- №4 – С. 34-38. - [http://arbitr.ru/upimg/22bc83459619897f1fc98895f5554978\\_034-047.pdf](http://arbitr.ru/upimg/22bc83459619897f1fc98895f5554978_034-047.pdf)

<sup>8</sup> Первая практика применения астрента по новым правилам. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <https://www.1jur.ru/#/document/184/3072/bssPhr7/?step=3>

## Альтернативные способы урегулирования споров в Китайской Народной Республике.

**К. О. Дудов**

*Студент 3 курса Юридического института Российского университета дружбы народов Адрес: улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
e-mail: [dudov8@yandex.ru](mailto: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.<sup>1</sup> 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:

- 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).

---

<sup>1</sup> Сухарев А.А. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / Отв. ред. А.А. Сухарев. М.: Наука, 2000. С. 319

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».<sup>2</sup> 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 поощрять их работу. Задачей комиссий является побуждение сторон спора к заключению мирового соглашения. В ходе примирения народные примирители должны установиться 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.<sup>3</sup>

#### **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

---

<sup>2</sup> П. Чан. Коммерческая медиация в современном Китае: общий обзор.// Коммерческая медиация: теория и практика: сборник статей // под ред. С.К.Загайновой, В.О. Оболонина. Москва.: Инфотропик Медиа, 2012. С.50-68.

<sup>3</sup> <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwechi.htm>

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.<sup>4</sup>

### **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 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.<sup>5</sup>

Сравнивая альтернативные способы урегулирования споров Китая с урегулированием споро 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.

---

<sup>4</sup> <http://conflictmanagement.ru/kitay-primirenie-kak-traditsionnyiy-sposob-razresheniya-sporov>

<sup>5</sup> 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.

## Определение размера долей при разделе общего имущества супругов в РФ.

**И.А. Ильина**

*Магистр кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: [ilira94@mail.ru](mailto:ilira94@mail.ru)*

В статье рассматриваются вопросы определения размера долей при разделе общего имущества супругов в Российской Федерации, а также в целом подвергается подробному рассмотрению раздел общего имущества супругов.

**Ключевые слова:** семейное право, режим совместной собственности супругов, раздел общего имущества супругов, определение долей при разделе общего имущества супругов.

В науке семейного права исследование проблем правового регулирования раздела общего имущества супругов и, в особенности, определения долей этого имущества, создало определенный базис, на основании которого хотелось бы вывести некоторые выводы.

Ст.38 Семейного кодекса Российской Федерации закрепляет нормы, регулирующие раздел общего имущества супругов. Под разделом имущества стоит понимать разграничение по определенным долям имущества супругов. Раздел общего имущества может быть произведен по требованию любого из супругов, причем как во время брака, так и после его расторжения. Кроме того, он может быть произведен в случае заявления кредитором требования о разделе общего имущества супругов с целью обращения взыскания на долю одного из них в общем имуществе супругов<sup>1</sup>.

Определение размера долей в общем имуществе супругов является важным моментом при разделе имущества, о котором хотелось бы поговорить подробнее. В п.1 ст.39 Семейного кодекса Российской Федерации устанавливается принцип равенства при разделе общего имущества супругов и определения долей в этом имуществе, иные условия определения долей могут быть предусмотрены договором между супругами.

Но, в п.2. ст.39 Семейного кодекса Российской Федерации, закреплены обстоятельства, при которых суд имеет право отступить от начала равенства долей супругов в их общем имуществе. К этим обстоятельствам относится защита интересов несовершеннолетних детей, остающихся с одним из родителей. И именно по отношению к этому родителю судом могут быть установлены некоторые положительные моменты, в виде увеличения доли за счет другого супруга. Или по обстоятельствам, заслуживающим внимания интереса одного из супругов, в частности, доля одного из супругов может быть увеличена (а другого - уменьшена) с учетом его нетрудоспособности, когда он по состоянию здоровья лишен возможности получать доход от трудовой деятельности, а также в случаях, когда другой супруг не получал доходов без уважительных причин или расходовал общее имущество

---

<sup>1</sup> Антокольская М.В. Семейное право: Учебник.- Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Инфра-М, 2010.

супругов в ущерб интересам семьи<sup>2</sup>. Например, злоупотреблял спиртными напитками, наркотическими средствами, был подвержен влиянию азартных игр или лотерей.

Этот перечень обстоятельств не является исчерпывающим и суд, руководствуясь данным положением п.2 ст.39 Семейного кодекса Российской Федерации, вправе принять решение о присуждении большей доли имущества, не основываясь на началах равенства, в целях защиты интересов одного из супругов и иных лиц.

Доли в общем имуществе супругов определяются судом в идеальном выражении - 1/2, 2/3, 1/3 и т.п., далее по желанию супругов производится натуральный раздел имущества в соответствии с присужденными долями<sup>3</sup>.

Общие долги супругов и права требования по обязательствам, которые возникли в интересах семьи также учитываются при разделе имущества супругов. Общие долги супругов при разделе общего имущества супругов распределяются между супругами пропорционально присужденным им долям (п.3 ст.39 Семейного кодекса Российской Федерации). К общему долгу супругов можно отнести совместное причинение вреда другим лицам (ст.1080 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В случае выявления нарушения требований ст.35 Семейного кодекса Российской Федерации одним из супругов, суд должен учесть при разделе общего имущества супругов то имущество или его стоимость, которое было отчуждено или израсходовано вопреки воле другого супруга, либо в тайне от него, причем данные действия шли вразрез с интересами семьи (п.16 Постановления Верховного Суда Российской Федерации от 5 ноября 1998 года №15)<sup>4</sup>. То есть даже несуществующее, отсутствующее в наличии имущество подлежит разделу. Таким образом происходит уравнивание долей супругов посредством уменьшения доли недобросовестного супруга и увеличения добросовестного супруга соответственно.

При разделе общего имущества супругов судом могут быть учтены все разновидности общего имущества, включая ценные бумаги, вклады, паи, доли в капитале, внесенные в кредитные учреждения или иные коммерческие организации на имя одного из них и др. В этом случае важно определить какова действительная стоимость этого имущества с учетом его реальной цены на день раздела имущества, а не на момент его приобретения<sup>5</sup>.

Прежде всего при разделе общего имущества супругов следует определить состав имущества, которое подлежит разделу. Имущество определяется на основании описей всего

---

<sup>2</sup> Низамиева О.Н. Соглашение об определении долей в общем имуществе и соглашение о разделе общего имущества супругов: особенности правового регулирования // Нотариус. 2011. № 4. С. 19.

<sup>3</sup> Зимица И.А., Давыдов Ф.Ф. Определение супружеской доли в имуществе // Нотариус, 2014, N 1

<sup>4</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15 О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 1.

<sup>5</sup> Дорощева О.И. Имущество супругов: некоторые дискуссионные вопросы // Современное право. 2011. № 2. С. 17-20

имущества которое было нажито во время брака. Эти описи составляются каждым из супругов в письменной форме. Опись включает в себя конкретные объекты собственности, время их приобретения, а также стоимость каждой вещи, причем принимается во внимание степень износа той или иной вещи. Описи должны быть подписаны надлежащим образом и должны содержать указания на дату их составления. Это поможет в дальнейшем избежать жалоб, которые могут возникнуть в связи с отсутствием того или иного имущества в общей имущественной массе. Составление описей очень полезно и действенно в целях выявления спорного имущества. Так как процесс раздела каждого объекта общего имущества супругов может обернуться затягиванием, усложнением рассмотрения дела. То определение конкретных объектов по поводу которых возник спор способно упростить производство.

В процессе определения стоимости имущества между супругами могут возникнуть некоторые несогласия и недоговоренности. Суд в целях разрешения данного аспекта вправе назначить экспертизу на стадии подготовки дела к судебному разбирательству в порядке ст.150 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.

После установления состава общего имущества супругов и его стоимости, суд правомочен определить какое конкретно имущество должно быть передано каждому из супругов, на основании присужденной доли. Принимая такое решение суд, несомненно, руководствуется пожеланиями супругов, но в случае, отсутствия согласия между ними, суд присуждает спорные предметы, учитывая все обстоятельства дела, более нуждающемуся в них супругу. Суд учитывает абсолютно все аспекты, которые могут коснуться имущественного положения лиц. Итак, приоритетными моментами могут выступить: состояние здоровья, профессиональная деятельность, проживание несовершеннолетнего ребенка с одним из родителей.

Нередко в ходе раздела имущества возникает вопрос раздела жилой недвижимости в натуре, что вызывает некоторые трудности. Так как чаще всего квартира не может быть разделена в натуре путем образования двух изолированных объектов недвижимости, обеспеченных необходимым набором помещений. В связи с этим, видится возможным, дополнение жилищного законодательства нормами, которые бы допускали раздел квартиры с образованием квартиры коммунального заселения. Итак, комнаты будут находиться в собственности жильцов, а те помещения, которые предназначены для обслуживания более чем одной комнаты, будут находиться в долевой собственности. При разделе жилого дома можно было бы производить его с выделением общего имущества и образованием в результате раздела многоквартирного дома. При этом необходимо учитывать те объекты, которые будут переведены в общую долевую собственность, к ним можно отнести в качестве



примера различные ограждающие конструкции, вспомогательные нежилые помещения, фундамент.

Если возникнет ситуация, при которой одному из супругов будет передано имущество, чья стоимость будет превышать причитающуюся ему долю, то второму супругу будет присуждена денежная или иная компенсация (в соответствии с п.3 ст.38 Семейного кодекса Российской Федерации).

Совместным Пленумом Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации было определено еще одно основание, по которому представляется возможным присудить денежную компенсацию<sup>6</sup>. Оно базируется на невозможности удовлетворения судом требования о выделе доли в натуре из общего имущества. В Гражданском кодексе Российской Федерации, а именно в ст.254 и п.3 ст.252, указываются основания отказа о выделе доли в натуре. К ним относятся такие случаи, когда выдел не допускается законом (п.2 ст.258 Гражданского кодекса Российской Федерации) и когда его осуществление невозможно без нанесения существенного ущерба тому имуществу, которое составляет общую собственность супругов. Ущерб характеризуется невозможностью использования имущества по целевому назначению, также существенным ухудшением технического состояния или снижением материальной либо художественной ценности. Даже возникновение некоторых неудобств в использовании той или иной вещи можно признать ущербом.

Стоимость доли, которая выражается в денежном эквиваленте либо в качестве иного вида компенсации, выплачивается другим супругом, в случае невозможности удовлетворения требования о выделе доли в натуре из общего имущества супругов. В п.4 ст.252 Гражданского кодекса Российской Федерации закрепляется правило, согласно которому такое замещение в виде выплаты осуществляется лишь с согласия заявившего требования супруга. Но из этого правила вытекает оговорка, которая обоснована на определении стоимости доли и ее значительности. Так вот, в случае невозможности реального выдела доли, а также отсутствия подлинного интереса в использовании общего имущества, суд вправе обязать другого супруга выплатить компенсацию даже без наличия должного согласия супруга, заявившего требования выдела доли в натуре<sup>7</sup>.

Режим общей совместной собственности включает в себя абсолютно уникальные черты, которые связаны с переплетением норм гражданского и семейного права, и вследствие чего формируется противоречивый характер его правовой природы. Л.Б.

---

<sup>6</sup> Постановление Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8. П. 35.

<sup>7</sup> Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации: 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2003. С. 168.

Максимович в своих работах указывает на то, что заимствование гражданско-правовых механизмов в супружеские имущественные отношения ограничено недопустимостью превращения особых супружеских (в том числе имущественных) отношений в обычные товарно-денежные отношения между обособленными и автономно действующими участниками гражданского оборота<sup>8</sup>.

Ю.А. Королёв подчеркивает, что при разделе имущества и определении долей супругов не принимается во внимание гражданско-правовой принцип: кто и сколько средств затратил, или кто и сколько труда вложил непосредственно в приобретение этого имущества, а учитываются именно семейно-правовые отношения, сложившиеся между супругами<sup>9</sup>. Таким образом, режим совместного имущества супругов предполагает развитые личные отношения между его участниками, основанные на доверии и взаимной поддержке. И именно в этом кроется одно из основополагающих отличий семейно-правовой концепции от гражданско-правовой концепции.

---

<sup>8</sup> Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. М.: Ось-89, 2003. С.7

<sup>9</sup> Королёв Ю.А. Семейное право России. М.: Юридическая литература, 1999. С.120.

## Понятие и виды завещаний в праве стран ЕАЭС

**В. О. Крамаренко**

*Студент четвертого курса юридического института  
Российский университет дружбы народов  
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д. 6  
e-mail: [vladimirkramaren@gmail.com](mailto:vladimirkramaren@gmail.com)*

Наследование на сегодняшний день является одним из ключевых институтов современного гражданского права любого государства. Общие положения, регулирующие наследственные отношения в каждом государстве, имеют схожие между собой элементы. Однако имеются и особенности, которые характерны для определенной страны или группы государств. Проведение сравнительно-правового анализа законодательств различных государств, с научной точки зрения, всегда будет вызывать интерес у исследователей. Если провести такой анализ целой группы государств, входящих в одну международную организацию, причем, совсем недавно образовавшуюся, можно обнаружить немало как общих, так и специфических черт в области наследования<sup>1</sup>.

Евразийский экономический союз был образован в 2014 году. Он является преемником Евразийского экономического сообщества. Исследование права стран ЕАЭС вызывает широкий интерес в связи с масштабными проектами, выдвигаемыми членами данной организации.

На сегодняшний день можно исследовать наследственное право каждого государства-члена, входящего в ЕАЭС, и затем провести сравнительно-правовой анализ.

В странах ЕАЭС законодательство предусматривает два основания наследования:

1. по закону;
2. по завещанию<sup>2</sup>.

Следует отметить, что наследование по завещанию признается приоритетным. Это обусловлено тем, что передача наследства по закону осуществляется только в том случае, когда этот порядок не изменен завещанием. Имеется в виду отсутствие завещания в принципе или же определение судьбы только какой-то определенной части наследства.

На случай смерти всем гражданам предоставляется возможность распоряжаться имуществом, которое принадлежит им на праве собственности. Если наследодатель не согласен с установленным законодательным порядком, он вправе установить свой, путем

---

<sup>1</sup> 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.).

<sup>2</sup> Блинков О. Е. Общие тенденции развития наследственного права государств - участников Содружества Независимых Государств и Балтии // Гражданское право. 2009. N 3. С. 12.

составления завещания. Ряд норм направлены в пользу передачи наследства по завещанию<sup>3</sup>. Положения законодательства побуждают граждан к написанию завещания. В качестве примера можно привести целый комплект гарантий, предоставляемых каждому лицу, принявшему решение составить завещание:

1. Тайна завещания. Никто не вправе знать, кому, и в какой доле передаст всё своё имущество наследодатель, в случае своей смерти;

2. Свобода завещания. Наследодатель вправе указать в своём завещании круг наследников, перечень наследуемого имущества, свои пожелания и требования. Законодатель не предусматривает строгих ограничений, которым должны придерживаться все граждане и предоставляет право каждому написать завещание в свободной форме;

3. Возможность выбора способа составления завещания. Во всех странах ЕАЭС признается только одна форма завещания – письменная. Несмотря на это, наследодатель не всегда может составить завещание собственноручно. Поэтому законодатель предусмотрел различные варианты, при помощи которых наследодатель сможет составить завещание. Например, в силу слабого здоровья, завещание может быть составлено со слов наследодателя другим лицом, либо нотариусом. Однако в странах ЕАЭС признается лишь одна форма составления завещания – письменная.

Во всех странах ЕАЭС были приняты Гражданские кодексы. Каждый из них содержит положения о наследственном праве и включает понятие завещания. Однако для начала следует обратиться к первоисточнику, благодаря которому и появились Гражданские кодексы во всех пяти государствах.

Итак, в 1996 году Содружеством независимых государств был принят Модельный Гражданский кодекс, признанный всеми странами образцом для создания собственных гражданских кодификаций. Самое первое понятие «завещание» на территории бывших Советских Республик, появилось в статье 1156 МГК. В ней сказано: «Завещанием признается волеизъявление гражданина по распоряжению принадлежащим ему имуществом на случай смерти». Следует отметить, что с принятием всех последующих гражданских законодательств в разделе о наследственном праве был использован именно этот термин, за исключением Киргизии и РФ. В 1127 статье ГК КР содержится то же самое определение, что и в статье 1156 МГК, но с оговоркой в конце «оформленное надлежащим образом».

---

<sup>3</sup> Маковский А.Л. Об унификации гражданского законодательства на едином экономическом пространстве (советский и постсоветский опыт) // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 22. – Алматы: ЮРИСТ, 2005. – С. 135.

Законодатель подчеркнул особую важность одного из главных критериев признания завещания действительным<sup>4</sup>.

В положениях гражданских законодательств стран ЕАЭС перечисляются общие правила, которые касаются порядка совершения завещания и формы его составления. На момент составления завещания гражданин должен обладать дееспособностью в полном объеме. Итак, несоблюдение формы, последовательного порядка или отсутствие у гражданина дееспособности на момент составления завещания могут стать основанием для признания такого завещания недействительным<sup>5</sup>.

Понятие завещание в РФ содержится в пункте 5 статьи 1118, где сказано, что завещание является односторонней сделкой, которая после открытия наследства создает у сторон права и обязанности. В целом, стоит отметить, что гражданское законодательство стран ЕАЭС включает в себя понятие «завещание» и прописывает его виды и содержание.

По общему правилу, завещание может быть составлено в одной единственной форме – письменной. Однако есть и такие государства, которые признают устную форму составления завещания. При неминуемой смерти, устная форма предусматривается в Венгрии и США. В качестве исключения, устная форма завещания допускается в Великобритании, Германии и Швейцарии. Страны ЕАЭС не признают составление завещания в устной форме. В статье 1160 МГК сказано, что завещание должно быть совершено в письменной форме, в котором также необходимо указать место и время составления. С принятием Гражданских кодексов в странах ЕАЭС появилось небольшое нововведение – завещание должно быть совершено в письменной форме и нотариально удостоверено. В Гражданских кодексах Армении и Киргизии добавляется указание о том, что в обязанности лица также входит собственноручное подписание.

Содержание завещания определяется лично наследодателем. Одним из ключевых принципов является свобода завещания, согласно которому наследодатель вправе определять круг наследников и доли имущества. В статье 1128 ГК КР содержится положение о завещании с условием. Согласно вышеуказанной статье, лицо получает свою долю в наследстве только в случае выполнения указанных в завещании требований. Однако, если в силу объективных причин или состояния здоровья лицо не в состоянии исполнить

---

<sup>4</sup> Моисеев Е.Г. Международно-правовые проблемы деятельности Содружества Независимых Государств: Автореф. дис. ...д. ю.н. М., 2002. 12 с.

<sup>5</sup> Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. – 2006. – № 6. С. 10.

требование завещателя, оно может потребовать в судебном порядке признать данное положение недействительным<sup>6</sup>.

В завещании допускаются распоряжения только одного лица. Такое лицо вправе завещать всё своё имущество любым лицам и любым образом. Завещатель вправе лишить одного или несколько наследников наследства, причем он не обязан указывать причину такого лишения. Завещатель также вправе изменить или отменить завещание. Однако свобода завещания ограничивается обязательными долями в наследстве. Согласно статье 1149 ГК РФ, статье 1064 ГК РБ, статье 1194 ГК РА, статье 1069 ГК РК и статье 1049 ГК РК право на обязательные доли имеют:

1. нетрудоспособные и несовершеннолетние дети наследодателя;
2. нетрудоспособные родители или супруг (в Армении также все родители, достигшие 60 лет);
3. нетрудоспособные иждивенцы наследодателя<sup>7</sup>.

В Гражданских кодексах стран ЕАЭС установлены следующие виды завещаний.

1. Нотариально удостоверенное завещание. Завещание должно быть составлено завещателем и удостоверено нотариусом. Данный вид предусматривает обязательное собственноручное подписание завещания.

2. Закрытое завещание. Завещателем может быть составлено секретное завещание, которое по желанию завещателя может быть удостоверено нотариусом без ознакомления с его содержанием. Завещание в присутствии двух свидетелей убирается в специальный конверт, который до предоставления свидетельства о смерти наследодателя хранится у нотариуса.

3. Завещание, приравняемое к нотариально удостоверенным завещаниям. Законодатель предусмотрел случаи, когда лицо не может заверить завещание у нотариуса и находится в лечебном учреждении, доме престарелых и инвалидов, на плавающем судне РФ, в разведочной и иной экспедиции, в воинской части или месте лишения свободы. В этом случае, завещание удостоверяется лицом, в полномочия которого входит такая обязанность. Завещание могут удостоверить: начальник госпиталя, главный врач, директор дома престарелых, капитан судна, начальник экспедиции, командир воинских частей, начальник места лишения свободы.

4. Завещательные распоряжения правами на денежные средства в банках. Данный вид завещания содержится исключительно в Гражданских кодексах РФ и Республики

---

<sup>6</sup> Чантурия Л. Введение в Общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права). М.: Статут, 2006. С. 49.

<sup>7</sup> Барщевский М.Ю. Наследственное право. - М., 2015 - С. 66.

Беларусь. Завещатель вправе составить завещательное распоряжение о передаче денежных средств наследникам в том филиале банка, где находится его банковский счёт. Завещание подписывается завещателем и удостоверяется уполномоченными служащими банка.

5. Завещание в чрезвычайных обстоятельствах. Данное завещание составляется в тех случаях, когда лицо находится в положении, явно угрожающем его жизни. Поскольку лицо лишено возможности составить завещание в установленной форме в связи с чрезвычайными обстоятельствами, оно излагает свою последнюю волю о судьбе своего имущества в простой письменной форме<sup>8</sup>. Для действительности такого вида завещания необходимо присутствие двух свидетелей.

Итак, каждое из государств-членов ЕАЭС является преемником СССР. После создания СНГ и принятия Модельного Гражданского кодекса государства стояли перед выбором: либо основываться на нормах наследственного права из модельного законодательства, либо на основе МГК СНГ принять свои положения.

Следует отметить, что нормы наследственного права в государствах-членах ЕАЭС достаточно схожи между собой. В связи с этим, можно предположить, что в ближайшее время члены ЕАЭС могут прийти к решению о создании единых законодательных норм в области наследственного права, а также и в других областях.

Евразийский экономический союз является относительно новой международной организацией региональной экономической интеграции, обладающей международной правосубъектностью. На территории ЕАЭС осуществляется свободное движение товаров, капитала, а также услуг и рабочей силы. Безусловно, развитие интеграционных процессов постепенно будет способствовать и гармонизации законодательства, в том числе и в сфере наследственного права.

---

<sup>8</sup> Блинков О.Е. Развитие наследственного права в бывших республиках СССР. Часть II. // Нотариус. – 2004. – № 5 (49). – С. 37.

## Доктрина alter ego при присоединении третьей стороны к рассмотрению споров в международном коммерческом арбитраже

**А.О. Кузьмина**

*Студент кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: 1333kao@mail.ru*

В статье изучаются основания для привлечения третьих лиц в процесс в рамках международного коммерческого арбитража по доктрине альтер эго

**Ключевые слова:** третьи лица, международный коммерческий арбитраж, арбитраж, альтер эго, снятие корпоративной вуали, аффилированные лица.

В условиях рыночной экономики и с развитием международных торговых связей всё большую актуальность стали приобретать альтернативные методы разрешения споров между юридическими лицами из разных государств. Система внесудебного разрешения споров, или так называемый альтернативный механизм разрешения споров — ADR, существует во многих странах уже не одно десятилетие.<sup>1</sup> Одним из наиболее распространенных альтернативных механизмов разрешения споров является международный коммерческий арбитраж.

В отличие от юрисдикции государственных судов в отношении третьих лиц, юрисдикция международного коммерческого арбитража зависит не только от наличия у третьего лица интереса в рассматриваемом деле. Для того, чтобы арбитраж признал наличие у него юрисдикции в отношении определенного лица, необходимо наличие согласия такого лица на арбитраж, которое чаще всего выражается в подписании сторонами отдельного арбитражного соглашения, либо договора, содержащего арбитражную оговорку. Тем не менее, в международной практике арбитры часто рассматривают дела с участием лиц, не подписавших арбитражное соглашение. У континентальных юристов эту процедуру принято называть «расширение арбитражной оговорки», а у англо-саксонских — «присоединением стороны, не подписавшей арбитражную оговорку».

При решении вопроса о присоединении стороны к разбирательству в государственных судах, судья обычно прибегает к правилам и стандартам, установленным в рамках юрисдикции такого суда. В международном коммерческом арбитраже, арбитры решают процессуальные вопросы на основании внутренних правил, установленных в рамках конкретного арбитражного института. В правилах большинства арбитражных институтов либо вообще не содержатся требования и основания для привлечения третьих лиц в

---

<sup>1</sup> «Многообразие способов разрешения торговых споров как фактор эффективности деятельности международного коммерческого арбитража в России и Англии», Е.П. Русакова /Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2009. № 1. С. 68-74.



арбитраж, либо содержатся лишь формальные требования, предъявляемые к заявлению о присоединении стороны в арбитраж. Поэтому при присоединении третьей стороны в арбитраж, арбитры часто руководствуются различного рода доктринами, разработанными международной практикой. Одной из таких доктрин является доктрина альтер эго (alter ego).

Привлечение лица, не подписывавшего арбитражное соглашение и тем более возложение на такого лица материальной ответственности на основании решения арбитража по сути влечет серьезное ограничение таких основополагающих, признанных повсеместно принципов процессуального и материального права как наличие согласия лица на рассмотрение споров с ним в рамках арбитража и независимость юридического лица. Однако, как показывает мировая практика, эти базовые принципы могут быть ограничены в особых случаях.

В соответствии с доктриной альтер эго, которую в континентальных правовых традициях принято называть доктриной «снятия корпоративной вуали» или «срыв корпоративных покровов», сторона может стать стороной в арбитраже, а также отвечать по долгам другой компании в случае, если она настолько сильно влияет на деятельность и контролирует решения другой компании как в рамках спорного правоотношения, так и в ежедневной хозяйственной деятельности, что это позволяет полагать, что они действуют как единое лицо, а не как два отдельных юридических лица. Таким образом, для привлечения такого лица к арбитражу необходимо доказать, что одно лицо своей волей контролирует деятельность другого лица на постоянной основе, а также то, что эта власть используется лицом для какого-либо мошенничества, в частности, уклонения от ответственности по обязательствам, возникающим из договоров или закона. Мошеннические схемы, в которых одно лицо создает одно или несколько «пустышек» - юридических лиц с минимальными активами, которые берут на себя какие-либо обязательства перед несколькими контрагентами, получают деньги, переводят эти деньги основной компании, не выполняют обязательств и ликвидируются (иногда путем банкротства) к сожалению используются довольно часто. Доктрина альтер эго или снятия корпоративной вуали защищает интересы контрагентов, заключивших соглашения с такими пустыми юридическими лицами.

Материальная сторона доктрины альтер эго вырабатывается отдельными национальными законодательствами. В данном случае встает вопрос о том, право какой страны применять к этим правоотношениям. Международные арбитражи в таких ситуациях шли различными путями: иногда применяли право страны места нахождения и регистрации компании, (*Fletcher v. Atex Inc.*, 68 F.3d 1451, 1456 (2d Cir. 1995)), в других случаях - право, регулирующее арбитражное соглашение (ICC Case No. 8385), а иногда - право,

регулирующее договор (FR8 Singapore Pte Ltd v. Albacore Maritime Inc., 54 F.Supp.2d 628 (S.D.N.Y. 2010)).

Доктрину альтер эго наиболее активно применяют в США и Англии. В Германии национальные суды также придерживаются доктрины снятия корпоративной вуали в ее материальной части, однако зачастую немецкие суды подвергают сомнению использование этой доктрины как основания для присоединения к арбитражу лиц, не подписавших арбитражную оговорку.<sup>2</sup> Во Франции же традиционно отдают предпочтение более мягкой доктрине группы компаний, в обязательные критерии которой не входит мошенничество.

Исходя из презумпции независимости юридических лиц, основания для признания двух лиц единой юридической личностью должны быть достаточно вескими. Так, например, американские суды выработали следующие основания, позволяющих полагать, что два юридических лица действуют как одно (при этом эти основания также не являются обязательными и в некоторых случаях не будут являться достаточными для привлечения лица к ответственности за другое лицо):

- одна компания создала другую;
- у материнской и дочерней компаний имеется общая собственность;
- у материнской и дочерней компаний единое руководство и персонал;
- у материнской и дочерней компаний общая внутренняя структура;
- материнская и дочерняя компании составляют консолидированную финансовую (бухгалтерскую) отчетность;
- материнская компания финансирует дочернюю;
- уставный капитал и активы дочерней компании необоснованно малы;
- материнская компания оплачивает зарплату сотрудникам дочерней компании, а также прочие расходы дочерней компании;
- компании используют общую интеллектуальную собственность (товарные знаки, знаки обслуживания и т.д.);
- проч.<sup>3</sup>

Доктрина альтер эго, в отличие от большинства других доктрин о присоединении третьих лиц в арбитраже, акцентирует внимание не на роли присоединяемой стороны в конкретном договоре и выражении ею подразумеваемого согласия на арбитраж, а на общую связь между двумя юридическими лицами. За такой подход доктрина альтер эго часто критикуется, так как юрисдикция арбитража определяется по согласию сторон на передачу

---

<sup>2</sup> Gary B. Born International commercial arbitration, 2<sup>nd</sup> edition / Kluwer law international, 2014, p. 1435

<sup>3</sup> Bidas SAPIC v. Gov't of Turkmenistan 447 F.3d 411 (5th Cir. 2006)

конкретного спора в отношении конкретного договора, а не в общем отношении между сторонами.<sup>4</sup>

В заключении хотелось бы отметить, что, на мой взгляд, в рамках международного коммерческого арбитража, необходимо, чтобы присутствовали достаточно весомые основания для присоединения третьих лиц в процесс.

---

<sup>4</sup> *Treitel: The Law of Contracts* (13th ed. 2011)

## Алиментные обязательства супругов и бывших супругов в странах ЕАЭС (на примере России, Киргизии и Армении)

**М. В. Лашина**

*Студентка 4 курса юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д. 6  
email: [la\\_shina@list.ru](mailto:la_shina@list.ru)*

В современных условиях для удовлетворения потребностей общества и государства в целом необходимо расширять круг вопросов, который впоследствии может стать предметом его тесного сотрудничества с другими государствами. Не исключением становятся и брачно-семейные отношения, которые в отсутствие международного договора в соответствующей сфере требуют надлежащего правового оформления<sup>1</sup>.

Одним из способов такого сотрудничества является гармонизация законодательства. В данной статье будет рассмотрено правовое наполнение алиментных обязательств в государствах-членах ЕАЭС (на примере России, Киргизии и Армении).

В первую очередь, стоит разобраться с нормативно-правовой базой, которая и станет предметом рассмотрения. В Армении алиментные обязательства супругов и бывших супругов регулируются главой 13 (ст.ст. 77-80) Семейного кодекса Республики Армения от 09.11.2004 (далее – СК РА), в России – главой 14 (ст.ст. 89-92) Семейного кодекса Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (далее – СК РФ), в Киргизии – главой 15 (ст.ст. 94-97) Семейного кодекса Кыргызской Республики от 30.08.2003 № 201 (далее – СК КР).

В каждой из рассматриваемых юрисдикций отдельной статьей регулируются обязанности действующих супругов по взаимному содержанию<sup>2</sup> (ст. 77 СК РА, ст. 89 СК РФ, ст. 94 СК КР). В п. 1 рассматриваемых статей закрепляется обязанность супругов в материальном поддержании друг друга. В п. 2 названных статей дается перечень субъектов, которые обладают правом требования уплаты алиментов от супруга в судебном порядке в случае отказа от материальной поддержки и (или) отсутствия соглашения об уплате алиментов. Общим для трех рассматриваемых государств является следующий перечень защищаемых законом физических лиц: 1. нетрудоспособный необеспеченный супруг; 2. жена в период беременности; 3. необеспеченный супруг, осуществляющий уход за общим ребенком-инвалидом детства или совершеннолетним ребенком-инвалидом первой группы. В

---

<sup>1</sup> 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.).

<sup>2</sup> См.: Грачева В.А. Супруги, родители, дети: их права и обязанности // Учебник, М.: Юристъ, 2008 г. – С. 35.

России жена обладает правом на получение алиментов от супруга также в течение трех лет со дня рождения их общего ребенка. В Киргизии и Армении таким правом обладает также и супруг, осуществляющий уход за общим ребенком в течение трех лет со дня его рождения.

Отдельно урегулировано право бывшего супруга на получение алиментов после расторжения брака (ст. 78 СК РА, ст. 80 СК РФ, ст. 95 СК КР). П. 2 указанных статей позволяет заключить бывшим супругам соглашение об уплате алиментов, в котором могут быть определены размер и порядок предоставления алиментов бывшему супругу. В п. 1 соответствующих статей дается перечень лиц, которым предоставляется право требования в судебном порядке уплаты алиментов от бывшего супруга. Общими для трех юрисдикций являются следующие субъекты: 1. бывшая жена в период беременности; 2. необеспеченный (в Армении; нуждающийся - в России и Киргизии) бывший супруг, осуществляющий уход за общим ребенком-инвалидом с детства или ребенком-инвалидом первой группы; 3. нетрудоспособный необеспеченный бывший супруг, ставший инвалидом до расторжения брака или в течение года после расторжения брака; 4. необеспеченный супруг, достигший пенсионного возраста в течение пяти лет с момента расторжения брака, если супруги состояли в браке длительное время (в России и Киргизии; в Армении - пятнадцать лет и более). В Армении и Киргизии таким правом также обладает осуществляющий уход за общим ребенком супруг до достижения ребенком трех лет (в России – только лишь бывшая жена)<sup>3</sup>.

В качестве отдельной нормы в каждом государстве выделяется размер алиментов, взыскиваемых на супругов и бывших супругов в судебном порядке (ст. 79 СК РА, ст. 81 СК РФ, ст. 96 СК КР). При отсутствии соглашения об уплате алиментов размер определяется судом исходя из материального (в Армении – имущественного) и семейного положения супругов (бывших супругов) и других заслуживающих внимания интересов сторон в твердой денежной форме, которая подлежит уплате ежемесячно.

С точки зрения лексического содержания стоит разграничить термины материальный и имущественный применительно к рассматриваемой норме. Термину «материальный», согласно словарю С.И. Ожегова, синонимичны такие прилагательные как реальный, вещественный<sup>4</sup>. С точки зрения права, вероятно, в данном случае понимается вещь. Согласно другим словарям, термин «имущественный» соотносится с понятием «имущество»<sup>5</sup>. Имущество, в свою очередь, представляется совокупностью нескольких вещей,

<sup>3</sup> См.: Мелентьев Н. Минимальный размер доходов, с которых взыскиваются алименты// Российская юстиция. - 2002. - № 10. – С. 21.

<sup>4</sup> Материальный // Толковый словарь Ожегова // <http://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=13994> (дата обращения: 25.10.2015).

<sup>5</sup> Значение слова имущественный // <http://www.efremova.info/word/imuschestvennyj.html#.VgWgEMvtmkp> (дата обращения: 25.10.2015).

принадлежащих одному или нескольким лицам<sup>6</sup>. Таким образом, термины «материальный» и «имущественный» весьма близки по смысловому содержанию, поэтому в контексте рассматриваемой темы их стоит рассматривать как синонимы.

Семейным законодательством в странах, являющихся предметом рассмотрения в настоящей статье, закрепляются основания освобождения от обязанности по содержанию другого супруга или ограничения этой обязанности определенным сроком (ст. 80 СК РА, ст. 82 СК РФ, ст. 97 СК КР). К ним относятся следующие: 1. злоупотребление спиртными напитками, наркотическими средствами или в результате совершения супругом умышленного преступления, если эти факты повлекли нетрудоспособность нуждающегося в помощи супруга; 2. в случае непродолжительности пребывания супругов в браке; 3. в случае недостойного (в Армении – аморального) поведения супруга, требующего выплаты алиментов. В Армении эти нормы уточняются и дополняются. Так, к фактам, повлекшим нетрудоспособность, армянский законодатель отнес и злоупотребление токсическими средствами. Кроме того, уточнен срок пребывания супругов в браке – не более одного года. Также приводятся примеры аморального поведения супруга, к коим относятся супружеская неверность, увлечение азартными играми и т.п.

Подведем итог. Несмотря на то, что законодательство трех стран об алиментных обязательствах супругов и бывших супругов практически идентично, существуют определенные различия в юридической технике и даже пробелы.

Например, в связи с вышеуказанными фактами различия законодательства напрашивается вывод о том, что в Российской Федерации супруг-мужчина, осуществляющий уход за общим ребенком в течение трех лет после рождения последнего, не обладает правом требования с супруга или бывшего супруга уплаты алиментов. Данный недостаток не позволяет осуществлять в полной мере закрепленный конституциями государств принцип равенства мужчины и женщины.

С точки зрения юридической техники самым совершенным в рассматриваемой области является Семейный кодекс Республики Армения. Это обусловлено рядом причин. Во-первых, в нем отсутствуют законодательные пробелы (как в России) и дублирование информации (по сравнению с Киргизией). Во-вторых, армянский СК является более точным, т.к. конкретизирует сроки и другие обстоятельства, имеющие значения для определения обязательства.

---

<sup>6</sup> Понятие res и деление вещей // Система римского права. Г.Ф. Дормидонтов (Заслуж. проф. Императорского Казанского Университета). Общая часть. – Казань, 1910 // <http://www.allpravo.ru/library/doc2527p0/instrum4145/print4223.html> (дата обращения: 25.10.2015).

В общем и целом Россия, Армения и Киргизия в части алиментных обязательств супругов и бывших супругов добились гармонизации законодательства в высокой степени. Однако, все же, законодателям государств-членов ЕАЭС следует брать пример с СК РА как законодательного эталона.

## Возникновение идеи унификации гражданского судопроизводства в Европейском Союзе

**Е.В. Майстрович**

*Студентка Российского университета дружбы народов*

*Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

**Аннотация:** Процесс унификации и гармонизации гражданского судопроизводства переживал как периоды спада, так и периоды прогресса. За последние годы можно наблюдать резкое увеличение унификационной деятельности в области гражданского судопроизводства в рамках ЕС. Марсель Стром стал первым, кто обратил внимание на то, что именно сфера гражданского судопроизводства является удачной базой для интеграционных процессов. В статье рассмотрена идея унификации гражданского судопроизводства на территории Европейского Союза до 2000 года.

Идея европейской интеграции или, так называемая «европейская идея» зародилась еще в XIV веке, в этот период юрист П. Дюбуа предложил создать в Европе "Христианскую республику". Аналогичные идеи объединения возникали и в дальнейшем, при этом они были связаны с желанием государств создать средство защиты от крупного потенциального агрессора, коим, например, выступала Османская Империя. В конце XIX в. план будущего политического союза предложил один из крупнейших ученых-международников того времени - К. Блунтшли (Швейцария). В опубликованной в 1878 г. статье под названием "Организация европейского союза государств" он предлагал учредить данный союз под управлением Федерального совета и Сената, избираемого прямыми выборами. Но, несмотря на то, что проекты феодальной эпохи носили более политический и монархический характер (а не только ради военных целей), об объединении в сфере права речи на тот момент не шло. «Европейская идея» развивалась на всем протяжении начала XX века, возникали различные проекты, в частности, под руководством австрийского политика, графа Куденхова-Калерги в 1923 г. был создан Панъевропейский союз, который пользовался активной поддержкой французского правительства и призывал в Панъевропейском манифесте 1924 г. к созданию Соединенных Штатов Европы. Идея же объединения в области права возникла уже после Второй Мировой Войны, когда для ликвидации последствий фашистской оккупации было необходимо создать эффективные механизмы защиты прав человека. В 1948 году была образована Организация европейского экономического сотрудничества (ОЕЭС), включившая 16 стран Западной Европы и Турцию. Вопросы защиты прав человека в качестве основной своей задачи взял на себя Совет Европы, образованный в 1948 г. в результате Конгресса Европы<sup>1</sup>. В 1950 году была подписана Конвенция «о защите прав

---

<sup>1</sup> Кашкин С.Ю., Четвериков А.О., Калининченко П.А. и др. Право Европейского Союза: учебное пособие (отв. ред. С.Ю. Кашкин). - 3-е изд., перераб. и доп. - М.: Проспект, 2011 г. - 274 с



человека и основных свобод», также известная под неофициальным названием «Европейская конвенция по правам человека», вступила в силу в 1953 году. В данной Конвенции содержатся все неотъемлемые права человека, также касающиеся судопроизводства, например: право на справедливое судебное разбирательство, право на эффективное средство правовой защиты, право на мирное пользование своим имуществом итд. С подписанием в 1957 году Римского договора начался новый, более интенсивный, виток интеграции, касающийся всех сфер общественной жизни в государствах-участниках. В это же время появляются первые правоведы изучающие возможность создание единообразных норм как материального так и процессуального права.

Впервые идея унификации гражданского судопроизводства в Европейском Союзе зародилась у Марселя Сторма, ныне профессора и почетного президента Международная ассоциация процессуального права (IAPL -Бельгия). В 50-е годы идея создания единой системы права в Европе представлялась многим невозможной или, по крайней мере, трудноосуществимой. Стром в своих трудах писал о том, что один из его наставников в Гентском Университете говорил: «Всемирная система права будет создана, когда мы подвергнемся атаке инопланетян» . Считалось, что процессуальное право применяется только в судах, а значит может регулироваться только внутренним законодательством стран-участников Европейского Союза, так же трудности создания единой системы гражданского судопроизводства связывали с высоким уровнем затрат на проведение интеграции в этой сфере. Несмотря на это именно гражданское процессуальное право Стром считал самой благоприятной площадкой для создания единообразных норм для государств-участников Европейского Союза. Это было связано, прежде всего, с тем, что принципы, способствующие эффективному гражданскому судопроизводству, в национальном праве государств-участников были схожи между собой в силу п. 6 Европейской Конвенции по правам человека, в частности: справедливое судебное разбирательство в разумный срок независимым и беспристрастным судом <sup>2</sup>.

Стром выдвинул идею о создании Единого Европейского кодекса (Европейского кодекса) для единообразия применения гражданско-процессуальных норм на территории Европейского Союза. Для того что бы привлечь внимание к своей идее Стром организует первый Международный Конгресс Международной Ассоциации Процессуального права в Ганте, в 1977 году. Стром во время его проведения призывал к объединению процессуального права на территории Европы и Европейского Союза. Позже прошел еще ряд конференций и конгрессов, посвященных тематике процессуального права, но они не принесли значимых результатов. "Новая жизнь" идее Строма была передана в 1987 году на

<sup>2</sup> Storme M. Improving access to justice in Europe. TeKa Kom. Praw. – OL PAN. 2010. P. 207–217

VIII Международном конгрессе по процессуальному праву, когда была создана рабочая экспертная группа из 12 человек (представители каждого государства Европейского Союза на тот момент). Главной задачей для рабочей группы, которую возглавил сам Марсель Стром, была подготовка проекта Гражданского процессуального кодекса, единого для всех государств Европейского Союза<sup>3</sup>. Данный кодекс планировалось утвердить путем Директивы, согласно статье 288 Договора о функционировании Европейского Союза Директива «имеет обязательную силу для каждого государства-члена, кому она адресована, в отношении результата, которого требуется достичь, но оставляет в компетенции национальных инстанций выбор формы и способов достижения»<sup>4</sup>.

Рабочая группа сосредоточила свое внимание на 16 отдельных вопросах<sup>5</sup>:

1. примирение сторон
2. начало рассмотрения дела
3. предмет судебного спора
4. открытие доказательств
5. свидетели
6. доказательства и доказывание
7. прекращение рассмотрения
8. рассмотрение по умолчанию
9. расходы
10. обеспечительные меры
11. платежные поручения
12. пени
13. строки
14. недействительность
15. отводы судей
16. исполнение

В 1994 году группой Строма был представлен доклад, который подвергся серьезной критике и в итоге Кодекс не был принят. Но, очень важно отметить, что Доклад развил интерес к унификации в сфере гражданского судопроизводства и так же положения, разработанные группой, могут оказаться полезным справочным материалом для последующей гармонизации. Некоторые положения доклада Группы повлияли на

---

<sup>3</sup> Storme M. Improving access to justice in Europe. TeKa Kom. Praw. – OL PAN. 2010. P. 207–217

<sup>4</sup> Договор о функционировании Европейского Союза (измен. Договора об учреждении Европейского экономического сообщества) 1957 года // URL: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu> [дата обращения 13.10.15 г.]

<sup>5</sup> URL: <http://www.docme.ru/download/537557#text> [дата обращения 13.10.15 г.]

формирование статьи 65 Амстердамского договора 1997 года «1) улучшение и упрощение системы трансграничного предоставления судебных и внесудебных документов;

2) сотрудничество при получении доказательств;

3) признание и исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам;

4) сближение правил, применимых в государствах-членах ЕС относительно коллизий правовых норм и юрисдикций;

5) упразднение препятствий для хорошего функционирования гражданского производства»<sup>6</sup>. Данная статья дополнила направления унификации, изначально изложенные в Маастрихтском договоре 1992 года, где говорилось лишь о целях включения в данный договор положений о юстиции и внутренних делах, единых для государств-членов, дабы обеспечить защиту и безопасность своих жителей. Статья 65 Амстердамского договора в полном объеме была перенесена в статью 81 Договора о функционировании ЕС.

Значительное влияние на движение унификации норм гражданского судопроизводства оказали четыре Гаагские Конвенции, посвященные различным аспектам процессуальной деятельности:

1. Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 года

2. Конвенция об отмене требований легализации иностранных официальных документов 1961 года

3. Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 года

4. Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 года

В заключении можно сделать вывод о том, что деятельность Марсея Строма и его рабочей группы поспособствовала унификации гражданского судопроизводства. Был улучшен доступ для граждан и юридических лиц, проживающими или зарегистрированными в одном государстве к судам на территории другого государства-члена Европейского Союза. Установились минимальные стандарты для межгосударственных споров, укрепилось взаимное признание судебных решений в результате гармонизации законодательства.

Дальнейшие серьезные шаги по унификации гражданского судопроизводства в Европейском Союзе были предприняты в рамках Стокгольмской программы 2010-2015 года.

---

<sup>6</sup> Амстердамский договор 1997 года// URL: [http://eulaw.edu.ru/documents/articles/amsterd\\_dogovor.htm](http://eulaw.edu.ru/documents/articles/amsterd_dogovor.htm) [дата обращения 13.10.15 г.]

## Разрешение споров в сфере исламского банкинга в Малайзии

**В. М. Мититюк**

студентка юридического института группы ЮЮ-303

Российский университет дружбы народов

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

e-mail: [miti32@yandex.ru](mailto:miti32@yandex.ru)

*Исламский банкинг* - способ ведения банковских дел, который согласуется с религиозными правилами ислама. Правила, по которым функционирует исламский банкинг: 1) запрет на ссудные проценты; 2) запрет на спекуляцию; 3) запрет на азартные игры; 4) запрет на инвестиции в: производство и потребление алкоголя и табака, проституцию, порнографию, колдовство, и др. Самое главное отличие: исламские банки строго придерживаются норм ислама, в соответствии с которыми кредитование со ссудным процентом (ростовщичество) запрещено. Все исламские финансовые инструменты построены таким образом, чтобы выполнить данное условие и в то же время получать прибыль от своей деятельности.

Взамен традиционных банковских и инвестиционных продуктов в исламском мире существует целый ряд своих специфических форм. *«Мушарака»* – совместная реализация проекта силами банка и предпринимателя. В рамках этой операции банк кредитует определенный проект. Фактически речь идет о специфическом виде проектного финансирования. Корни этих операций уходят в караванную торговлю, когда одни купцы предоставляли товар, другие доставляли его до места назначения и продавали. При мушараке банк осуществляет финансирование, не связанное с взиманием определенного процента, а участвует в полученной прибыли. *«Мудараба»* – договор, согласно которому клиент банка передает деньги банку для последующего вложения этих денег в определенный проект или вид деятельности. Прибыль, полученная в ходе реализации проекта, делится в оговоренной пропорции. Эта операция представляет собой аналог пассивной банковской операции – привлечения денег. Исламская уникальность в том, что клиент знает, куда идут его деньги. Банк не может вкладывать деньги в некоторые запрещенные виды деятельности: производство и продажу алкоголя, организацию игорных домов и домов терпимости. Также мудараба исключает получение процентов в чистом виде.

Особого внимания заслуживают так называемые *«сукуки»* (беспроцентные исламские облигации), выпускаемые под определенный материальный актив, где эмитент рассматривается в качестве долевого собственника данного актива. Доходность сукуков зависит от прибыли на базовый актив, а эмитент дает инвестору безотзывное право выкупа

актива по фиксированной стоимости. Преимущество данного вида облигаций заключается также в низкой волатильности и тенденции инвесторов удерживать эти бумаги до наступления срока погашения.

Исламский банкинг достаточно стремительно развивается: первая такая кредитная организация появилась в Египте в 1963г. И с этого момента количество и охват исламских финансовых институтов по всему миру выросло с одного учреждения в одной стране в более чем 300 учреждений, работающих в более чем 75 странах.<sup>1</sup> Российские исследователи отмечают, что мировым центром исламского банкинга является сегодня Малайзия, которой, благодаря развитию рынка и бизнеса по законам шариата, удалось превратиться из экономически бесперспективной страны в одного из "азиатских драконов".<sup>2</sup> Такую же оценку дают зарубежные юристы: «с 2006 года ... Малайзия зарекомендовала себя как ведущий международный и региональный центр исламских финансов в азиатском регионе», - подчеркивал *Дато Йохан Раслан* - Исполнительный председатель по Малайзии компании PricewaterhouseCoopers.<sup>3</sup>

Исламский банкинг был урегулирован в Малайзии Законом об исламском банкинге, который был принят в 1983г., однако потом этот закон был подвергнут изменениям в 1996г. (Islamic Banking Act 1996) и Законом о Takaful 1984г. (Takaful Act 1984) (исламское кооперативное страхование). В настоящее время исламский банкинг урегулирован Законом Малайзии об исламских финансовых услугах 2013г. (Islamic Financial Services Act 2013).<sup>4</sup> Закон 2013г. отменил действие законов 1983г. и 1984г. Указанный нормативный акт очень объемный, содержит 291 статью и 16 приложений (276 страниц). Можно назвать Закон 2013г. своеобразным Исламским кодексом финансовых услуг. Специальные суды по рассмотрению споров в области Исламского банкинга были созданы в рамках Высокого суда Западной Малайзии (Kuala Lumpur High Court).<sup>5</sup> В Коммерческом отделении Высокого суда было создано специальное подразделение – «Muamalat Bench», которое рассматривало споры в области исламского банкинга.<sup>6</sup> В настоящее время порядок рассмотрения и разрешения указанных споров регулируется, в основном, с помощью судебных прецедентов. Процедура

---

<sup>1</sup> Legal and Regulatory Framework of Islamic Banking and Finance in Malaysia// <http://islamicbanking-malaysia.com/legal-regulations/170-legal-and-regulatory-framework-of-islamic-banking-and-finance-in-malaysia>

<sup>2</sup> Исламский банкинг в России может появиться раньше шариатских судов// <http://top.rbc.ru/economics/14/06/2012/654940.shtml>

<sup>3</sup> PricewaterhouseCoopers. Malaysia, Asia's Islamic finance hub // [http://www.pwc.com/en\\_my/my/assets/publications/islamic-finance-hub.pdf](http://www.pwc.com/en_my/my/assets/publications/islamic-finance-hub.pdf)

<sup>4</sup> Islamic Financial Services Act 2013 // [http://www.federalgazette.agc.gov.my/outputaktap/20130322\\_759\\_BI\\_Combined.pdf](http://www.federalgazette.agc.gov.my/outputaktap/20130322_759_BI_Combined.pdf)

<sup>5</sup> Dispute Resolution Around the World. Malaysia // [http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Global%20Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20Around%20the%20World/dratw\\_malaysia\\_2011.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Global%20Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20Around%20the%20World/dratw_malaysia_2011.pdf)

<sup>6</sup> Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах. Монография. М, Юрлитинформ, 2015.

рассмотрения конкретного спора регулируется Правилами Высокого суда 1980г. (Rules of High Court 1980).<sup>7</sup>

В доктрине Малайзии ведется широкая дискуссия о том, где должны разрешаться споры в сфере Исламского банкинга: в государственных судах или в судах шариата?<sup>8</sup> Рассмотрим несколько прецедентов по указанной тематике.

В деле «Arab-Malaysian Merchant Bank Bhd v Silver Concept Sdn Bhd» от 2006г. отмечалось, что «исламская банковская система в настоящее время сосуществуют с гражданским банковской системой в Малайзии, причем исламская юриспруденция и источники права шариата Коран и Сунна остаются стабильными и неизменными. Закон об исламском банкинге 1983г. был принят для обеспечения создания и лицензирования деятельности исламских банков, подпадающих также под юрисдикцию гражданского права и гражданских судов». <sup>9</sup> В данном прецеденте речь идет о том, что Закон об исламском банкинге 1983г. не закрепляет правило о передаче всех споров, возникших в сфере исламского банкинга, в Суды шариата. Закон 1983г. лишь регулирует порядок создания и лицензирования учреждений исламского банкинга. По поводу места Консультативного Совета Шариата в процедуре рассмотрения и разрешения споров в области исламского банкинга также было дано подробное разъяснение в двух прецедентах Федерального суда Малайзии: 1). В деле «Mohd Alias Ibrahim v RHB Bank Bhd & Anor» от 2011г.<sup>10</sup> и деле «Tan Sri Abdul Khalid Ibrahim v Bank Islam Malaysia Berhad» от 2012г.<sup>11</sup>

Малазийские ученые Умар Осени и Абу Умар Фарук Ахмад отмечали, что несмотря на усилия государственных судов, в Малайзии существует проблема постоянного увеличения количества дел в области исламского банкинга. Это привело к ситуации, когда споры в области исламского банкинга стали рассматриваться судьями других отделений Высокого суда. Результатом чего стало постановление ряда судебных решений, которые вызвали критику со стороны юристов, специализирующихся в области мусульманского права.<sup>12</sup> В этих обстоятельствах на первый план вышли альтернативные способы разрешения споров, такие как арбитраж, медиация, посредничество и др. Тем более, что основные источники мусульманского права Коран и Сунна поощряют использование альтернативных способов разрешения споров.

---

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> См. об этом: Lukman Sheriff Alias. Islamic-Banking// <http://www.perdana.org.my/ceoforum/wp-content/uploads/2013/06/Islamic-Banking-by-Mr-Lukman-Sheriff-Alias.pdf>

<sup>9</sup> Arab-Malaysian Merchant Bank Bhd v Silver Concept Sdn Bhd (2006) 8 CLJ 9 // The Malaysian Current Law Journal // <http://www.cljlaw.com/>

<sup>10</sup> Mohd Alias Ibrahim v RHB Bank Bhd & Anor [2011] 4 CLJ 654// The Malaysian Current Law Journal // <http://www.cljlaw.com/>

<sup>11</sup> Tan Sri Abdul Khalid Ibrahim v Bank Islam Malaysia Berhad [2012] 3 CLJ 249// The Malaysian Current Law Journal // <http://www.cljlaw.com/>

<sup>12</sup> Ермакова Е.П., цит.соч.

В Малайзии целый ряд учреждений предоставляет услуги по разрешению споров в области исламского банкинга в порядке арбитража, медиации и пр. Среди них: 1) Региональный арбитражный центр Куала Лумпур (Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration); 2) Бюро финансовой медиации (Financial Mediation Bureau); 3) Консультативный Совет шариата Центрального банка Малайзии (Sharī'ah Advisory Council of the Central Bank of Malaysia); 4) Малазийский центр медиации (Malaysian Mediation Centre).

**Региональный арбитражный центр Куала Лумпур** в 2007г. принял специальные Правила арбитража в области исламского банкинга и финансовых услуг (Rules for Arbitration of Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (Islamic Banking and Financial Services 2007). Но текст указанных Правил был подвергнут критике, поскольку они почти полностью копировали Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976г. В настоящее время в Региональном арбитражном центре есть Список арбитров в области исламского банкинга, в который включены 23 арбитра (один из арбитров представитель Сингапура). Но, как отмечали малазийские авторы Умар Осени и Абу Умар Фарук, в Центр передается незначительное количество споров в области исламского банкинга: стороны предпочитают обращаться в государственные суды.<sup>13</sup> **Бюро финансовой медиации**, в которое входят 16 исламских банков и финансовых учреждений, в том числе Центральный банк Малайзии, предоставляет услуги своим клиентам в разных областях исламских финансов. Бюро также предоставляет услуги по альтернативному урегулированию споров в области исламского страхования на бесплатной основе. **Консультативный Совет шариата - SAC** Центрального банка Малайзии обычно считается только консультативным органом, что не совсем точно. В ст. 51 Закона № 701 о Центральном банке Малайзии 2009г. предусмотрено, что SAC помогает сторонам в быстром и целесообразном разрешении спора. SAC имеет право выносить заключения о споре, которые впоследствии могут учитываться гражданским судом или арбитражем. **Малазийский центр медиации** был создан Советом адвокатов Малайзии (Bar Council of Malaysia) в 1999г. Центр имеет панель сертифицированных медиаторов, и предлагает услуги по медиации, консультированию и пр. Центр принял активное участие в разработке Практических указания по медиации 2010г. (Practice Direction No 5 of 2010 on Mediation).<sup>14</sup> Список медиаторов Центра имеется в Высоком суде Западной Малайзии и суд может рекомендовать сторонам спора в области исламского банкинга обратиться к одному из медиаторов.

---

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Practice Direction No 5 of 2010 on Mediation // [http://www.malaysianbar.org.my/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=31109](http://www.malaysianbar.org.my/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=31109)

Таким образом, мы пришли к выводу о том, что в настоящее время в Малайзии споры в области исламского банкинга преимущественно рассматриваются государственными гражданскими судами: Специальным подразделением – «Muamalat Bench» Высокого суда Западной Малайзии (Kuala Lumpur High Court).<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Dispute Resolution Around the World. Malaysia // [http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Global%20Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20Around%20the%20World/dratw\\_malaysia\\_2011.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Global%20Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20Around%20the%20World/dratw_malaysia_2011.pdf)



## Правовое регулирование залога прав по договору банковского счета.

**М. Е. Моргачева**

*Студентка 2 курса магистратуры кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: [MaryMorgacheva@yandex.ru](mailto:MaryMorgacheva@yandex.ru)*

В данной статье рассматривается развитие института залога денежных средств в Российской Федерации, а также правовое регулирование залога прав по договору банковского счета.

**Ключевые слова:** залог, залог денежных средств, наличные деньги, безналичные денежные средства, договор банковского счета, применимое право.

Споры о возможности денежных средств быть предметом залога велись с момента принятия первой части Гражданского кодекса Российской Федерации. На протяжении более двадцати лет в научной среде существовало три позиции по данному вопросу: 1) залог денежных средств невозможен, 2) невозможен залог только наличных денежных средств, 3) денежные средства могут быть предметом залога.<sup>1</sup>

Существование таких противоречивых позиций было обусловлено, прежде всего, тем, как законодатель определял правовую природу денег как объекта гражданских прав.<sup>2</sup> Проанализировав ст. 350 Гражданского кодекса, мы увидим, что первоначально законодатель распространял на деньги правовой режим вещи. В данной статье устанавливалось положение, в силу которого реализация предмета залога осуществлялась лишь путем продажи с публичных торгов, если иное не предусматривалось законом, например, залог векселя путем составления залогового индоссамента.

Высший арбитражный суд РФ также поддерживал позицию невозможности залога денежных средств. В п. 3 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 26 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге" указывалось, что в соответствии со ст. 334 ГК в силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право, в случае неисполнения должником этого обязательства, получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества. При этом согласно ст. 349 и 350 ГК удовлетворение требований осуществлялось путем продажи заложенного имущества с публичных торгов с направлением вырученной суммы в погашение долга. Таким образом, одним из существенных признаков договора о залоге имущества признавалась возможность

---

<sup>1</sup>В. Ф. Понька «Правовая природа денежного залога» // Экономические науки. 2010, № 63, С. 38

<sup>2</sup>Там же, С. 39

реализации предмета залога. А, исходя из природы "безналичных денег", они не могли быть переданы в залог по правилам, регулирующим залог вещей.<sup>3</sup>

В процессе реформы были внесены значительные изменения в гражданское законодательство. Нормы, закрепленные в Гражданском кодексе в настоящее время, позволяют нам по – новому определить правовую природу денежных средств, а также меняют сам подход к их залого.

Так, с 1 октября 2013 г. в силу ст. 128 ГК РФ установлены следующие правовые режимы: 1) наличные деньги имеют режим вещей; 2) денежные средства на банковском счете в безналичной форме имеют режим прав (требований).

Также Федеральным законом от 21.12.2013 № 367-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" были внесены изменения в ГК РФ, вступившие в силу 1 июля 2014 г. Теперь в качестве отдельного вида залога определен залог прав по денежным требованиям. Установлена возможность открытия специального залогового счета, на который могут поступать причитающиеся залогодателю денежные суммы. Рассмотрим, какие же новеллы были внесены законодателем в данной сфере и как регулируется данный институт в настоящее время.

Определения договора залога прав по договору банковского счета в законодательстве не содержится. Однако на основании положений гражданского кодекса, регулирующих отношения по поводу залога прав по договору банковского счета, мы можем определить договор залога прав по договору банковского счета, как соглашение, в силу которого залогодатель (владелец счета) обязуется при условии открытия залогового счета в банке передать залогодержателю (банку или иному лицу) в залог права по договору банковского счета во исполнение основного обязательства залогодателя (должника или третьего лица).

Также представляется интересным законодательное регулирование отношений по поводу договора о залоге прав по договору банковского счета. При осуществлении операций по залоговому счету необходимо в первую очередь руководствоваться нормами о залоге, закрепленными в § 3 гл. 23 Гражданского кодекса. Вторую ступень иерархии права, применимого к данным правоотношениям занимают положения, закрепленные в гл. 44 - 45 ГК РФ. В третью очередь применяются иные законодательные нормы. При осуществлении операций по данному виду счетов, банки также должны руководствоваться банковскими правилами. В договоре залога прав по договору банковского счета также содержатся

---

<sup>3</sup> Вестник ВАС РФ. 1998. № 3

некоторые положения, устанавливающие особенности правоотношений в каждом конкретном случае.

Таким образом, мы можем представить иерархию источников сфере следующим образом:

1) Гражданский кодекс Российской Федерации.

В § 3 гл. 23 ГК РФ установлены общие положения о залоге. Как уже было сказано выше, с 2013 г. наличные деньги отнесены законодателем к таким объектам гражданских прав, как вещи, а безналичные денежные средства признаются в качестве иного имущества (ст. 128 гл. 6 Гражданского кодекса РФ). Соответственно, по смыслу ст. 336 § 3 гл. 23 ГК РФ безналичные денежные средства теперь также могут быть отнесены к предмету залога.

В статьях 358.10 – 358.14 закреплены положения, устанавливающие основные положения о залоге прав по договору банковского счета, содержание договора залога прав по договору банковского счета, его изменение и прекращение, а также возникновение залога прав по договору банковского счета. Также закреплены нормы, регулирующие распоряжение банковским счетом, права по которому заложены и реализацию заложенных прав по договору банковского счета.

Таким образом, мы видим, что в новой редакции Гражданского кодекса появились специальные нормы, регулирующие данный вид правоотношений. Важно отметить, установление, помимо уже существовавших в предыдущих редакциях ГК РФ, новых правил реализации предмета залога при залоге прав по договору банковского счета. В ст. 358.14 указывается, что при обращении взыскания на заложенные права по договору банковского счета, требования залогодержателя удовлетворяются путем списания банком на основании распоряжения залогодержателя денежных средств с залогового счета залогодателя и выдачи их залогодержателю или зачисления их на счет, указанный залогодержателем. При этом правила о реализации заложенного имущества, установленные статьями 350 - 350.2 ГК РФ, в этих случаях не применяются.

2) Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ "Об исполнительном производстве". В ст. 72.1 указаны особенности обращения взыскания на денежные средства должника, находящиеся на залоговом банковском.<sup>4</sup>

3) Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)". Ст. 18.1 устанавливает особенности правового положения кредиторов, требования которых обеспечены залогом имущества должника.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Свод законодательства РФ. 2007. № 41. Ст. 4849

<sup>5</sup> Свод законодательства РФ. 2002. № 43. Ст. 4190

4) Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг". Ст. 27.3, ст. 27.3-1 регулируют вопросы, связанные с облигациями с залоговым обеспечением и особенностями облигаций с залоговым обеспечением денежными требованиями.<sup>6</sup>

5) Федеральный закон от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ "О таможенном регулировании в Российской Федерации". Ст. 145 устанавливает возможность внесения денежных средств (денег) в качестве обеспечения уплаты таможенных пошлин, налогов (денежный залог) на счет Федерального казначейства.<sup>7</sup>

6) Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 "О банках и банковской деятельности". В ст. 26 «Банковская тайна» установлены случаи, при которых банк имеет право выдавать справки по залоговым счетам.<sup>8</sup>

7) Иные федеральные законы и нормативные акты.<sup>9</sup>

Проанализировав систему иерархии источников, применимым к регулированию отношений, возникающих по поводу залога прав по договору банковского счета, мы можем сделать вывод о том, что данный институт имеет комплексный характер. С одной стороны, законодатель относит залог прав по договору банковского счета к отдельному виду залога, что следует из установления прерогативного применения к данным правоотношениям норм о залоге (§ 3 гл. 23 Гражданского кодекса), а также самого объекта залоговых отношений. С другой стороны, залоговый счет - вид банковского счета в силу ст. 860 ГК (основание классификации - характер операций по счету).

Таким образом, необходимо различать два договора. Во – первых, это договор залога прав по договору банковского счета, который является видом договора залога. Во – вторых, договор залогового счета, который является видом договора банковского счета. Данное утверждение подтверждается правилом п. 7 ст. 358.9 ГК, согласно которому, к договору об открытии залогового счета применяется гл. 45 ГК (о банковском счете). Кроме того, п. 3 ст. 358.9 ГК закрепляет, что залоговый счет может быть открыт банком клиенту независимо от заключения на момент его открытия договора залога прав по договору банковского счета.

---

<sup>6</sup> Свод законодательства РФ. 1996. № 17. Ст. 1918

<sup>7</sup> Свод законодательства РФ. 2010. № 48. Ст. 6252

<sup>8</sup> Свод законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492

<sup>9</sup> См., например: указание ЦБ РФ от 20 июня 2014 г. № 3289-У "О требованиях к порядку учета денежных требований, являющихся предметом залога по облигациям, и денежных сумм, зачисленных на залоговый счет" // Вестник Банка России. 2014. № 70

## Транснациональные компании: признаки и основные черты

**А. Ф. Нарита**

*Магистр кафедры гражданского и трудового права  
Российского Университета Дружбы Народов  
Адрес: Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

**Аннотация:** В настоящей статье рассматриваются транснациональные компании (ТНК): признаки и их основные черты.

**Ключевые слова:** транснациональные корпорации, холдинг, дочернее предприятие, юридические лица.

Исторически основной целью бизнеса была - прибыль. Охота за прибылью повлекла за собой развитие и расширение предприятий. Современный мир характеризуется усилением процессов глобализации, под которой понимается сближение и взаимопроникновение экономик разных стран мира, компании создают тесные связи по всему миру. В начале прошлого века корпорации начали активно инвестировать свои деньги в зарубежные предприятия, а в дальнейшем создавать филиалы и дочерние предприятия в разных странах.

За последнюю четверть века мир сильно изменился. "Мир является свидетелем драматического превращения многонациональной корпорации в главный феномен международных экономических отношений ". Достаточно привести лишь несколько цифр, которые показывают роль этих сверхмонополь в экономике. К началу 80-х гг. прошлого столетия на их долю в рамках мирового капиталистического хозяйства приходилось примерно 40% промышленного производства, около 60% внешней торговли, 80% всей разрабатываемой технологии, а также обмена ею между странами. Эти корпорации контролировали около 90% прямых иностранных инвестиций. Основой деятельности транснациональных компаний выступает внутреннее законодательство и договор о ее создании, принятый на базе международного договора.

Транснациональные монополии, осуществляя свою деятельность в развивающихся странах в своих интересах, могут свести на нет усилия национальных правительств в области экономики. Как справедливо заметил по этому поводу американский дипломат Дж. Болл: «Как может правительство с какой-то уверенностью осуществлять планирование, если совет директоров, заседающий за 5000 миль от столицы, где находится правительство, может так изменить характер производства и закупок, что это окажет влияние на всю экономическую жизнь нации».<sup>1</sup>

Но остаётся вопрос, что собой представляют ТНК? Каким образом, национальное предприятие преобразуется в транснациональную корпорацию? На первом этапе превращения предприятие стимулирует вывоз своей продукции за границу, на втором - оно

---

<sup>1</sup> Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву Г. Москва, 2004г

учреждает за границей представительства по продаже своих товаров, на третьем - продажа товаров начинает сопровождаться продажей лицензий, патентов и т.п., на четвертом - компания создает на иностранной территории свое производственное предприятие, на пятом этапе происходит интернационализация состава руководящих органов, а на шестом - интернационализация состава акционеров.<sup>2</sup>

Главная черта транснациональной компании - это организация производства за границей. Многие компании продают свой товар за границу, но это не значит, что они являются транснациональными компаниями. По мнению большинства исследователей, производственная (точнее, предпринимательская) деятельность такой корпорации осуществляется на территории нескольких стран. Так, группа экспертов ООН определяет многонациональную корпорацию как «предпринимательскую единицу», владеющую или осуществляющую контроль над производством товаров или услуг за пределами страны, в которой она базируется.<sup>3</sup>

Советский экономист П.Хвойник подчеркивает, что концепция транснациональной компании базируется не на принципе объединения капиталов, а на объединении производства компаний, которые осуществляют деятельность в разных странах. Он пишет: «Отличительной чертой этих монополий является международность, но уже не по признаку происхождения капитала, а по району его деятельности. На авансцену здесь выходит вопрос не откуда, из каких стран поступает капитал, а куда он устремляется, где оперирует».<sup>4</sup> На начальном этапе процесса глобализации было достаточно для компании вложить капитал в одном месте, организовать производство в другом месте и экспортировать товар по всему миру, чтобы контролировать рынок. На современном этапе - производство должно иметь трансграничные черты.

Возникает вопрос, если компания осуществляет свою деятельность по всему миру, то законам какой страны она подчиняется? Достаточно значительное число ученых пытаются определить феномен ТНК. Так, Л.А. Лунц понимал ТНК, как экономическое единство с разделением на множество юридических лиц. Он писал "Экономическое единство при юридической множественности - таково существо многонационального предприятия".<sup>5</sup> Концепция территориального суверенитета исходит из того, что в каждом государстве существуют свои законы, которые по-разному определяют юридическое лицо и его статус. Получается, что все компании, входящие в экономически единую структуру

---

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же

<sup>5</sup> Лунц. Л.А Многонациональные Предприятия Капиталистических Стран в Аспекте Международного Частного Права// Советское Государство и право. 1976 г.

ТНК, подчинены каждая в отдельности законам государства их национальности. Ни одно государство при условии соблюдения принципа территориального суверенитета не может охватить в своем регулировании весь комплекс ТНК, т.е. как материнские, так и дочерние компании, филиалы.

Ученые едины во мнении, что ТНК - это множественные юридические лица, которые действуют ради единой экономической цели. Специфика ТНК такова, что имея отделения на территории многих стран, ее деятельность, как единого образования, не может быть урегулирована национальным правом какого-либо одного государства. Существуют различные способы управления ТНК. Так, например, на территории КНР часто практикуется создание бизнес-холдинга. Компании холдинга создают множество дочерних компаний, деятельность которых регулируется законодательство страны. В холдингах дочерние компании могут быть учреждены в тех областях экономики страны, в которых допускается 100- процентов иностранное инвестирование. Такие компании могут быть учреждены, либо в форме частной или публичной компании с ограниченной ответственностью, либо в форме компании с неограниченной ответственностью.

В своей работе К.М. Беликова выделяет такое понятие как "держательская" компания или контролирующее общество. Такие компании обеспечивают себе командную роль в других акционерных компаниях, путем приобретения контрольного пакета акций этих компаний, в чём и состоит деятельность контролирующих акционерных обществ. Например, законодательство Индии определяет холдинговую компанию, как компанию материнскую, которая приобретает акции других компаний и потом выступает "держательской" по отношению к ним. По сути, эти положения создают очертания инструмента, механизма создания группы предприятий и представляет собой разновидность ТНК.<sup>6</sup>

Создание совместного предприятия - это еще один механизм, которой применяется с целью создания ТНК. Иностранные компании создают совместные предприятия, в капитале или деятельности которых принимает участие иностранное лицо. Совместное предприятие - это любая организационно-правовая форма ведения хозяйственной деятельности, созданная несколькими лицами независимо от того, осуществляется она правосубъектной или неправосубъектной организацией или базируется на договоре.<sup>7</sup>

Таким образом, ТНК представляют собой совокупность компаний, объединенных единой экономической целью, созданных и функционирующих в различных странах в

---

<sup>6</sup> К.М. Беликова и др.; БРИКС: контуры многополярного мира: монография отв. ред. Т.Я. Хабриева. М.:

<sup>7</sup> Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Юриспруденция, 2015. 300 С.

соответствии с законодательством страны регистрации, осуществляющие производственную деятельность на территории разных стран.



## Общие положения гражданского процессуального права во Вьетнаме

**Нгуен Тхи Ким Ань**

*Студентка 3 курса Юридического института*

*Российский университет дружбы народов*

*Адрес: дом 6, Михлухо-Маклая ул., Москва*

*Email: [kimanh.nguven281293@gmail.com](mailto:kimanh.nguven281293@gmail.com)*

Демократическая республика Вьетнам была провозглашена 2.09.1945 г. в результате победы Августовской революции. Вьетнам с другими сторонами, участвующими в войне подписали Женевское соглашение в 1954 г. С этого момента Вьетнам был разделен на 2 части по 17-ой параллели. По этому соглашению Вьетнам официально был восстановлен на основе признания полной независимости, суверенитета, единства и территориальной целостности страны. В первые дни победы, естественно все было таким не легким, у страны не было возможности разработать совершенные правовые системы нормативных правовых актов, в том числе в сфере гражданского процессуального права.

В результате победы Апрельской победы 25.04.1976 г. две части страны соединились, а также Демократическая Республика Вьетнам стала называться Социалистическая Республика Вьетнам. В 1977 г. Вьетнам официально стал членом ООН. Можно сказать, что именно в этот период власти страны стали заниматься разработкой гражданского и гражданско-процессуального законодательства. В период с 1959-1986 гг., были приняты и опубликованы многие важные нормативные правовые акты.

С 1986 года до настоящего дня – период совершенствования и развития системы законодательства, в том числе были внесены изменения в Конституцию, а также в Гражданский кодекс и Закон «О гражданском судопроизводстве».

Согласно ст.ст. 3 и 102 Конституции Вьетнама «Государственная власть – это единая власть, которая разделяется на законодательную, исполнительную и судебную власти».

Закон «О судостроительстве» в редакции 24.11.2014 г. и Указ Постоянного комитета Национального собрания от 23.03.1961 г. «О подробной регламентации устройства Верховного народного суда и иных народных судов» определили основные задачи, компетенции, принципы, касающиеся деятельности народных судов. Народные суды рассматривают дела по уголовным, гражданским, семейным, брачным, торговым, экономическим и иным спорам, которые закреплены в законе.

В соответствии со ст. 2 закона «О судостроительстве», судебная система Вьетнама представляет собой:

- Верховный народный суд
- Народные суды провинции

- Районный народный суд
- Военный суд
- Иные народные суды

Верховный народный суд - ВНС (Раздел 2 закона). Как высший судебный орган страны, осуществляет надзор за судебной деятельностью судов первой инстанции, обеспечивает справедливость разрешения судебного дела. Кроме того, ВНС имеет право пересматривать любое гражданское решение нижестоящего суда, выступившее в законную силу. Только ВНС имеет право разрешать споры, касающиеся профессиональной деятельности судей и иных работников суда. ВНС имеет право направлять в Национальное Собрание законопроекты, проекты постановлений и указов. На практике, ВНС дает руководящие разъяснения нижестоящим судам о применении, исполнении законодательства.

Народные суды провинции (раздел 4 закона) выступают в качестве суда 1-й инстанции, рассматривают основную массу гражданских дел. Согласно ст. 87, провинциальные народные суды пересматривают решения нижестоящих судов, вступившие в законодательную силу. При этом, если появятся новые обстоятельства, относящиеся к делу, Народные суды провинции вправе передать дело в ВНС.

Районные суды выступают в качестве судов первой инстанции, рассматривают несложные гражданские дела. В исключительных случаях Судья Верховного Народного Суда может поставить вопрос о создании специальной комиссии для рассмотрения конкретного дела.

Военные суды выступают в качестве специальной системы судов, рассматривающих дела, которые совершают лица, служащие в армии.

Таким образом, судебная система Социалистической Республики Вьетнам представляет собой суды на разных уровнях, осуществляющие единую судебную функцию.

Основные стадии гражданского процесса урегулированы в Законе «О гражданском судопроизводстве», начиная с возбуждения гражданского дела по инициативе истца, гражданского истца и других лиц, заинтересованных в данном деле. Требование о защите нарушенного гражданского права должно быть оформлено в форме искового заявления. В данном заявлении должны быть указана необходимая информация (согласно ст. 146 закона) и все документы и иные доказательства, связанные процессом. В течение 5 рабочих дней суд должен ответить на данное исковое заявление: либо принять данное дело, либо переслать в другой уполномоченный суд, либо отклонить дело. В случае отказа принятия заявления суд должен указать причины в письменной форме.

Приняв дело в течение 3 рабочих дней, суд обязан сообщить об этом ответчику и ознакомить его со всеми материалами. На практике, на этой стадии суд рассматривает споры по всем гражданским делам.

Следующая стадия – примирение и подготовка дела. На данной стадии суд определяет: либо принять мировое соглашение (примирение) сторон и прекратить данное дело; либо отклонить мировое соглашение и перейти к рассмотрению дела. Мировое соглашение должно соответствовать принципу законности, уважения прав и свобод других сторон и без насилия.

Следующая стадия - судебное заседание в суде первой инстанции проводится в соответствии с принципами, закрепленными в законе. В течение 15 рабочей дней, стороны вправе обжаловать решение суда первой инстанции в суд второй инстанции. Рассмотрение гражданского дела судьей происходит при участии прокурора.

Суд второй инстанции может либо оставить в силе решение суда первой инстанции, либо изменить его, либо отменить решение и передать дело в суд первой инстанции на новое рассмотрение.

Решения судов первой инстанции, вступившие в законную силу могут быть пересмотрены в порядке кассации в течение 3 лет. Право подачи кассации имеют судьи Верховного народного суда, Генеральный народный прокурор на все решения нижестоящих судов, кроме решений Комиссии судей Верховного народного суда.

Существует еще надзорное рассмотрение судебного решения в ревизионном порядке. Порядок рассмотрения похож на апелляционный порядок, только по другим основаниям. Решение суда в ревизионном порядке считается окончательным.

Гражданский процесс оканчивается стадией исполнения решения суда. Согласно ст. 375 Закона «О судебном производстве», все решения суда подлежат принудительному исполнению. Закон рассматривает случаи немедленного вступления решения в законную силу: решения о взыскании о зарплаты, возмещении вреда, повлекшего смерть или потерю здоровья и т.д.

В настоящее время гражданское процессуальное право осуществляет свои задачи по правильному и своевременному рассмотрению и разрешению гражданских споров в целях обеспечения законных прав и свобод человека.

## Наследование авторских прав в Российской Федерации, Республике Беларусь и Республике Казахстан

**К. В. Новик**

*Студентка 3 курса юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6  
email: novik\_kv@mail.ru*

Лицо, получившее право на произведение вследствие наступления определенных юридически фактов, а именно путем вступления в наследство, принадлежит к группе субъектов нетворческого характера. Таких лиц называют наследниками. Они могут быть как физическими, так и юридическими лицами, если таковые будут указаны автором произведения в завещании<sup>1</sup>.

Наследник получает все имущественные права автора. Следующие права закреплены в ст. 1270 ГК РФ, ст. 16 Закона Республики Беларусь от 17 мая 2011 г. № 262-З «Об авторском праве и смежных правах», ст. 16 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. №6-1 «Об авторском праве и смежных правах»:

1. право на воспроизведение — воспроизводить произведение;
2. право на распространение — распространять экземпляры произведения любым способом: продавать, сдавать в прокат и так далее;
3. право на импорт — импортировать экземпляры произведения в целях распространения;
4. право на публичный показ — публично показывать произведение;
5. право на публичное исполнение — публично исполнять произведение;
6. право на передачу в эфир — сообщать произведение (включая показ, исполнение или передачу в эфир) для всеобщего сведения путём передачи в эфир и (или) последующей передачи в эфир;
7. право на сообщение для всеобщего сведения по кабелю — сообщать произведение (включая показ, исполнение или передачу в эфир) для всеобщего сведения по кабелю, проводам или с помощью иных аналогичных средств;
8. право на перевод — переводить произведение на разные языки;
9. право на переработку — переделывать, аранжировать или другим образом перерабатывать произведение;

---

<sup>1</sup> См.: Голощапов А.М., Рождественская К.Ю. Особенности наследования авторских прав. М.: Р.Валент, 2011. — 144 с.

10. право на доведение до всеобщего сведения — сообщать произведение таким образом, при котором любое лицо может иметь доступ к нему в интерактивном режиме из любого места и в любое время по своему выбору.

Имущественные права наследники в рассматриваемых странах могут осуществлять в пределах срока действия исключительного права. В этих сроках есть различия, так:

- В России 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<sup>2</sup>;

- В Казахстане авторское право действует в течение всей жизни автора и пятидесяти лет после его смерти. Авторское право на произведение, обнародованное анонимно или под псевдонимом, действует в течение пятидесяти лет после даты его правомерного обнародования<sup>3</sup>;

- В Республике Беларусь имущественные права действуют в течение всей жизни автора и пятидесяти лет после его смерти. В отношении анонимного произведения или произведения под псевдонимом срок охраны составляет 50 лет с момента первого правомерного опубликования произведения<sup>4</sup>.

Вступая в наследство, наследник получает не только исключительные права на произведение, но и определенные обязанности, возложенные на него завещателем. Например, завещательный отказ или завещательное возложение. В случае если умерший успел составить завещание, наследование авторских прав будет подчинено правилам наследования по завещанию. Если же завещания нет, то наследники призываются в порядке закона.

Личные неимущественные права автора, связанные с его личностью, не передаются по наследству. К таким правам относятся:

- Право на имя. Закрепляет за автором право использовать свое произведение под собственным именем.
- Право авторства. Право быть признанным как автор произведения.
- Право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений.

Данное право заключается в том, что за автором остается право изменять и дополнять свое

---

<sup>2</sup> См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 N 230-ФЗ (ред. от 31.12.2014) "Российская газета", N 289, 22.12.2006, статья 1281.

<sup>3</sup> См.: Закон Республики Казахстан от 10 июня 1996г. №6-1 «Об авторском праве и смежных правах», статья 28 // Ведомости Парламента РК, 1996 г., № 8-9, ст. 237.

<sup>4</sup> См.: Закон Республики Беларусь от 17 мая 2011г. № 262-З «Об авторском праве и смежных правах», статья 20. // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2011. – № 60. – 2/1813.

произведение в любое время. Наследник имеет право вносить изменения в произведение, если: 1) они не искажают начальный замысел автора и не нарушают целостность восприятия произведения в целом, 2) иное не предусмотрено волей умершего, то есть автор в завещании или ином письменном документе не указал свою волю касательно внесения изменений в его произведение.

- Право на отзыв. До фактического обнародования произведения, автор может воспользоваться своим правом на отзыв, вернуть произведение в руки автора без последующего обнародования. Однако это не ограничивает автора в его праве на обнародование, автор может в любой момент снова обнародовать произведение.

- Право на обнародование произведения. Закрепляет за автором право совершить действия, которые сделают его произведение доступным для всеобщего сведения, то есть опубликование произведения.

Относительно права наследников на обнародование и права на отзыв произведения существует несколько точек зрения. Так, профессор А.П. Сергеев считает, что поскольку в законодательстве не сформулирован прямой запрет перехода права на обнародование, то наследник может обнародовать произведение после смерти автора, если оно не было обнародовано ранее и это не противоречит воле автора. Данное обстоятельство позволяет сделать вывод о том, что право на обнародование передается по наследству<sup>5</sup>. Многие авторы придерживаются аналогичного мнения, среди них Е.И. Моргунова, Э.П. Гаврилов, О. Рузакова<sup>6</sup>.

Есть также и другая точка зрения. По мнению С.С. Лосева в законодательстве существует коллизия норм. Так, Закон Республики Беларусь от 17 мая 2011 г. № 262-З «Об авторском праве и смежных правах» определяет, что по наследству не переходит право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора. Если считать, что в данном законе содержится фиксированный список прав, которые не могут переходить по наследству, то остальные не перечисленные личные неимущественные права должны переходить к наследникам. Однако такой вывод по мнению ученого не верен. Опираясь на нормы Гражданского Кодекса о непередаваемости личных неимущественных прав и исходя из того, что право на обнародование произведения и право на его отзыв отнесены законодателем к

---

<sup>5</sup> Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. Изд. второе, перераб. и доп. М.: ООО «ТК Велби», 2003. С. 181.

<sup>6</sup> См.: Моргунова Е.И. Авторские правомочия: теория и практика // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2002. № 5. С. 31; Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. М.: Фонд «Правовая культура». 1996. С. 127; Рузакова О. Наследники как субъекты авторско-правовых отношений // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2002. № 1. С. 4.

разряду личных неимущественных прав, следует, что все без исключения личные неимущественные права привязаны к личности автора и передаваться не могут<sup>7</sup>.

Анализируя указанные выше точки зрения, следует согласиться с профессором А.М. Эрделевским, который считает, что право на обнародование произведения может перейти по наследству к наследникам только при наступлении определенных условий, а именно принятое в свое время решение автора об обнародовании произведения<sup>8</sup>. Такое право закрепляет статья 1268 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Наследник вправе осуществлять защиту личных неимущественных прав автора. Указанные правомочия не ограничиваются каким-либо сроком, т.е. наследник осуществляет свои полномочия бессрочно (пожизненно). Данное правило установлено всеми исследуемыми законодательствами.

Как уже было сказано выше, юридические лица также могут вступать в наследство вне зависимости от своей организационно-правовой формы. Чаще всего завещание составляют в пользу некоммерческих организаций, таких как: музей, учебное заведение и др. Главное условие для признания юридического лица наследником, это существование данного юридического лица на день открытия наследства.

В случае отсутствия наследников произведение переходит в общественное достояние. Это означает, что оно может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. При этом должно соблюдаться право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора. Контроль за выполнением перечисленных выше прав и их защиту в случае их нарушения, осуществляет специальный государственный орган:

- В Российской Федерации - Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам;
- В Республике Казахстан - Национальный институт интеллектуальной собственности Республики Казахстан;
- В Республике Беларусь - Национальный центр интеллектуальной собственности Республики Беларусь.

В заключение отметим, что законодательство, касающееся наследования авторских прав, стран участниц ЕАЭС весьма схоже, однако в каждом можно обнаружить как общие проблемы, так и индивидуальные, касающиеся конкретной страны. Авторское право, как

---

<sup>7</sup> См.: Лосев С.С. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» — Минск : Бизнесофсет, 2013. — 299 с.

<sup>8</sup> Эрделевский А.М. Неимущественные права автора произведения // Патенты и лицензии. 2005. № 1. С. 31.

институт гражданского права, постоянно развивается и претерпевает изменения, которые направлены на устранение возможных коллизий норм.



## Особенности залога обязательственных прав в РФ

**М. Н. Пронин**

*Студент 3 курса юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6  
email: [rei95ru@mail.ru](mailto:rei95ru@mail.ru)*

Институт залога имеет очень древнюю и долгую историю. Он развивался практически во всех странах мира. Первые упоминания о залоге встречаются на стеле Хаммурапи в своде его законов, Законе Манну и Законах XII таблиц.

Во всем мире залог признается как один из самых распространенных способов обеспечения исполнения обязательств.

Не смотря на то, что данная тема довольно подробно изучена, она остается актуальной и сейчас. В связи с постоянным развитием общественных отношений данный институт нуждается в законодательном "обновлении"<sup>1</sup>. К тому же существует спор, затрагивающий характер залога. Одни ученые теоретики считают, что залог обладает признаками вещных прав и, как следствие, должен являться вещным правом, другие же придают ему сугубо обязательственный характер, тем самым определяя его только как способ обеспечения исполнения обязательства. Опираясь на данные формулировки, может возникнуть вопрос о том, какой характер носит такой вид залога как залог обязательственных прав - носит ли он сугубо обязательственный характер или так же обладает свойствами, которые присущи вещным правам.

На данный момент, ст. 358.1 ГК РФ устанавливается, что предметом залога обязательственных прав являются имущественные права (требования), вытекающие из обязательства залогодателя. Такая формулировка порождает некоторые проблемы, которые вытекают при реализации данной нормы.

Проблема залога имущественных прав заключается в том, что еще в Гражданском кодексе РСФСР 1922 года содержалась норма, которая регулировала такой вид залога как залог имущественных прав<sup>2</sup>: "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 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 право, в том числе и неимущественное право, невозможно юридически, потому

<sup>1</sup> См.: Богатырев Ф. О. Проблемы залога прав // Хозяйство и право, 2000, № 7.

<sup>2</sup> См.: Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. – М.: Статут, 1999.

что оно вообще не является объектом оборота. Все 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.

Поэтому ст. 336 Гражданского кодекса РФ не допускает залога этих требований, называя только некоторые из них. Так же стоит отметить, что в данный перечень добавили требования о возмещении морального ущерба.

В своей работе А.М. Эрделевский старался объяснить, каким образом возможность уступки (зачета) требования о компенсации морального вреда можно воплотить в жизнь<sup>3</sup>. Я не согласен с его аргументациями, так как они содержат противоречивые положения. Например, выступая за допустимость уступки рассматриваемого требования, он, так или иначе, допускает наличие связи с личностью носителя этого требования.

Общим исключением из правила о возможности залога любого имущественного права всегда было положение о недопустимости залога прав, которые нельзя передавать (уступать).

Многие ученые отрицают возможность залога вещных прав. Таковую позицию имеет, например, Б.М. Гонгало<sup>4</sup>. С его мнением трудно согласиться.

Во-первых, закон не запрещает залога 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.

Во-вторых, нельзя усмотреть препятствия для залога вещного права, исходя из его юридической природы. Это имущественное право и оно, как правило, не имеет неразрывной связи с его носителем. Поэтому вполне возможен залог права пожизненного наследуемого владения, права бессрочного пользования земельным участком и т.п. Когда упоминается возможность залога вещных прав, то имеется в виду залог только прав на чужую вещь. Говорить о залоге права собственности просто бессмысленно<sup>5</sup>.

Даже несмотря на то, что по общему правилу вещные права могут выступать в качестве предмета залога, некоторые из них закон все же запрещает закладывать<sup>6</sup>. Например, правило п. 2 ст. 275 ГК РФ запрещает залог земельных сервитутов, а на основании ст. 277 ГК РФ невозможен залог личных сервитутов (право пожизненного проживания в чужом доме и

---

<sup>3</sup> См.: Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда третьим лицам. Переход и зачет права на компенсацию // Законность, 1998, № 2.

<sup>4</sup> См.: Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств. — М., 1999 г.

<sup>5</sup> См.: Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: Учебно-практическое пособие. - М.: Дело, 1999.

<sup>6</sup> См.: Богатырев Ф. О. О сущности залога имущественных прав // Журнал российского права, 2001, № 4.

т.п.). Земельный сервитут служит интересам господствующего земельного участка, поэтому он может быть установлен только в пользу его владельца. Третьи лица не в состоянии быть правопреемниками сервитутного права без приобретения соответствующего права на господствующий земельный участок. Исключается несоответствие между субъектом права на господствующий земельный участок и субъектом права на сервитут. Личный сервитут не может являть предметом залога, так как он неразрывно связан с личностью субъекта данного права. Он устанавливается в интересах конкретного лица.

Данная тенденция зародилась еще во времена римского права. Но уже тогда, в Древнем Риме, было создано исключение — право пользования вещью и извлечения из нее плодов (*usus fructus*). Сейчас аналогом данного сервитута являются права на горный отвод, на пользование участком лесного фонда и право на пользование водным объектом. Данные виды сервитутов сами по себе способны к залогоу, хотя в действительности залог многих из них либо запрещен, либо ограничен: например, залог права на горный отвод запрещен Федеральным Законом РФ "О недрах". На основании ст. 17 этого нормативного правового акта не допускается переход права пользования недрами в пользу третьих лиц, а значит, и его залог. Возможно, данный закон детализирует охрану действующих положений ст. 9 Конституции РФ, и обеспечивает охрану и основу жизнедеятельности народов, проживающих на конкретной земле.

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).

Проанализировав практику судов этой категории дел, можно сделать вывод, что в последнее время суды нередко сталкивались с данной проблемой, и если сравнить решения 5 летней давности, то в настоящее время данный вид залога широко применяется, несмотря на то, что возникают ситуации, в которых не понятно, что является предметом залога в конкретном деле: либо само требование, либо материальный объект, который кредитор должен получить от должника.

Примером, в котором В.С. Кокова, Ю.Б. Гонгало выделяют данные особенности залога прав требований, является дело № А60-23721/2003.<sup>7</sup> Из материалов дела известно, что ООО "С" обратилось в суд с иском к ООО "Е", ООО "У", о признании недействительным договора уступки права требования. Решением суда исковые требования удовлетворены частично. Постановлением апелляционной инстанции решение изменено, договор уступки права требования (цессии) в части передачи ООО "У" права требования к ООО "С" признан недействительным, в остальной части иска отказано.

Постановлением ФАС Уральского округа от 12.04.2004 г. №Ф09-918/04 постановление апелляционной инстанции оставлено без изменения. Как следует из материалов дела, между ООО "С" (заказчик) и ОАО "Р" (подрядчик) заключен договор подряда. В связи с ненадлежащим исполнением заказчиком обязательств по оплате выполненных работ решением суда по делу N А60-23891/2002, не вступившим в законную силу, с ООО "С" в пользу ОАО "Р" взыскана сумма долга. Из содержания условий договора цессии усматривается, что во исполнение договора комиссии (где ОАО "Р" - комитент, а ООО "Е" - комиссионер), ООО "Е" (цедент) уступило ООО "У" (цессионарий) свои права требования к должникам, указанным в приложении N I к договору цессии.

Всесторонне и полно исследовав имеющиеся в деле доказательства в их совокупности суд апелляционной инстанции обоснованно, в соответствии с положениями ст. ст. 166, 168, 382, 383, 711, 723 ГК РФ пришел к выводу о наличии оснований для признания недействительным договора уступки прав требований (в сумме, оспариваемой истцом), поскольку действительность уступленного права, его бесспорный характер не подтверждается материалами дела, договор не соответствует требованиям ст.ст. 382, 384 Гражданского кодекса Российской Федерации.

При этом, судом апелляционной инстанции обоснованно указано, что в отношении суммы задолженности, право требования оплаты которой уступлено новому кредитору - имеются судебные споры, а решение от 17.01.2003 Арбитражного суда Свердловской области по делу N А60-23891/02-С1, со ссылкой на которое суд первой инстанции признал договор цессии в части взысканной судом суммы действительным - в законную силу не вступило.

Существует проблема допустимости залога требований из длящихся обязательств (когда происходит неоднократное исполнение).

Высший Арбитражный Суд РФ неоднократно высказывал свою позицию против передачи данного вида требований. Неоднократно отказывал в исках цессионариям, которым

---

<sup>7</sup> См.: В.С. Кокова, Ю.Б. Гонгало. Особенности применения арбитражными судами главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации. — М., 2005.

они были уступлены. При этом ВАС РФ указывает, что в соответствии с § 1 главы 24 ГК РФ уступка требования влечет перемену лиц в обязательстве и возможна в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права.

Однако, как представляется, здесь не учтено, что при уступке требований из длящихся обязательств цедент хотя и остается стороной в обязательстве, но уступает требование о взыскании долга за уже проданные товары, выполненную работу или оказанные услуги. Безусловно, уступка требования предполагает перемену лиц в обязательстве — вопрос не в этом, а в том, что из длящихся обязательств можно "вычленять" требования и передавать их другим лицам, оставаясь при этом субъектом обязательства в целом. Ничего криминального нет в ситуации, когда арендодатель уступает требование о взыскании просроченной арендной платы и в то же время остается стороной договора аренды. Поэтому, думается, можно считать допустимыми передачу и залог такого рода требований.

1 июля 2014 года вступил в силу ряд изменений в Гражданском кодексе Российской Федерации, которые включали в себя блок поправок и дополнений, регулирующих общественные отношения в сфере залога.

Изменения ГК затронули только те правоотношения, которые возникли после 1 июля 2014 года, и, как обычно, они не коснутся прав и обязанностей, существовавших до этого момента.

Данные поправки подразумевают под собой более гибкое и универсальное правовое регулирование отношений в сфере залога и в некоторых случаях имеют редакторский характер (разделение и, наоборот, объединение статей, редакция текста), а в иных случаях – более серьезные) к тому же они внесли изменения в положения залога обязательственных прав, а именно: Вводится возможность заложить имеющиеся на данный момент залогодателя права, и права, которые возникнут будущем из существующего или будущего обязательства; вводятся дополнительные и существенные условия для договора залога прав; запрещается досрочное исполнение основного обязательства, в случае, если срок основного права требования истек; устанавливаются определенные ограничения на заключения договоров залога прав; определяется порядок исполнения должником залогодателя обязательств по заложенному праву требования; предусматриваются специальные способы реализации заложенных обязательственных прав.

Таким образом, залог обязательственных прав носит не настолько вещно-правовой характер, насколько им обладает право собственности. Однако проблема вещно-правового или обязательственного характера должна решаться в форме признания двойственной природы данного института. Он порождает два вида отношений - между залогодателем и залогодержателем и вещью, т.е. с одной стороны, это способ обеспечить обязательства

должника путем установления относительной правовой сферы с кредитором, а с другой - непосредственная правовая связь залогодержателя и вещи. Поэтому залог обязательственных прав может быть охарактеризован как вещный способ обеспечения обязательства.

## Реформа гражданского процессуального законодательства Франции в области применения альтернативных способов разрешения споров

**А.Е. Сидоров**

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

В статье исследуются изменения в гражданском процессе Франции, касающиеся альтернативных способов разрешения споров, регламентируемые Декрета № 2015-282 от 11 марта 2015 года,

**Ключевые слова:** Франция, гражданский процесс, альтернативные способы разрешения споров, медиация, переговоры, примирение.

14 марта 2015 года в "Официальном вестнике" Франции был опубликован Декрет № 2015-282 от 11 марта 2015 года «.....название.....»<sup>1</sup>, который предусматривает, помимо прочих положений, что предпочтение отдаётся применению разрешению споров по взаимной договоренности, в частности, предлагая сторонам указать в обращении о принятии дела к производству ранее исполненные действия по разрешению спора в досудебном порядке. Данное изменение вступило в силу с 1 апреля 2015 года. На практике возникла необходимость разобраться, как следует трактовать введение этих новых положений в процессуальное право Франции, а также какими могут быть последствия этого нововведения.

При первом прочтении текста нормативного акта складывается впечатление, что у законодателя было желание утвердить новый принцип, представляющий огромные возможности для юристов, которые заинтересованы в его грамотном толковании<sup>2</sup>. Какими бы ни были причины изменений законодательства в пользу развития альтернативных способов разрешения споров, в первую очередь к ним относится желание облегчить нагрузку на систему отправления правосудия, которая перегружена из-за хронической нехватки средств. Новеллы являются частью общего направления реформы, существующего уже 20 лет, направленной на усовершенствование одного из самых полных арсеналов юридического урегулирования по какому вопросу?

Новые обязательства, налагаемые на стороны, являются подтверждением нового принципа, закреплённого законодательно: суд не должен являться первым способом разрешения конфликта, он становится последней, исключительной инстанцией (за исключением случаев чрезвычайных ситуаций или когда дело касается защиты общественного порядка).

---

<sup>1</sup> Источник опубликования

<sup>2</sup> Frédéric Jablonski. Modes Amiables: Point de vue de l'avocat. <http://www.village-justice.com/articles/Modes-amiables-point-vue-avocat,19456.html>

Некоторые правоведы считают, что сомнения и вопросы в среде теоретиков и практикующих юристов, порождённые изменениями, могут быть довольно легко стабилизированы путём приведения в пример опыта англо-саксонских стран, где 85% споров не доходят до суда<sup>3</sup>, а применение альтернативных способов разрешения споров не уступает по эффективности судебным решениям в удовлетворении интересов сторон.

Следует отметить, что ни статья 56, ни статья 58 Гражданского Процессуального Кодекса Франции не уточняет, какие средства следует использовать для урегулирования спора<sup>4</sup>. В связи с этим можно предположить, что новое процессуальное законодательство допускает использование всех альтернативных способов разрешения споров.

Необходимо дать несколько определений для того, чтобы иметь представление о данном вопросе.

Прежде всего, следует уточнить, что название «Способы разрешения споров по взаимной договоренности» (*Modes Amiables de Résolution des Différends / MARD*) не является общепринятым. На самом деле, во Франции как правило используют термин «Альтернативные Способы Разрешения Конфликтов» (*Modes Alternatifs de Règlement des Conflits / MARC*), но слово «альтернативный», вызывает сомнения у некоторых правоведов, поскольку он противопоставляется другой системе разрешения споров (как правило, в судебном порядке), но при этом не указан в определении и не указывает на особенности методов в отличие от «взаимной договоренности». Что касается термина «конфликт» (*conflit*), то он обозначает ухудшение отношений между затронутыми лицами на более высоком уровне, чем «спор» (*différend*), который направлен на вмешательство на ранних этапах, когда шанс успешно примирить стороны значительно выше и пока еще отношения между сторонами не были безвозвратно разорваны.

Таким образом, определение «Способы разрешения споров по взаимной договоренности» (*Modes Amiables de Résolution des Différends / MARD*) является результатом европейского размышления, который лучше всего определяет процесс, направленный на мирное рассмотрение столкновения интересов. Способы разрешения споров по взаимной договоренности относятся к процессам и к методам решения конфликтов вне судебного разбирательства. К ним относятся переговоры, совместный подход (*approche collaborative*), долевая процедура (*procédure participative*), примирение и медиация.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Ивановская Н.В. Медиация в Англии и Уэльсе. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2013. № 1. С. 133.

<sup>4</sup> Hervé Croze Que retenir du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends? // Magazine d'actualités juridiques N° 03 - avril 2015.

<sup>5</sup>



Переговоры, как правило, определяются как участие в дискуссиях или обсуждениях между лицами с целью достижения согласия при решении проблем. Данный термин берет начало в одной из работ Гарвардского университета «Program on Negotiation»<sup>6</sup> и широко распространен, так как он способствует поиску соглашений между сторонами, которые бы взаимно удовлетворяли их интересы, в отличие от вынужденных соглашений.

При совместном подходе стороны используют переговоры, основываясь на своих интересах, и привлекают адвокатов, чтобы помочь сторонам заключить взаимоприемлемое соглашение. Адвокаты и стороны подписывают соглашение, в котором закрепляют свое согласие не обращаться в суд. В данном случае, стороны и адвокаты работают в качестве одной команды. Совместный подход основывается на следующих принципах: совместная работа всех участников; поиск добросовестных приемлемых решений для всех сторон; конфиденциальность; адвокаты берут на себя обязательство об отводе в случае провала. Как таковой, совместный подход не существует во французском действующем праве, но этот метод вполне может быть использован в строго ограниченных рамках при условии, что участники обладают должными знаниями и способны их применять.

Долевая процедура – это соглашение, заключенное в письменной форме на определенный срок любым лицом при помощи адвоката, по которому стороны спора, которые еще не передали дело на рассмотрение суду или арбитру, обязуются работать совместно и добросовестно для разрешения спора. Оно было введено Законом № 2010-1609 от 22 декабря 2010 года, который создал 12 титул Книги III Гражданского кодекса, который назывался «Соглашение о долевой процедуре»<sup>7</sup>. Если цель долевой процедуры бесспорно та же, что и у совместного подхода в области сторон, - добросовестно работать для внесудебного разрешения спора, то с точки зрения системы долевая процедура более формальна и принудительна, и в случае провала предусматривает рассмотрение спора в судебном порядке. Еще одним отличием от совместного подхода является то, что адвокаты, вовлеченные в рамках долевой процедуры, не подвергаются отводу в случае провала.

Примирение заключается в использовании помощи третьих лиц, как правило, имеющих статус посредника<sup>8</sup>. Его роль заключается в том, чтобы выслушать позиции сторон и предложить способ урегулирования разногласий. Посредник не имеет никакой власти принуждения. Он помогает найти компромиссное решение, соблюдая интересы каждой из сторон. Его задача состоит в том, чтобы добиться мирного разрешения спора, представленного ему, и подтвердить его наличие.

---

<sup>6</sup>

<sup>7</sup> Code civil. Art. 2062.

<sup>8</sup> Charles Jarrosson Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale. // Revue internationale de droit comparé / Année 1997 / Volume 49 / Numéro 2 / p. 330

Медиация – совместный и добровольный процесс, который ведется при помощи беспристрастного, независимого третьего лица (медиатора), не обладающего властью. Он способствует проведению переговоров между сторонами, создает или восстанавливает отношения между ними, а также помогает предотвратить возникновение спора или же урегулировать его при поддержке самих сторон<sup>9</sup>.

Эти различные определения позволяют увидеть богатство предлагаемых решений, которые могут быть адаптированы к каждой конкретной ситуации и использованы адвокатами для разрешения споров. При возникновении спора адвокат обязан посоветовать разрешить спор мирно в досудебном порядке и напомнить, что эта попытка является обязательной. Поэтому адвокат должен знать и понимать цель применения подобных мер, что требует хотя бы минимальной подготовки.

Помимо выбора наиболее подходящего решения, возникает вопрос доказательства попытки разрешения спора по взаимной договоренности. В связи с этим, представляется необходимым предложить другой стороне попытаться разрешить спор во внесудебном порядке в письменном виде заказным письмом с уведомлением о вручении или официальным письмом. Также можно указать при предъявлении требования об исполнении обязательства дополнительное условие о проведении переговоров или иного альтернативного способа разрешения спора. В случае отсутствия положительного ответа, процессуальное обязательство будет считаться исполненным. Соответственно, при наличии желания у другой стороны разрешить спор во внесудебном порядке, она должна дать официальный ответ, чтобы подтвердить, что она не отказывается от этого требования или не воздерживается от ответа.

С другой стороны, можно задаться вопросом о том, как можно доказать существование переговоров до обращения в суд в случае их провала. На самом деле, этот вопрос возникает только в рамках проведения «аргументированных переговоров» (*négociation raisonnée*), которые не соответствуют какой-либо форме и поэтому не могут подтвердить существование переговоров. В связи с этим, следует вести переговоры, и это, вероятно, было одной из целей Декрета, используя долевою процедуру, которая формализует процесс переговоров, сохраняя конфиденциальность обмена, если соглашение долевою процедуры составлено правильно. Что касается обращения к третьим лицам, таким как посредник или медиатор, то на них возлагается обязанность подтвердить начало процедуры урегулирования спора и, возможно, провал попытки без предоставления дополнительных сведений, что также может являться доказательством.

---

<sup>9</sup> Давыденко Д.Л. Примирительные процедуры в европейской правовой традиции. Изд. – Инфотропик, 2013.

Таким образом, реализация принципа не создаёт больших проблем. И можно рассмотреть вопрос, связанный с санкциями в случае неоправданного уклонения от исполнения обязательств, не предусмотренных законом.

Хотя Декрет и внес изменения в ст. 56 и 56 ГПК Франции, которые регулируют форму подачи исковых заявлений под угрозой недействительности, можно отметить, что отсутствие попытки внесудебного урегулирования спора не влечет за собой ни недействительности искового заявления, ни основания для его непринятия<sup>10</sup>. Для разрешения спора судья может предложить сторонам возможность примирения или медиации в случае, если при возбуждении дела в суде будет установлено, что стороны не приняли необходимые меры по урегулированию спора<sup>11</sup>. Это условие открывает возможность судье предложить сторонам возможность примирения или медиации, но он не может ее навязывать. В этом отношении мало что изменилось, так как судья уже был наделен таким полномочием во всех судебных процессах и на всех стадиях судопроизводства. Так как все способы разрешения споров по взаимной договоренности основаны на принципах свободы сторон и автономии их воли, то подобное решение было единственно возможным. Иначе говоря, ни один процесс внесудебного разрешения спора не будет работать без согласия сторон, и любые попытки навязать его обречены на провал. Наглядным примером является Италия, где обязательным условием до обращения в суд является предварительная медиация. Следовательно, мы должны объективно считать, что недавно навязанное обязательство будет походить больше на приглашение чем на настоящее обязательство. Между тем, вероятно, что эти новые положения побудят судей чаще предписывать меры примирения или медиации. Следует отметить, что на данном этапе только два варианта остаются возможными: примирение и медиация, в которых необходимо участие третьих лиц для урегулирования спора.

Рассматривая практические последствия нового требования, предъявляемого сторонам, задаешься вопросами. Во-первых, не будут ли заинтересованные лица задерживать отправку правосудия, навязывая действия, которые занимают время и неизвестно когда и как закончатся?<sup>12</sup> На это можно ответить следующее: в случае, когда ответчик отказывается от приглашения, которое ему было сделано официально, юридическое обязательство будет выполнено без потери времени истца. Если же ответчик принимает приглашение (в данном случае, недобросовестно и с целью выиграть время), то проведение переговоров в рамках совместного подхода или долевого процедуры будет предусматривать определенный срок. В области медиации процесс ограничен сроком в 3 месяца с возможностью однократного

---

<sup>10</sup> Лебедев М. Ю. Гражданский процесс. Серия: Бакалавр. Базовый курс. – М.: Юрайт, 2012. с. 206

<sup>11</sup> Code de procédure civile. Art. 127.

<sup>12</sup> Charles Jarrosson Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale. // Revue internationale de droit comparé / Année 1997 / Volume 49 / Numéro 2 / p. 345

продления по решению судьи, причем каждая из сторон может прекратить медиацию в любой момент, без необходимости обоснования своего решения.

Второй вопрос касается стоимости разрешения споров по взаимной договоренности в сравнении с классическим судебным разбирательством. В настоящее время трудно дать однозначный ответ, однако нужно отметить, что если спор рассматривается, например, в рамках долевой процедуры стороны не будут нести другие расходы, кроме как за услуги и советы адвокатов, которые они должны в любом случае оказывать в рамках судебного разбирательства. С другой стороны, время, затрачиваемое на долевую процедуру, как правило, больше, чем время, которое тратится на подготовку рассмотрения дела в суде, что может привести к повышению стоимости оплаты услуг адвоката, если он работает на почасовой основе<sup>13</sup>. Между тем, время, затраченное на долевую процедуру, будет сливаться полностью или частично со временем подготовки пакета документов и дела, что позволит, в случае отсутствия полного или частичного соглашения более простой и быстрый доступ к судебному разбирательству с уже подготовленным пакетом документов. Следовательно, можно предположить, что, несмотря на другой метод работы, долевая процедура не включает значительных дополнительных затрат для истца.

Данный вопрос отличается в рамках медиации. Стороны должны вознаградить медиатора. Стоимость его услуг определяется и закрепляется соглашением сторон, которые между собой решают, каким образом они должны распределить оплату. Если эти расходы являются значительными, то они должны учитываться вместе с издержками, вызванными продолжительностью и неопределенностью судебного разбирательства. С одной стороны, медиация не является не обязательной и поэтому из-за своей стоимости одна из сторон не захочет к ней прибегать, а с другой стороны, хорошо проведенная медиация позволяет достичь удовлетворительного соглашения для всех сторон примерно в 80% случаев<sup>14</sup>, что является очень существенным результатом. В связи с этим, возражение по причине возможного увеличения расходов на оборону не всегда кажется актуальным.

Подводя итог, следует сказать, что новое обязательство, возложенное на стороны - .....каое, напишите еще раз....., можно рассматривать как несогласованное с другими положениями законодательства Франции и порождающее вопросы, вызывающие беспокойство, которое сопровождает все изменения, однако его также следует воспринимать как попытку улучшения французского законодательства, предоставляющую новые возможности для теоретиков и практикующих юристов в защите нарушенных прав.

<sup>13</sup> Ивановская Н.В. Оказание услуг по альтернативному разрешению споров общественными организациями в зарубежных странах. // Черные дыры в Российском законодательстве. 2013. № 2. С. 131.

<sup>14</sup> Ивановская Н.В. Медиация в Англии и Уэльсе. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2013. № 1. С. 133

## Гражданский процесс Японии

**Х. А. Симбагаева**

*Студентка 3 курса юридического института  
Российского университета дружбы народов  
адрес: улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия,*

В 1890 году был принят первый Гражданский процессуальный кодекс, за основу которого была взята немецкая модель.

Вопросы гражданского процесса долгое время регулировались законом об организации суда и гражданским процессуальным кодексом. Этими актами, по существу, впервые в истории Японии вводилась судебная процедура рассмотрения споров, разрешавшихся до этого методом принудительного посредничества со стороны феодалов.

В 1926 г. Японский ГПК был издан в новой редакции, подготовленной по образцу австрийского законодательства и предусматривавшей усиление активной роли суда в ходе разбирательства дела.

Гражданский процессуальный кодекс Японии, действующий на сегодняшний день, был введен в действие законом № 109 от 26 июня 1996 года. ГПК Японии состоит из 8 частей и 405 статей.

Часть I (общие положения) устанавливает общие принципы гражданского процесса, права и обязанности участников гражданского судопроизводства, участие третьих лиц в суде, представительство в суде и т.д.

Часть II (судопроизводство в первой инстанции) устанавливает порядок проведения судебного разбирательства, порядок подачи запросов и представления доказательств, прения в судебном разбирательстве, подготовка к прениям и т.д.

Часть III (апелляция) устанавливает порядок и срок подачи апелляционных жалоб, содержания апелляционной жалобы и т.д.

Часть IV (пересмотр судебных решений по новым и вновь открывшимся обстоятельствам) устанавливает основания для пересмотра вступивших в законную силу судебных решений.

Часть V (специальные оговорки по делам, связанным с банковскими счетами и проверке действий с чеками)

Часть VI (специальные положения, относящиеся к искам по мелким суммам)

Часть VII (исполнительное производство) устанавливает задачи исполнительного производства, сроки в исполнительном производстве.

Часть VIII (приостановление исполнительного производства) устанавливает основания приостановления исполнительного производства.

В статье 1 гражданского процессуального кодекса Японии закреплено, что суд при рассмотрении гражданских дел должен руководствоваться гражданским процессуальным кодексом, а также положениями других законов и постановлениями Верховного суда. К задачам судей относятся быстрое и справедливое разрешение споров, а стороны должны добросовестно подходить к гражданскому процессу.

Гражданский процессуальный кодекс закрепляет все процессуальные права и обязанности истца и ответчика, заявителя и представителя, а также это касается ассоциаций и фондов, которые юридическими лицами не являются, но чьи интересы может представлять их представитель или администратор. В случае множественности лиц участвующих в деле по конкретному спору, они могут из своего числа назначить одного человека, который будет представлять интересы всех в суде, и они будут соистцами или соответчиками. Кроме того, если один из соистцов или соответчиков лишился своего положения как стороны процесса в случае смерти или иных обстоятельств, другой назначенный соистец или соответчик может совершать все процедурные вопросы для продолжения процесса. Назначенное лицо может быть в дальнейшем переизбрано.

Малолетние и несовершеннолетние могут выступать в суде только через агента (представителя) за исключением прямо предусмотренных в законе случаев.

В отношении третьих лиц действует понятие вмешательство в процесс, а не участие в процессе. Третье лицо, чьи интересы затрагивает иски, может вмешаться в процесс, чтобы поддержать чью-либо позицию. Для того, чтобы третье лицо вступило процесс нужно направить в суд заявку, разъяснив цель и причины вмешательства. В случае, если другая сторона выразит свое возражение о вмешательстве третьей стороны процесс, суд должен вынести решение, учитывая мнение стороны на чьей стороне выступает третье лицо.

Отличительной особенностью является то, что кодексом предусмотрено помимо законных представителей, опекунов и попечителей, также участие специального агента.

В случае если у лица, нет законного представителя или если законный представитель не способен осуществлять представительство, лицо которое подало иск в отношении этого лица, может ходатайствовать у суда назначить специального агента. Суд в любое время может заменить специального агента. Для совершения процессуальных действий специальным агентом, представляемое лицо делегирует такие же полномочия как опекуну. Прекращение полномочий законного представителя невозможно без заблаговременного уведомления специальным агентом другой стороны. Аналогичное положение действует в отношении назначения и изменения полномочий стороны.

Для современного японского гражданского процесса характерен ряд своеобразных черт:

закон запрещает создание специализированных судов. Однако действуют семейные суды, рассматривающие, правда, и гражданские, и уголовные дела, но связанные с семьей и несовершеннолетними;

в гражданском процессе сочетается коллегиальное и единоличное рассмотрение дел;

устность рассмотрения гражданских дел сочетается с письменными началами процесса. Например, если председательствующий в суде задает любые вопросы сторонам, последние обычно отвечают, что им хотелось бы ответить позже посредством письменного заявления;

в гражданском процессе распространены различные виды мировых соглашений, поэтому судебная деятельность в области отношений частных лиц сводится чаще всего к их примирению, а не разрешению дела по существу. Поговаривают, что это связано с психологией японцев, для многих из которых вызов в суд является позором, поэтому обращение к суду за защитой прав граждан случается не столь часто, как в Европе

## Тезисы о доктринах участия третьих лиц в арбитражном соглашении

**Д. Д. Старцев**

Студент 2 года магистратуры юридического института  
Российского Университета Дружбы Народов,  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
e-mail: [altdies@mail.ru](mailto:altdies@mail.ru)

1. В настоящее время взор российских и зарубежных правоведов в области международного коммерческого арбитража привлекает вопрос об участии в арбитражном соглашении лиц, прямо не выразивших своё волеизъявление на участие в арбитраже, но, тем не менее, так или иначе, своими действиями (или иначе «своей волей») присоединившихся к нему.

2. Действительно, порой отрицание участником коммерческого оборота участия в арбитражном соглашении, когда другая сторона рассчитывала на такое участие, делает бессмысленным разрешение спора или приведение в исполнение решения, превращая арбитраж в некую форму, не имеющую целью в полном объёме защитить субъективное право лица. В частности именно такая постановка данной весьма острой проблемы подвигла многих арбитров и судей за рубежом создать обширное количество доктрин о том «где искать волю и волеизъявление лица на участие в арбитражном соглашении».

3. Спор о том, является ли субъект стороной арбитражного соглашения, часто становится предметом злоупотребления той или иной стороны, а также краеугольным камнем в спорах, где участие такого субъекта необходимо для обеспечения полной защиты субъективного права.<sup>1</sup>

4. Именно в этой связи автор настоящей работы решил осветить некоторые концепции об участии третьих лиц в арбитражном соглашении. Данная работа не претендует на глубокий анализ всех существующих доктрин, освещающих этот вопрос, однако стремится создать классификацию идей, разработанных российскими и зарубежными юристами, дав краткий (тезисный) анализ каждой.

5. Российская доктрина, как правило, рассматривает наиболее частый пример участия лица, не выразившего прямое волеизъявление на участие в арбитражном соглашении: перемену лица в обязательстве (в частности, при уступке прав требования).

6. Участие в арбитражном соглашении лиц при передаче прав требования (в порядке сингулярного правопреемства). По цессии переходят процессуальные права, связанные с защитой материального субъективного права и сами материальные

---

<sup>1</sup> Ситкарева Е.В. Эффективность Разбирательства В Международном Коммерческом Арбитраже - Сторонам Есть О Чем Договориться // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 3. С. 62



субъективные права.<sup>2</sup> При этом, скажем, в Швеции для того, чтобы арбитражное соглашение стало действовать в отношении цессионария, нужно обязательно уведомить должника. Подобное правило справедливо и для суброгации.

7. Переход прав в порядке универсального правопреемства по арбитражному соглашению происходит аналогично, что было подтверждено в практике Верховного Суда Российской Федерации.<sup>3</sup> Подобные же подходы являются большинства зарубежных теорий правопреемства, ратификации, передачи прав и пр.<sup>4</sup>

8. Теории, разработанные и используемые судами и арбитражами за рубежом:

- агентская теория,
- доктрины альтер-эго,
- подразумеваемое согласие стороны,
- доктрины группы компаний,
- теория конечного выгодоприобретателя,
- теория гаранта,
- эстоппел,
- теория вовлечения в арбитражное соглашение менеджеров,
- теория вовлечения в арбитражное соглашение государства,
- теория согласия вступления в процесс.

9. Эти доктрины являются исключениями из принципов автономии воли сторон арбитражного соглашения и по умолчанию не должны применяться, если в этом нет серьезной необходимости, как отмечают некоторые зарубежные авторы. Однако мы не согласимся с такой постановкой вопроса, в действительности же данные теории не представляют из себя исключения из принципа автономии воли, а предлагают механизм для поиска этой самой воли в тех «неожиданных местах» (в переписке, в действиях, в корпоративном участии и пр.), где, как правило, эту волю даже и не думают искать. Так Г. Борн отмечает, что по общему правилу, чтобы определить стороны арбитражного соглашения нужно взглянуть на то, кто его подписал, но также Г. Борн отмечает, что, не смотря на это, в *Нью-Йоркской Конвенции «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»* 1958 года нет механизма, который позволял бы арбитражам точно определять, кто является стороной в арбитражном соглашении; а иногда

---

<sup>2</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июня 1997 г. № 1533/97 // ВВАС РФ. 1997. № 9. С. 66

<sup>3</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2001. № 10.

<sup>4</sup> Ермакова Е.П. Принципы Судопроизводства По Гражданским ДелаМ В Конституциях Стран Латинской Америки // Черные дыры в Российском законодательстве. 2011. № 2. С. 43.

правового механизма, как на конвенциональном уровне, так и на национальном уровне не предусмотрено.<sup>5</sup>

10. Агентская теория – самая простая из всех теорий, воспринимаемая почти всеми национальными судами и арбитражами. Агент, который заключил договор от имени принципала, не смотря на отсутствие подписи принципала, делает его стороной арбитражного соглашения. Обязательный критерий: принципал должен наделить агента правом вступать в арбитражное соглашение. Пример: В 1980 г. Федеральный суд Швейцарии отклонил доводы о том, что 4 страны Ближнего Востока вступили в арбитражное соглашение в следствии заключения договора организацией-агентом, которую учредители эти 4 страны, так как не было достаточного количества доказательств того, что у этой организации были полномочия вступить в такое соглашение.<sup>6</sup>

11. Одним из видов агентской теории является концепция кажущихся (предполагаемых полномочий). В случае, если у контрагента были основания полагать, что он вступает в арбитражное соглашение с лицом, которое де факто не давало полномочий агенту заключать арбитражное соглашение, такое лицо может в определенных случаях стать участником такого соглашения. Основной критерий для применения данной доктрины это разумное основание контрагента полагать, что у агента есть полномочия на вступление в арбитражное соглашение. Данная доктрина используется крайне редко в силу сложности доказывания разумности.

12. Теория подразумеваемого согласия предполагает согласие лица быть участником арбитражного соглашения, которое исходит либо из поведения данного лица, либо из непрямого заявления о согласии к арбитражу. Основной критерий, который необходимо доказать: было ли у сторон объективное намерение стать участниками арбитражного соглашения.

Какие доказательства относимы в данном случае: а) переговоры (необязательно абсолютное участие стороны в них, достаточно того, что сторона имела «большой вес» в процессе переговоров; б) доказательства, указывающие на поведение сторон, подтверждающее согласие на арбитраж; в) переписка между сторонами.<sup>7</sup>

13. Доктрины «альтер-эго». Если компания, которое не соглашается с арбитражным соглашением прикрывается другой компанией, как своим альтер-эго, то такая компания должна быть связана обязательствами, вытекающими из арбитражного соглашения. В Великобритании данная доктрина называется «процессуальная теория снятия

---

<sup>5</sup> Gary B. Born , International Commercial Arbitration, Second Edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014, pp. 1405-1409.

<sup>6</sup> Предварительное решение Суда ICC Case No. 3879, XI Y.B. Comm. Arb. 127 (1986).

<sup>7</sup> Решение Суда ICC Case No. 5721, 117 J.D.I.

*корпоративной вуали»* (хотя в действительности же она неотделима от её материальной составляющей, выявляющей ответственное лицо). Основное правило доктрин – одна сторона имеет контроль над другой в такой степени, что целесообразно игнорировать правовые формы двух компаний и относиться к ним как к целому. Критерии для установления данного факта: а) ежедневное принятие решений одной компанией за другую; б) одна компания использует другую для мошенничества или любой иной несправедливости (в частности ухода от ответственности или от обязательств, вытекающих из арбитражного соглашения) для третьей стороны.

Доктрины альтер-эго многочисленны. В различные виды этих теорий вкладываются свои дополнительные критерии и условия их выявления. В Англии и Швейцарии доктрина применяется только тогда, когда имеет место мошенничество, либо уход от ответственности.<sup>8</sup> В Германии доктрина применяется редко, обычно её применяют лишь в случаях мошенничества. Во Франции чаще используют другую доктрину: доктрину группы компаний (в целом же исследователи часто отмечают, что доктрина снятия корпоративной вуали во Франции это вид доктрины Группы компаний, однако далее мы покажем, что это не совсем верное утверждение)<sup>9</sup>. В США чаще, чем в других странах применяют данную доктрину, критериями же для её применения выступают: а) полный контроль над исполнительными органами общества; б) 100% участие в обществе и/или общие корпоративные логотипы и товарные знаки и пр; в) также иные критерии, в зависимости от законодательства штатов). Не последнюю роль в снятии корпоративной вуали в США играет принцип добросовестности поведения лиц.<sup>10</sup>

14. Доктрина *«Группа компаний»*. Доктрина похожа на доктрины альтер-эго. Разница состоит в основаниях для связывания стороны арбитражным соглашением.

Критерий доктрины, который указывается различными авторами: лицо входит в группу с лицом (либо контролирует его), которое заключило арбитражное соглашение, а также было вовлечено в переговоры и в исполнение договора. Доктрина используется в основном во Франции. Первое упоминание доктрины связано с т.н. Доу Кемикал Кэйс (Dow Chemical Case), где некоторое количество подконтрольных обществу Доу Кемикал компаний вступили в арбитражное соглашение с Айсовер С-т Гобэин, после чего материнское общество пожелало вступить в арбитраж вместе со своими дочерними компаниями на основании вышеназванной доктрины, что и произошло.<sup>11</sup> На практика из-за данного дела появилась

---

<sup>8</sup> Решение Английского Высокого Суда по делу Акатс & Хатчсон против Вотсон (партнерство с ограниченной ответственностью) // 1995 1 BCLC 218, 223 (Ch)

<sup>9</sup> E. Gaillard & J. Savage, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, para. 505

<sup>10</sup> Gary B. Born. Там же, p. 1435.

<sup>11</sup> Решение Суда ICC No. 4131, YCA 1984, at 131 et seq.

проблема: действует ли данная доктрина только, когда третье лицо само желает вступить в арбитраж, или же эту доктрину можно использовать против такого лица. Данная проблема не имеет однозначного ответа.

Чаще всего в судах разрешаются следующие два вопроса в связи с применением данной доктрины: а) Действительно ли имеется группа лиц; б) Было ли намерение стороны вступить в арбитраж (хотя бы подразумеваемое).

Существуют точки зрения, указывающие на необходимость наличия критериев мошенничества, однако такой подход может смешать доктрину с доктринами альтер-эго, что представляется нам неоправданным. Данная доктрина практически не применяется в Англии, Голландии, частично применяется в Швейцарии; при этом доктрина широко применяется во Франции.

15. Теория конечного выгодоприобретателя. Некоторые юрисдикции устанавливают правило, что если по договору имеется сторона, которая будет являться конечным выгодоприобретателем, то такой выгодоприобретатель является участником арбитражного соглашения. Вопрос, который разрешается судом или арбитражем в данном случае: действительно ли сторона хотела наделить другое лицо правами выгодоприобретателя или же нет.<sup>12</sup>

16. Теория гаранта (поручителя). Критерий для применения доктрины выражен следующей формулой: *«Если гарант обязуется заплатить за лицо, являющееся стороной договора и в частности арбитражного соглашения»* и *«Гарант исполняет договор вместо стороны по договору»* и/или *«гарант принимал участие в создании договора, и в частности арбитражной оговорки»*; и/или *«гарант выразил не прямое согласие с арбитражным соглашением (например одобрил его, поставил подпись и пр.)»*, то применима доктрина гаранта.

17. Эстоппел. В чистом виде эстоппел это запрет суда ссылаться на какие-то обстоятельства или отрицать что-либо или же иначе *защищать какое-либо своё право* в силу весомых обстоятельств. Иногда эстоппел относят к «презумпциям», хотя идея этой доктрины не совсем отражает презюмирование какого-либо факта или обстоятельства, а скорее «останавливает» лицо, при попытке злоупотребить своим процессуальным правом (справедливости ради отметим, что существует и материально-правовой эстоппел). Применительно к тематике данной работы эстоппел может работать как *«запрет суда ссылаться на то, что сторона не является участником арбитражного соглашения»*. Чаще всего доктрина использует критерий *«добросовестности»*. Пример действия доктрины: *сторона заявила об арбитраже в национальном суде, но отрицает компетенцию*

<sup>12</sup> Gary B. Born, Там же, Р. 1455.

*арбитража в самом арбитраже*; В США также используется следующий принцип: «если сторона, получит прямую выгоду от участия в арбитраже, то она не может ссылаться на то, что она не является стороной арбитражного соглашения». Так же в США действует принцип поведенческого эстоппела. Пример: сторона признавала себя стороной по арбитражному соглашению в переговорах, но отказывается признать себя таковой в суде или арбитраже.<sup>13</sup>

18. Концепция ратификации работает через следующую формулу: *«сторона С ратифицирует арбитражную оговорку в договоре между сторонами А и Б, становясь стороной арбитражного соглашения»*.

19. В некоторых странах допускается также вовлечение в арбитражное соглашение: директоров, членов правления, акционеров (по корпоративным спорам), а также компаний, которые состоят с стороной арбитражного соглашения в отношениях «совместного предприятия». Нужно учитывать, что это касается только корпоративных споров.<sup>14</sup>

20. Вовлечение государства в арбитражную оговорку допускается, когда договор является публичным заказом или когда страна является выгодоприобретателем (даже если по национальному законодательству страны, государство в лице своих органов не может становиться стороной арбитражного соглашения). Первым хрестоматийным делом в данном вопросе является *Rugamid Case*.<sup>15</sup>

21. Последняя теория, которую мы упомянем это теория согласия на вступление в процесс. Она применяется, когда сторона, не являющаяся стороной арбитражного соглашения, при предъявлении к ней иска (заявления об арбитраже) не отрицает, либо же прямо соглашается с процедурой арбитража. В данном случае самим соглашением об арбитраже по сути представляется иск и отзыв на иск.

22. Разумеется, указанными выше доктринами проблема, которую поднимает автор настоящей работы, не ограничивается. Существует масса других концепций и точек зрения, основные же, тем не менее, были рассмотрены в данной работе.

---

<sup>13</sup> Gary V. Born, там же, Р. 1472.

<sup>14</sup> Там же, Р. 1478.

<sup>15</sup> Решение Суда ICC Case No. 3493, IX Y.V. Comm. Arb. 111, 112 (1984).

## Правовое регулирование страхования жилья и строений в Российской Федерации

**Р. А. Сулайманов**

*Студент магистр юридического факультета  
Российский университет дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

В статье рассматривается правовое регулирование страхования жилья и строений в Российской Федерации.

**Ключевые слова:** страхование, жилье, строения, имущественное страхование.

В связи с негативной статистикой увеличения стихийных бедствий, природных катастроф представляется целесообразным рассмотрение вопроса о введении системы обязательного страхования жилых помещений в Российской Федерации. Так, за последние четыре года, как известно, многие жители нашей страны пострадали из-за таких стихийных бедствий, как лесные пожары в 2010 году, наводнение в Крымске в 2012 году, на Дальнем Востоке в 2013 году, которое перешло на федеральный уровень. Ликвидация последствий потребовала колоссальных материальных затрат со стороны государства, благотворительных фондов и других источников. В связи с этим из резервного фонда правительства было выделено 13,8 млрд. рублей.

Имущественное страхование призвано полностью или частично преодолеть (смягчить) потери в имуществе, реализовать с помощью страховых компаний имущественную ответственность страхователя по обязательствам за причинение вреда жизни, здоровью граждан, имуществу физических и юридических лиц, а также по договорным обязательствам в случае их невыполнения (ненадлежащего выполнения) страхователем, и, кроме того, уменьшить (устранить) убытки, возникшие в результате предпринимательской деятельности (предпринимательский риск). Имущественное страхование направлено и на защиту имущественных интересов потерпевших (выгодоприобретателей) от незаконных действий страхователей, на восстановление имущественного положения участников договорных отношений, пострадавших от невыполнения (ненадлежащего исполнения) обязательств со стороны их деловых партнеров (страхователей).

В настоящее время виды страховых рисков все более и более расширяются, увеличиваются в связи с расширением и усложнением хозяйственной деятельности человека, развитием научно-технического прогресса, усилением влияния природных явлений на жизнь, здоровье и имущество жителей земной планеты. Именно страховая защита направлена на преодоление отрицательных последствий неблагоприятных событий, имеющих случайный и вероятностный характер, на возмещение потерь, приносимых ими. Имущественное страхование состоит из множества отдельных видов (подвидов) страхования, включая

страхование имущества, гражданско-правовой ответственности, предпринимательского риска, включает в себя как добровольное, так и обязательное страхование.

Установлено, что имущественное страхование представляет собой систему отношений между страхователями и страховщиками по оказанию страховой услуги, когда защита имущественных интересов связана с владением, пользованием или распоряжением имуществом. Страхователями могут быть как юридические, так и физические лица.

Под имуществом понимаются конкретные предметы, вещи, группа вещей, предметов, изделий, средства транспорта, грузы, государственное имущество и имущество граждан, финансовые риски. Имущественные интересы могут проявляться при повреждении имущества, его гибели, уничтожении, затоплении, краже. Страхование защищает указанные имущественные интересы только в том случае, если они носят непреднамеренный характер. Конкретные страховые случаи, устанавливаемые при страховании имущества, определяются характером страхового риска. Для возникновения обязательств страховщика по выплате страхового возмещения необходимы определенные экономические и юридические последствия. Последствиями, учитываемыми в страховании, является ущерб, или убыток. Получение страхователем соответствующего возмещения ущерба от лица, виновного в причинении этого ущерба служит основанием для отказа страховщика произвести страховую выплату<sup>1</sup>.

При страховании имущества и определении страховой стоимости сторонам договора следует исходить из действительной стоимости имущества, которая эквивалентна рыночной стоимости имущества в месте его нахождения в день заключения договора страхования.

Определение понятия «жилье» и «строение» имеет важное значение, так как в зависимости от объекта страхования будет меняться размер страховых взносов, страховых выплат и т.д. Жилым помещением признается изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом и пригодно для постоянного проживания граждан (отвечает установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства (ч. 2 ст. 15 Жилищного кодекса Российской Федерации), например, противопожарным, градостроительным и техническим. Следует обратить внимание на то, что ЖК РФ жилым считает только то помещение, которое пригодно для постоянного, а не временного проживания. Термин «строения» используется как общее понятие зданий и сооружений. В настоящее время понятие «строение» преимущественно используется либо в одном терминологическом ряду — «здание, строение, сооружение», либо как равнозначное

---

<sup>1</sup> Страхование: учебники для студентов вузов, обучающихся по специальностям «Юриспруденция», «Финансы и кредит»/под ред. В.В. Шахова, В. Н. Григорьева, А.Н. Кузбагарова-4-е изд., перераб. И доп.- М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С.165

понятию здание, либо подчеркивается второстепенное значение: «жилые и хозяйственные строения, расположенных на садовых и дачных участках», хозяйственные строения для содержания домашних животных, строения вспомогательного использования, строения потребительского назначения (дачи, садовые дома, гаражи)<sup>2</sup>.

Все это говорит о необходимости в страховой защите как со стороны администрации, так и со стороны собственников, нанимателей жилья. Видится необходимым введение обязательного страхования жилья и строений именно в регионах, подверженных природным катаклизмам путем разделения компенсации между страховыми компаниями и государством в соотношении 50% / 50%.

Низкий уровень развития жилищного страхования является одной из актуальных проблем современной России. Существует ряд причин, которые приносят вред имуществу граждан: аварии систем водоснабжения, канализации или отопления, пожары. Благодаря страхованию можно избежать возможных рисков, а также процедур по поводу возмещения вреда через суд.

В Российской Федерации установлен четкий перечень отношений для обязательного страхования, он не распространяется на жилые помещения. Но на добровольной основе осуществление данного действия вполне возможно.

Добровольное страхование закреплено в Жилищном кодексе Российской Федерации:

«В целях гарантирования возмещения убытков, связанных с утратой (разрушением) или повреждением жилых помещений, может осуществляться страхование жилых помещений в соответствии с законодательством»<sup>3</sup>. Стоит отметить, что предложение о введении обязательного страхования жилых помещений на самом деле является экономически выгодным как для государства, так и для самих страхователей (собственников).

Обязательное страхование жилья в России уже практиковалось – с 1 января 1983 года Указом Президиума Верховного Совета СССР было введено обязательное страхование имущества, принадлежащего гражданам, в частности, жилых домов и домашнего скота. Однако в 1999 году Верховный суд признал указ недействительным, так как он противоречил Гражданскому кодексу. Однако, например, первый заместитель гендиректора «Росгосстраха» Дмитрий Маркаров ссылается на тот факт, что система обязательного страхования жилья в Советском Союзе давала только положительный результат

---

<sup>2</sup> Пшеницын О. Страхование имущества: спорные вопросы разрешены // ЭЖ-Юрист. 2013. № 5. С. 2.

<sup>3</sup> Пожары и пожарная безопасность в 2010 году: Статистический сборник. Под общей редакцией Е.А. Серебrenникова, А.В. Матюшина. — М.: 2011. - 126 с.



Следовательно, не меняя гражданское и страховое законодательство в целом, обязать граждан страховать свои жилые помещения не представляется возможным. Но такие возможные изменения могут повлечь немало проблем и вопросов. Например:

Что будет являться страховым случаем: только стихийные бедствия или аварийное состояние жилья вследствие износа и ветхость тоже?

Каков будет размер страховых премий и страховых выплат, от чего он будет зависеть. Логично, что будет дороже страховать жилые помещения в тех регионах, где есть опасность катаклизмов, тогда получается, это будет «дискриминация» по сравнению с теми собственниками которые проживают в «безопасных» регионах.

Необходимо найти компромисс между собственниками, страховщиками и государством для внедрение обязательного страхования, а иначе оно не будет принято населением.

## Международный арбитражный центр Дубая (DIAC)

### **Абдул Весе Тахмина**

*Студентка магистратуры юридического института*

*Российский университет дружбы народов*

*Ул. Миклуха-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

*e-mail : [tahmina-wase@hotmail.com](mailto:tahmina-wase@hotmail.com)*

*Научный руководитель : д.ю.н., проф. Русакова Е.П.*

Международный арбитражный центр Дубая основан в 1994, DIAC (Dubai International Arbitration center) является ведущим арбитражным органом в Дубае и широко используется для решения споров на Ближнем Востоке.

DIAC является одним из развивающихся центров. С 2007 года, что подтверждает статистика, число зарегистрированных случаев значительно увеличилось. Так в 2007 году было зарегистрировано всего 77 случаев, 440 случаев было зарегистрировано в 2011 году и 310 случаев в 2013 году. Рост зарегистрированных дел в DIAC продолжается по сей день, что в очередной раз доказывает эффективность вынесенных решений и ряд преимуществ этого центра.

Для того чтобы повысить качество оказываемых услуг, DIAC привлекает опытных менеджеров, экспертов – практиков и ведущих юристов из разных стран. Управление в DIAC осуществляется двуязычными менеджерами, которые могут оказать услуги центра на английском и арабском языках. Для продвижения практики и культуры арбитража в Объединенных Арабских Эмиратах, сотрудники и члены центра постоянно участвуют в семинарах и международных конференциях, и чтобы расширить свои знания и опыт в области международного коммерческого арбитража.

Преимущество арбитража в DIAC заключается в независимости и непредвзятости арбитражного разбирательства. Стороны имеют право выбрать: место, язык и национальность арбитров. Эта обеспечивает, как правило, нейтральную структуру арбитражных разбирательств, в результате чего ни одна из сторон не имеет преимуществ над другой.

DIAC является независимой и некоммерческой организацией, которая предоставляет услуги по урегулированию споров без какого-либо контроля со стороны государственных или частных органов. Таким образом, дополнительно гарантируя полную нейтральность для всех сторон в арбитражном разбирательстве.

Так же арбитражный центр гарантирует конфиденциальность в той степени, в которой стороны желают, чтобы это было. Стороны могут избежать огласки судебного разбирательства для продолжения деловых отношений и сотрудничества. Слушание в DIAC

проводятся конфиденциально, если конечно стороны не договорились об ином . Ни сотрудники , ни арбитры не имеют права раскрывать информацию, ставшую известной в ходе разбирательства.

Для удовлетворения постоянно меняющихся потребностей региональных и международных деловых связей, DIAC регулярно обновляет свои списки высококвалифицированных национальных и иностранных арбитров, которые имеют опыт в различных областях торговли и бизнеса. Арбитры и эксперты тщательно отбираются, прежде чем они назначаются таковыми. Стороны, желающие проверить опыт и уровень образования предлагаемого арбитра, могут это сделать до начала арбитражного разбирательства.

Стоит обратить внимание, что DIAC предоставляет список арбитров для лиц, обратившихся в центр . Тем не менее, стороны могут получить помощь по выбору арбитра. В этом случае менеджеры предоставляют список арбитров, соответствующих критериям сторон (например: сложность спора, место арбитража, языковых навыков, географическая близость и т.д.)

Все арбитры, осуществляющие арбитражное разбирательство должны быть и оставаться беспристрастными и независимыми от сторон; и не должны действовать в качестве защитников какой-либо стороны в арбитражном разбирательстве.

Состав арбитров состоит из такого числа арбитров, какой согласуют стороны. Если состав более одного арбитра, то их число должно быть нечетным. Если стороны не договорились о числе арбитров, арбитражный центр выбирает одного арбитра. За исключением, сложных случаев, когда состав из трех арбитров.

В арбитражном центре могут отказать в выборе кандидатуры, предложенной стороной, если он посчитает, что кандидатуре не хватает независимости, беспристрастности и т.д. В таком случае, Центр может запросить у этой стороны выбрать нового кандидата в течение 21 дня с даты получения уведомления о решении Центра. Если сторона не назначает арбитра в указанный срок или же Центр вновь отказал номинированному арбитру, то впоследствии Центр сам назначает арбитра.

В DIAC, участникам предлагается принять оперативный подход к разбирательству. Арбитражное решение принимается в течение 6 месяцев, с момента когда арбитр начинает вести дело, если более длительный срок не предусмотрен сторонами или арбитрами. Стороны могут договориться о сокращении предельных сроков, установленных в арбитражных правилах. Но такое соглашение требует одобрения Центра. В свою очередь арбитры имеют право по заявлению любой из сторон или по собственной инициативе продлить сроки, предусмотренные арбитражным соглашением.

В течение тридцати дней со дня подачи заявления, Центр должен назначить дату предварительного слушания.

Место проведения арбитражного разбирательства выбирается сторонами совместно в письменной форме . В отсутствие письменного уведомления DIAC местом арбитража становится Дубай , но и в этом случае, исполнительный комитет может определить, с учетом всех обстоятельств , другое место. Для этого сторонам дается возможность внести письменные комментарии по замене места проведения разбирательства. Так же арбитраж может, после консультаций со сторонами, проводить слушания или встречи в любом месте, которое выбирают стороны.

Арбитраж должен решить спор в соответствии с законном или правовыми нормами, избранными сторонами как применимые к спору. Если стороны не сделали подобного выбора, то суд применяет законы или нормы права, которые он считает наиболее подходящим.

Арбитражные решения, принятые центром являются обязательными и обжалованию не подлежат.

## **Гражданский процессуальный кодекс - основной источник регулирования гражданского судопроизводства КНР**

**Э. Н. Уразова**

*Студентка 3 курса юридического института  
Российского университета дружбы народов  
адрес: улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия,  
117198 e-mail: [elina-uraz@mail.ru](mailto:elina-uraz@mail.ru)*

Китайская Народная Республика (КНР) – страна с многовековой историей, культурой и, соответственно, правовой традицией. Рассматривая историю становления правовой системы Китая нельзя не обратить внимания на ее специфику. Для правовой культуры Китайской Народной Республики является характерным преобладание традиционных норм морали в отношении норм права в регулировании большинства сфер жизни общества.

В процессе исторического развития китайская правовая система претерпевала множество коренных изменений. Многочисленные реформы, которые видоизменяли право Китая внесли существенный вклад в правовое регулирование и сознание граждан. И, в том числе, в становление гражданского права в неразделимом сочетании с гражданским процессуальным правом КНР.

Следует упомянуть и о начальных периодах формирования гражданского процессуального права КНР. В результате победы синьхайской революции, проходившей в 1911 г. в Китае начался новый этап развития права, нашедший свое выражение в процессе модернизации традиционного права. Китай был провозглашен республикой. Это послужило инициативой для осуществления колоссальной работы по созданию современных кодексов, которые должны были, в первую очередь, базироваться на лучших европейских образцах. В основу создания гражданского законодательства Китая было положено преимущественно германское и японское. Новый Гражданский кодекс включал гражданское и торговое право. ГК вступил в силу в 1929-1931 гг. Гражданский процессуальный кодекс - в 1932 г. Последствием формирования нового законодательства послужила, по крайней мере внешне, европеизация китайского права и, в частности, его «включение» в Романо-германскую правовую семью. Несмотря на это, в реальности в Китае продолжали существовать традиционные воззрения и преимущественно они и преобладали в жизни общества. Кодексы и законы находили свое применение в Китае только в той степени, в какой они соответствовали народному пониманию справедливости.

В результате многолетнего периода реформ в КНР сформировалась правовая система, основанная на сочетании марксистских принципов советского (социалистического) права и некоторых основополагающих идей романо-германской правовой семьи (в отношении

экономической сферы). Данная особенность правовой системы Китая находит свое отражение и в системе источников права КНР. Представленной следующей иерархией:

Конституция;

Законы;

Постановления Постоянного комитета ВСНП (орган действующий на постоянной основе при высшем органе государственной власти в КНР - ВСНП (Всекитайское собрание народных представителей), оба эти органа осуществляют законодательную власть в стране);

Постановления и распоряжения Государственного совета;

Подзаконные акты других органов государственной власти и управления, в том числе местных.

Однако, на практике иерархия правовых источников часто нарушается, что, в свою очередь, приводит к всевластию инструкции и усмотрения административных органов власти. Также следует отметить, что в КНР до сих пор нет четкой границы между правовым актом и политической директивой.

Что касается **источников гражданского процессуального права в КНР**, в первую очередь, следует отметить **Конституцию КНР 1982 г.** (с изменениями 1988, 1993, 1999, 2004 гг.)

Конституция Китая была принята на 5-й сессии Всекитайского собрания народных представителей 5-го созыва 4 декабря 1982 г. и вступила в силу после ее опубликования. Изменения вносились «Проектами внесения изменений в Конституцию КНР», которые были приняты на 1-й сессии ВСНП 7-го созыва 12 апреля 1988 г., на 1-й сессии ВСНП 8-го созыва 29 марта 1993 г., на 2-й сессии ВСНП 9-го созыва 15 марта 1999 г., на 2-й сессии ВСНП 10-го созыва 14 марта 2004 г.)

В Конституции КНР закреплен основной принцип формирования органов судебной власти: «Все государственные административные органы, судебные органы и органы прокуратуры формируются собраниями народных представителей, ответственны перед ними и им подконтрольны.»<sup>1</sup>

В главе III «Структура государства» §7 «Народный суд и Народная прокуратура» Конституции Китая представлены:

Структура судов: «В Китайской Народной Республике учреждаются Верховный народный суд, местные народные суды, военные суд и иные специальные народные суды.»<sup>2</sup>

Основополагающие **принципы** судопроизводства, в частности, гражданского процесса:

---

<sup>1</sup> Ст. 3 Конституции КНР 1982 г. (с изменениями 12 апреля 1988, 29 марта 1993, 15 марта 1999, 14 марта 2004 гг.)

<sup>2</sup> Ст. 124 Конституции КНР 1982 г. (с изменениями 12 апреля 1988, 29 марта 1993, 15 марта 1999, 14 марта 2004 гг.)

Принцип законности;

Принцип осуществления правосудия только народными судами;

Принцип гласности: «Разбирательство дел во всех народных судах ведется открыто, за исключением особых случаев, предусмотренных законом.»<sup>3</sup>

Принцип независимости судей: «Народные суды в пределах, установленных законом, осуществляют правосудие самостоятельно, без вмешательства со стороны административных органов, общественных организаций и частных лиц.»<sup>4</sup>

Гражданский процессуальный кодекс КНР занимает основное место в системе нормативных актов, регулирующих гражданское судопроизводство. ГПК был принят на 4-й сессии Всекитайского собрания народных представителей 7-го созыва 9 апреля 1991 г. Опубликован Указом Председателя Китайской Народной Республики № 44 от 9 апреля 1991 г. Вступил в силу с 9 апреля 1991 г. Основные изменения в ГПК вносились всего дважды: в 2007 и 2012 гг.

Редакция ГПК 1991 г. содержала:

4 раздела: РАЗДЕЛ I. «общие положения»; раздел ii. «судопроизводство»; раздел iii. «исполнительное производство»; раздел iv. «особые установления, касающиеся производства по гражданским делам с участием иностранных лиц»;

29 глав;

270 статей.

Следующая редакция ГПК была принята в соответствии с Решением Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 10-го созыва «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс КНР» 28 октября 2007 г.

Редакция ГПК 2007 г. содержала:

4 раздела (сохранились те же названия);

28 глав. Особенностью данной редакции является исключение из содержания ГПК главы 19 «Производство по делам о банкротстве предприятий, являющихся юридическими лицами, и возврате долгов»;

268 статей.

Последние изменения были приняты Постоянным комитетом Всекитайского собрания народных представителей в августе 2012 г. и вступили в силу с 1 января 2013 г.

Редакция ГПК 2012 г. (действующая редакция) содержит:

4 раздела (сохранились те же названия);

---

<sup>3</sup> Ст. 125 Конституции КНР 1982 г. (с изменениями 12 апреля 1988, 29 марта 1993, 15 марта 1999, 14 марта 2004 гг.)

<sup>4</sup> Ст. 126 Конституции КНР 1982 г. (с изменениями 12 апреля 1988, 29 марта 1993, 15 марта 1999, 14 марта 2004 гг.)

27 глав. В сравнении с редакцией 2007 г. была переименована глава 11 с названия «Судебные расходы» на «Процессуальные расходы»; Глава 20 с названия «Ходатайство об исполнении и передача исполнения» на «Заявление об исполнении и передача исполнения»; в частности была исключена из содержания ГПК глава 26 «Обеспечительные меры».

Следует более подробно раскрыть изменения, внесенные именно в институт представительства в гражданском процессе Китая. В соответствии с действующей редакцией ГПК КНР представителями могут быть следующие лица:

1. Адвокат;
2. Работник, который состоит в трудовых отношениях с организацией, в случаях если данная организация является одной из сторон процесса;
3. Близкие родственники стороны;
4. Юрист как профессиональный представитель юридической консультации;
5. Гражданин, рекомендуемый а) органом местного самоуправления (по месту проживания стороны), б) организацией, работником которой является сторона процесса, в) соответствующим общественным объединением.

Внесенные изменения в данный перечень лиц, безусловно, не создают адвокатскую монополию на представительство в суде, однако отстраняют от участия в гражданском судопроизводстве некомпетентных или недобросовестных лиц.

Таким образом, проводя сравнительный анализ предшествующей и действующей редакций ГПК<sup>5</sup> следует отметить такие основные изменения:

Закрепление принципа добросовестности;

По вопросу подсудности: 1. определение подсудности корпоративных споров; 2. изменение правил подсудности по соглашению;

Изменение перечня оснований для отвода сотрудников суда, а именно его расширение;

Обязательность публикации судами решений и определений;

Изменение перечня доказательств (его расширение);

Повышение суммы штрафов за гражданско-процессуальные нарушения;

В отношении защиты прав неопределенного круга лиц - появилась возможность подачи иска с данной целью;

Появление возможности выбора упрощенного производства по соглашению;

Внесение процедуры по делам о реализации залога;

Внесение процедуры по делам о подтверждении мировых соглашений;

---

<sup>5</sup> ГПК КНР в редакциях от 28 октября 2007 г. (предшествующая) и от августа 2012 г., вступившая в силу с 1 января 2013 г. (действующая).



Установление правил производства по мелким спорам;  
Увеличение числа полномочий прокуратуры в сфере гражданского судопроизводства;  
Немаловажные изменения в надзорном производстве;  
Совершенствование исполнительного производства;  
Изменение перечня лиц, а именно его расширение, которые могут быть назначены представителями в суде.

## **Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений в системе международных договоров по авторскому праву**

**Г. Г. Фаградян**

*Магистр кафедры гражданского и трудового права*

*Российского университета дружбы народов*

*Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

*email: [H\\_Fah@bk.ru](mailto:H_Fah@bk.ru)*

В статье вкратце будет рассмотрена Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений и определено его место в системе международных правовых договоров по авторскому праву.

**Ключевые слова:** Международное авторское право, Бернская конвенция, принципы авторского права, права авторов.

Прежде чем приступить к рассмотрению Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (далее – БК) и её места в системе международных договоров по авторскому праву уместно в двух словах сказать, что такое международное авторское право.

Международное авторское право – это отрасль международного частного права, которая представляет собой ряд норм (договоров), посредством которых регулируются отношения между государствами-участниками, между гражданами государств-участников и юридическими лицами там, где возникают, используются произведения и защищаются права авторов произведений литературы, науки и искусства.

Но стоит отметить что помимо частно-правового характера международное авторское право носит также и публично-правовой характер потому, как основой международно-правовой охраны авторских прав, осуществление которого имеет два метода (материально-правовой и коллизионный), является принятые соглашениями обязательства государств по принятию мер для этой самой охраны.

Принятие международных договоров – это и есть материально-правовой метод международно-правовой охраны авторских прав. В число важнейших международных договоров, регулирующих вопросы авторского права, входят Всемирная конвенция об авторском праве (Женева, 1952 год), договор Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву / Договор по авторскому праву (Женева, 1996 год), Соглашение по торговым аспектам интеллектуальной собственности (Пунта-дель-Эсте, 1994). В числе их особое значение имеет БК, принятая в 1886 году в швейцарском городе Берн.

Так как БК – не единственный международный договор, посредством которого осуществляется международно-правовая охрана интересов авторов, и те же государства могут быть участниками и других договоров, Статья 20 БК раскрывает соотношение между

этими международными договорами и гласит следующее: «Правительства стран Союза оставляют за собой право вступать между собой в специальные соглашения, которые предоставляют авторам более широкие права по сравнению с настоящей Конвенцией или содержат другие положения, не противоречащие настоящей Конвенции. Продолжают применяться положения действующих соглашений, удовлетворяющие этим требованиям».

Итак, БК не запрещает присоединение государств-участниц и к другим международным соглашениям по авторскому праву, но их нормы должны не противоречить БК. В коллизионных случаях должны быть применены нормы именно БК.

Она устанавливает принципы международного авторского права, получившие свои собственные названия.

Первым принципом является принцип национального режима. Суть данного принципа заключена в том, что каждый государство-участник БК предоставляет гражданам других государств-участниц те же авторские права, что и своим гражданам. Все разбирательства по случаям попадающим под БК происходят по внутреннему законодательству того государства, на территории которого объекты авторского права используются. То есть в авторско-правовые отношения внутри страны не допускается никакого импорта иностранного законодательства, как например в договорном праве. Например, испанский закон об авторском праве применяется ко всем материалам, использованным на территории Испании, если даже они не были первоначально созданы в Испании.

Вторым принципом, установленным БК является презумция авторства. Презумция авторства заключена в том, что если отсутствуют доказательства обратного автор – тот, чьё имя или псевдоним указаны на обложке книги. Нет конкретного определения термина «авторство», поэтому в каждом государстве понятие об авторстве неких произведений могут отличаться. Так, в Российской Федерации автором может быть только человек, кроме отдельных и строго определённых видов произведений, которые были созданы в СССР, в то время как Соединённые Штаты Америки признаёт авторство и юридических лиц. Отсюда авторство произведения определяется законодательством государства происхождения.

Третий принцип – это принцип независимости охраны. Суть данного принципа заключается в том, что охрана произведений в одном государстве не обусловлена охраной произведений в других государствах, в том числе в государстве, где они были первоначально созданы. Но здесь есть одно исключение – законодательство может предусматривать прекращение охраны произведений, если срок их охраны уже истёк в государстве их происхождения.

Следующим принципом является принцип автоматической охраны. Его суть

заклучена в том, что авторское право не требует для использования каких бы то ни было излишних формальностей (регистрации, особого заявления о претензиях на субъективное авторское право, разрешения властей и других) и возникает автоматически в момент фиксации произведения в материальной форме (для граждан государств-участников БК) или первой публикации (для опубликованных в этих государствах произведений иностранных авторов).

БК устанавливает помимо основных принципов, также и основополагающие права в авторском праве, как было уже сказано выше, меньше которых не могут быть предоставлены авторам, то есть минимальный уровень авторских прав, которые должны предоставлять государства-участники. То есть устанавливаемые БК права – это не сами права, а только лишь стандарт, уровень прав, которые предоставляются иностранным авторам. Ввиду обязательности принципа национального режима довольно трудно присоединяясь к Конвенции, не обеспечить указанные права также и своим гражданам. Но несмотря на это существуют и законы, небольшие исключения, в рамках БК, которые касаются исключительно внутренним делам. Так, Соединённые Штаты, не признают авторских прав на служебные произведения федеральных государственных служащих.

БК обязует предоставления авторам следующих исключительных, или «экономических», или имущественных прав, которые являются ни чем иным, как форма присвоения результатов интеллектуальной деятельности, а также предоставляют возможность использования на собственное усмотрение и запрет на использования их другим лицам). В число их входят особое право автора признаваться автором и защищать произведение от всякого искажения, способного нанести ущерб его репутации. (статья 6bis БК), право на перевод (статья 8 БК), право на воспроизведение (произведения любым способом и в любой форме, статья 9 БК), право следования ((статья 14ter БК) это право, в отношении оригиналов произведений искусства и оригиналов рукописей писателей и композиторов автор, а после его смерти лица или учреждения, управомоченные национальным законодательством, пользуются неотчуждаемым правом долевого участия в каждой продаже произведения, следующей за первой его уступкой, совершенной автором произведения), право на публичное теле-, радио- вещание, через эфир или по проводам (статья 11bis БК), право на публичное исполнение (для драматических и музыкальных произведений) (статья 11БК), право на чтение для литературных произведений (статья 11ter БК), право на переделки, аранжировки и другие изменения произведения или право на переработку (статья 12БК), право на кинематографическую переделку произведения (статья 14 БК).

Минимальным срок всех этих прав для большинства произведений установлена БК

как вся жизнь автора и 50 лет с года его смерти. Произведения, которые опубликованы анонимно или же под неизвестным публике псевдонимом, — 50 лет с момента публикации. Минимальный срок охраны для фотографий — 25 лет, для кинематографических же произведений — 50 лет с момента создания или премьеры. Для произведений декоративно-прикладных жанров минимальный срок не установлен. Правда при вычислениях надлежащего срока охраны, требует кропотливый учёт различных тонкостей международных отношений, национальных законодательств и жизни конкретного произведения.

По данным на 2014 год участников БК — 167 государств. Российская Федерация присоединилась к ней в 1995 году, 13 марта, но с следующей оговоркой: «действие БК об охране литературных и художественных произведений не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на её территории общественным достоянием». 11 декабря 2012 эту оговорку Правительством Российской Федерации отозвала, так как это являлось условием вступления России в ВТО.

Российская Федерация одновременно участвует во Всемирной конвенции по авторскому праву, Договоре ВОИС по авторскому праву, Соглашении ТРИПС и в международных договорах Содружества Независимых Государств. В любом случае автору должны быть предоставлены гарантии на защиту не меньшие, предоставляемой БК.

## Проект Гражданского процессуального кодекса Вьетнама 2015г

### **Фам Тхи Бао Нгок (Вьетнам)**

*Студентка группы ЮЮ-303 Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
Адрес: улица Миклухо-Маклая, д.6, Москва, Россия,  
Email: [sm.magipr@gmail.com](mailto:sm.magipr@gmail.com)*

Гражданский процессуальный кодекс Вьетнама 2004 года (ГПК) вступил в силу с 01 января 2005г., а в 2011 г. в него были внесены изменения и дополнения. Итог десяти лет реализации ГПК показывает, что действующие положения выявили много недостатков и пробелов, которые необходимо преодолеть.

Кроме того, после вступления в силу Конституции Вьетнама 2013 г. появилась необходимость изменить и дополнить ГПК, чтобы институционализировать принципы и политику Коммунистической партии Вьетнама по вопросам судебной реформы, с целью конкретизировать положения Конституции и Закона об организации народных судов в целях обеспечения согласованности в рамках правовой системы, а также для обеспечения принципов открытости, демократии, справедливости.

Проект Гражданского процессуального кодекса 2015г. состоит из 491 статей, разделенных на 10 разделов, 43 главы. По сравнению с ГПК Вьетнама 2004г., в проекте ГПК сохранено 177 статей, изменено и дополнено 238 статей, дополнительно введено 76 новых статей, а также отменено 7 статей.

Такие изменения и дополнения были внесены в:

### **1. Общие положения**

В этом разделе были изменены и дополнены некоторые из основных принципов гражданского судопроизводства, чтобы конкретизировать Конституцию 2013г. и соответствовать с положениями Закона об организации народных судов, в том числе:

Право просить суд, чтобы защитить права и законные интересы; представить доказательства и доказывания в гражданском судопроизводстве; равенство прав и обязанностей в гражданском судопроизводстве; гарантия законных прав и интересов заинтересованных сторон; участие Народных присяжных судов в судебном процессе по гражданским делам; судьи и народные заседатели независимы в судебном решении и подчиняются только закону; ответственность органов, которые проводят гражданский иск; коллегиальное рассмотрение гражданских дел; разрешение дел своевременно, справедливо, открыто; обеспечение разрешения суда первой, апелляционной и кассационной инстанции; обеспечение эффективности приговоров и решений суда; применение судебных прецедентов в разрешении гражданских дел; гарантия права на жалобу и донос в гражданском

судопроизводстве. Кроме того, в этом разделе был изменен и дополнен компетенции Суда; органы и должностные лица, которые проводят судебное разбирательство; лица, участвующие в деле; доказательства и доказывания; применение временных чрезвычайных мер; судебные издержки и другие судебные расходы.

## **2. Производство в суде первой инстанции**

В проекте ГПК производство в суде первой инстанции изменены и дополнены, в том числе: процедура иска; дополнение основания для приостановления производства по гражданскому делу; отмена решения приостановления производства по гражданскому делу; обязанности председательствующего судьи в судебном заседании.

## **3. Производство в апелляционном суде**

В этом разделе также добавили новые положения о том, что стороны по делу вправе добавлять доказательства и документы в апелляционном суде; внесение изменения и дополнения в порядке апелляционного суда, в том числе положение об ответственности заинтересованного лица в апелляции или протесте; допрос в апелляционном суде; содержание и метод аргумента в апелляционном суде и т.д.

## **4. Упрощенная процедура**

Добавлен новый раздел, который включает в себя 2 главы, 9 статей. В двух новых главах установлена упрощенная процедура в порядке гражданского судопроизводства по разрешению незначительных споров, имеющих четкие доказательства.

## **5. Порядок пересмотра вступивших в законную силу приговоров, решений и постановлений суда**

Положения о порядке пересмотра вступивших в законную силу приговоров, решений суда изменены и дополнены более четкими основаниями для кассационной жалобы; основания для апелляции и компетенции апелляции для вступивших в законную силу приговоров, решений Верховного народного суда, народных судов городов и районных народных судов; дополнение положения, касающиеся собранных данных, дополнительных документов и доказательств в кассационном порядке; внесение изменений и дополнений в положения о компетенции Комитета кассационного судьи и Совета судей Верховного народного суда в судебной кассации в соответствии с Законом об организации народных судов; дополнение компетенции Совета кассационной судей, т.е. он может частично или полностью изменить вступившие в законную силу приговоры, постановления и решения судов при выполнении определенных условий.

## **6. Процедура разрешения гражданских дел**

В этом разделе дополнены положения об общих процедурах разрешения гражданских дел; дополнение нового положения о процедурах признания результатов примирения вне

судов, чтобы обеспечить поощрение решения некоторых споров путем переговоров, посредничества; дополнение нового положения о процедурах объявления недействительных трудовых договоров, недействительных коллективных договоров, процедуры рассмотрения законности забастовки, чтобы обеспечить конкретную процедуру в разрешении запросы о труде, синхронизации, и объединении с положениями Трудового кодекса Вьетнама.

#### **7. Процедура признания и исполнения гражданских приговоров, решений иностранных судов во Вьетнаме, решений иностранных арбитражей; процедура разрешения гражданских дел с иностранными элементами**

Эта проблема определяется на основе наследования положений настоящего Гражданского процессуального кодекса Вьетнама; одновременное внесение изменений и дополнений некоторых статей, обеспечивающих единообразие, согласованность в правовой системе, в соответствии с международными договорами, участниками которых является Вьетнам, а также преодоление препятствий, недостатков в решении гражданских дел с участием иностранных элементов.

#### **8. Компетенция Суда в исполнении гражданских дел**

Для выяснения роли суда в исполнении гражданских дел и устранения повторов положений Закона об исполнении гражданских дел, проект ГПК определены: исполнение приговоров, решений и постановлений суда; признание и толкование права требовать исполнения решения суда; срок вынесения приговоров или решений; толкование приговоров и решений суда; дополнение положений об ответственности органов исполнения решений судов, т.е. эти органы непосредственно организуют исполнение приговоров, решений и постановлений судов.

Указанные изменения и дополнения ГПК играют значительную роль в процессе судебной реформы и стадии строительства правового государства во Вьетнаме. Более того, с одной стороны проект ГПК влияет на защиту прав и законных интересов учреждений, организаций, физических лиц и с другой стороны, влияет на качество решения суда гражданских дел, на экономическое развитие, на общество, особенно влияет на хозяйственную и торговую деятельности внутри страны, а также иностранные инвестиции во Вьетнаме.



## Правовое регулирование пенсионного страхования в РФ

**Э. Т. Фараджов**

*Студент 5 курса юридического института*

*Российского университета дружбы народов*

*email: [elrad-92@yandex.ru](mailto:elrad-92@yandex.ru)*

Российская Федерация как государство, Конституция которого предусматривает в качестве ориентира социальное государство, стремясь максимально исходя из существующих возможностей защищать права своих граждан, устанавливает в правовых отношениях такой порядок, который предусматривает социальное обеспечение тех категорий граждан, которые признаны нуждающимися в таковой. В этом проявляются социальные функции государства. Социальная защита в Российской Федерации осуществляется в нескольких формах, одной из них и является пенсионное обеспечение, объем и уровень которого во многом зависит от выполнявшейся работы, трудового стажа, размера заработка и в основном состоит в регулярной выплате пенсий.

Пенсионное обеспечение (трудовые и социальные пенсии) в России регулируется следующими нормативно правовыми актами:

1. Федеральный Закон от 01.04.1996 г. №27-ФЗ "Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования"(ред. от 01.01.2015);
2. Федеральный Закон от 07.05.1998 г. №75-ФЗ "О негосударственных пенсионных фондах"(ред. от 29.06.2015);
3. Федеральный Закон от 16.07.1999 г. №165-ФЗ "Об основах обязательного социального страхования"(ред. от 01.12.2014);
4. Федеральный Закон от 15.12.2001 г. №166-ФЗ "О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации"(ред. от 21.07.2014);
5. Федеральный Закон от 15.12.2001 г. №167-ФЗ "Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации"(ред. От 13.07.2015);
6. Федеральный Закон от 24.07.2002 г. №111-ФЗ "Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации" (ред. от 29.06.2015 г.).

Государственная трудовая пенсия по старости в РФ, на которую сможет претендовать каждый с 55 лет (для женщин) или с 60 лет (для мужчин), состоит из 2 частей – страховой и накопительной.

Страховая часть пенсии ежегодно индексируется. Средства, имеющиеся на текущий

момент на страховой части, расходуется для выплат пенсии сегодняшним пенсионерам, но Пенсионный фонд обязуется данные накопления возместить за счет поступлений от будущих пенсионеров.

Накопительная часть пенсии формируется из двух источников:

- с 1 января 2002 года — с отчислений с официального дохода.
- с 2009 года — за счет участия в программе финансирования и добровольного перечисления на накопительную часть пенсии дополнительных взносов и удвоения их государством.

Данная часть пенсии не идет на выплату текущим пенсионером и инвестируется на фондовом рынке РФ.

Накопительную часть пенсии можно отдать в управление:

- Государственной Управляющей компании (ГУК);
- Частной Управляющей компании (УК);
- Негосударственному пенсионному фонду (НПФ).

При переводе накопительной части в ГУК, портфель государственных ценных бумаг, предоставляются следующие преимущества:

- минимальный риск по сравнению с остальными вариантами (особенно в кризисный период), т.к. государственные облигации подвержены наименьшим колебаниям. Однако взамен на стабильность, скорее всего, вкладчик получит наименьшую доходность за весь период накоплений.

Преимуществами перевода накопительной части пенсии в частную УК является:

- доходность частной УК, как правило, существенно выше, чем доходность ГУК;
- доходность управления пенсией УК выше, чем НПФ. Это связано с тем, что для покрытия НПФ имеют право забирать часть инвестиционного дохода (не более 15%). Издержки на управление УК присутствуют как при переводе средств напрямую в УК, так и при переводе средств в негосударственный пенсионный фонд, который тоже должен платить УК.

При переводе накопительной части пенсии в НПФ:

- доходность НПФ также выше, чем у ГУК;
- средствами НПФ могут управлять несколько УК, что снимает риск одной УК.
- в силу того, что средствами НПФ может управлять сразу несколько УК, доходность НПФ ниже, чем у УК, но стабильнее.

Вариант распоряжений накопительной части пенсии возможен каждый год. Разрешается менять одну УК на другую, либо менять ее на НПФ, либо возвращать накопительную часть пенсии под управление ГУК. Также менять один НПФ на другой, либо

на другую УК, либо вновь передавать накопительную часть под управление.

Следовательно, перевод накопительной части пенсии в ту или иную УК или в тот или иной НПФ – это не пожизненное решение.

Количество пенсионеров возрастает, относительно низкий по сравнению с развитыми странами возраст для выхода на пенсию, также существует возможность получения пенсии при продолжении трудовой деятельности после достижения пенсионного возраста, следовательно, растёт нагрузка на Пенсионный фонд РФ. В связи с дефицитом пенсионного фонда, государство активно призывает граждан позаботиться о себе и своей будущей пенсии самостоятельно.

На мой взгляд, существует несколько причин, по которым люди, не сильно торопятся с формированием пенсионных накоплений. У определенного класса людей нет возможности вырваться из этого замкнутого круга и обеспечить себе прибавку к пенсии за счет личных накоплений. Те, кто обладает ими, относятся с опасением, так как нет никаких гарантий, что инвестирование на долгие годы вперед, до собственной пенсии, обеспечит им хорошее будущее в старости. Сомнения вызваны с неясностью, неуверенностью в завтрашнем дне. В стране, где был не один кризис, не одна денежная реформа, люди привыкли тратить свои накопления здесь и сейчас. Как правило, те, кто могут себе позволить, накапливают на пенсию, приобретая в собственность недвижимость, ценные бумаги за рубежом. Обладатели несущественных накоплений имеют доступ лишь к российскому рынку, следовательно, принимают на себя все политические, экономические и социальные риски РФ.

Проанализировав последние события, можно понять, что у России неблагоприятная ситуация на рынке. Вкладывая на свою будущую пенсию в негосударственный фонд РФ, возникает риск потери всех своих накоплений. Обесценение рубля как валюты, может привести к очередным изменениям пенсионной системы РФ (например, повышение пенсионного возраста).

## Банковское страхование

**Г. Фаталиев**

*Российский университет дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

Банк – это кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц.

Банковская система Российской Федерации включает в себя Банк России, кредитные организации, а также представительства иностранных банков.

Правовое регулирование банковской деятельности осуществляется Конституцией Российской Федерации, Федеральным законом от 02.12.1990 N 395-1 "О банках и банковской деятельности", Федеральным законом "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)", другими федеральными законами, нормативными актами Банка России.

Как следует из ст. 38 Федерального закона от 02.12.1990 N 395-1 "О банках и банковской деятельности", для обеспечения гарантий возврата привлекаемых банками средств граждан и компенсации потери дохода по вложенным средствам создается система обязательного страхования вкладов физических лиц в банках. Участниками системы обязательного страхования вкладов физических лиц в банках являются организация, осуществляющая функции по обязательному страхованию вкладов, и банки, привлекающие средства граждан. Порядок создания, формирования и использования средств системы обязательного страхования вкладов физических лиц в банках определяется федеральным законом.

Согласно ст. 39 вышеуказанного федерального закона, банки имеют право создавать фонды добровольного страхования вкладов для обеспечения возврата вкладов и выплаты доходов по ним. Фонды добровольного страхования вкладов создаются как некоммерческие организации.

Число банков – учредителей фонда добровольного страхования вкладов должно быть не менее пяти с совокупным уставным капиталом не менее 20-кратного минимального размера уставного капитала, установленного в соответствии с настоящим Федеральным законом для банков на дату создания фонда. Порядок создания, управления и

деятельности фондов добровольного страхования вкладов определяется их уставами и федеральными законами.

Банк обязан поставить клиентов в известность о своем участии или неучастии в фондах добровольного страхования вкладов. В случае участия в фонде добровольного страхования вкладов банк информирует клиента об условиях страхования.

### **Банковское страхование**

#### **(понятие и виды)**

Под банковским страхованием понимают сотрудничество банков и страховых компаний, рассматриваемое в трех направлениях — страхование заемщиков банков, объектов залога и рисков самих банков.

Элементы системы банковского страхования можно разделить на две группы:

- 1) которая охватывает объекты страхования и риски, которые являются общими практически для любых предприятий и организаций.
- 2) ко второй группе относятся объекты и риски, обусловленные специфичностью банковской деятельности.

Среди видов страхования, которыми банки пользуются наряду с другими предприятиями и организациями, в частности, выделяются следующие:

- страхование зданий от разрушения и повреждения в результате пожаров, стихийных бедствий, взрывов, противоправных действий третьих лиц и других случайных событий;
- страхование имущества банков от утраты, гибели или повреждения в результате пожаров, стихийных бедствий, взрывов, противоправных действий третьих лиц и других случайных событий;
- страхование компьютеров, оргтехники и другого электронного оборудования от поломок, повреждения, гибели или утраты в связи с пожарами, взрывами, заливом водой, хищениями и другими противоправными действиями третьих лиц, техническими неисправностями, конструктивными недостатками, воздействиями электрического тока и другими событиями. Данное страхование может обеспечить страховую защиту носителей информации и саму информацию на случай утраты;
- страхование денежных знаков и ценных бумаг от кражи и уничтожения;
- страхование автотранспортных средств, принадлежащих банкам, от гибели или повреждения в результате дорожно-транспортных происшествий, пожаров, угона, других противоправных действий третьих лиц и прочих случайных событий;
- страхование гражданской ответственности банков как владельцев транспортных средств, недвижимости и другого имущества за ущерб, причиненный третьим лицам;

•страхование сотрудников от несчастных случаев, медицинское страхование, страхование пенсий, и другие виды личного страхования. Данное страхование осуществляется на условиях, практически ничем не отличающихся от тех, по которым соответствующее страхование осуществляется с другими предприятиями и организациями.

### **Виды страховых жизни,**

#### **касающиеся непосредственно банка**

Следует обратить внимание на то страхование жизни, которое касается только конкретно банков.

Банковское страхование, учитывающее специфику банковской деятельности, включает в себя:

- Ценностей и любого иного имущества, которое принадлежит банку.
- Оборудования, компьютеров, программного обеспечения. Банки стараются защитить программы от мошенничества хакеров.
- От возникновения рисков для жизни, причиной которых выступает использование пластиковых карт.
- Кредитов. Этот вид распределяется на кредит и на возможность банка обеспечивать людей кредитами и страховать жизни кредитных заемщиков.
- Депозитов. Банк обеспечивает страховку на вклады, которые делают клиенты.

Сотрудничество отечественных страховщиков с банками осуществляется, в основном, по трем сегментам: страхование залогов юридических лиц; страхование рисков при кредитовании физических лиц; страхование банковских рисков.

Можно выделить следующие выгоды банка при использовании страхования рисков:

- отпадает необходимость в создании резервов на возможные потери вследствие реализации застрахованных рисков;
- снижается потребность в поддержании капитала для покрытия застрахованных рисков;
- банк в состоянии проводить более обоснованную ценовую политику (неопределенность в правильности оценки стоимости риска принимаемого банком при использовании страхования значительно снижается),
- уменьшается нагрузка на систему внутреннего контроля, которая также может привести к сокращению расходов банка.

### **Цель банковского страхования**

Целью использования страхования может быть построение эффективных портфелей банковских продуктов, ориентированных на укрепление взаимоотношений банка с

клиентами. Это крайне выгодно банкам, делающим особый акцент на сохранение клиентской базы, расширение ассортимента и объемов выставляемых на рынок банковских продуктов.

По итогам страхования банк может построить эффективную группу банковских продуктов, которые ориентируются на укрепление связи между банком и потребителями. Это очень выгодно для любого банка, но особенно для того, который делает особый упор на становление надежных связей с клиентами. Подавляющее большинство банков уверено, что нужно сохранять клиентскую базу, это поможет банку процветать. Также это выгодно тем банкам, которые пытаются увеличить выбор и объем своих продуктов.

Банк, считают для себя, что возможные конфликтные ситуации с клиентами по реализуемым банковским продуктам будут неблагоприятно сказываться на его имидже в глазах клиента, поэтому им незачем нести повышенные репутационные риски, тем более, если можно переложить эту крайне неприятную обязанность по разрешению конфликтных ситуаций на страховую компанию.

Например, банк может застраховать кредитные риски по ссуде клиенту и в случае наступления страхового случая (дефолта, ухудшения кредитного качества клиента и прочее) не участвовать в работе с проблемной задолженностью.

С другой стороны, страхование имеет свою стоимость и экономический смысл лишь до тех пор, пока связанные с ним издержки не превысят планируемый доход от принятия дополнительных рисков, приносимый высвобождаемым капиталом. В некоторых случаях реализовать положительный экономический эффект от применения страхования невозможно из-за недостаточного спроса на банковские продукты.

Несмотря на то, что страхование является одним из способов управления банковским риском и нужно для того, чтобы управлять рисками в банке было намного легче, его использование приводит к появлению у банка дополнительных рисков. Однако использование банковского страхования ведет к той ситуации, что появляется еще более значительное число рисков. Вследствие чего положительный эффект, который должно принести покупку услуги, их последствия могут свести к минимуму положительный эффект от применения страхования.

### **Схема банковского страхования**

Кредитное страхование – очень выгодная процедура. Банк изымает деньги за кредит, а потребитель в свое время имеет право взять кредит, не имея залога или поручителя, который имел бы необходимую сумму для залога. Но стоит учитывать, что страхование не заменяет залог, оно соответствует только основной сумме, но нужно помнить о процентах.

Последовательность оформления документов идентична как при кредитовании. Тот пакет документов, которые необходимо собрать для страхования, полностью аналогичны

тем документам, которые банк требует для приобретения кредита. В перечень необходимых документов включаются учредительные документы наряду с финансовыми. Необходимо подтвердить, что кредитор-получатель имеет возможность оплачивать кредит. Случаются ситуации, что страховщики просят ещё иные дополнительные документы, поскольку каждая ситуация индивидуальна.

### **Преимущества банковского страхования для самого банка**

Благодаря страхованию жизни создается новая база доходов в итоге продажи нового продукта. Этот продукт приходится для банка источником дополнительного дохода. Премия, которая начисляется банку, может составить 30-50%. Как следствие, банковское страхование увеличивает доходность банка. Когда предложения продукта увеличивается, то возрастает и интерес потребителей. В заключение повышается имидж банка, увеличивается спрос на продукты. У банка прогрессивно растет клиентская база, это происходит за счет постоянной связи со страховщиками, и это имеет немаловажное значение. В итоге сотрудничества у банка снижаются издержки по банковской деятельности.

### **Преимущества страхования в банке для страховщиков**

Вследствие данного сотрудничества у компании возрастает объем премий, это обуславливается тем, что привлекаются новые клиенты. Значительно снижаются затраты, чтобы заинтересовать клиентуру. Как правило, страховая компания продает свой продукт напрямую через банк. Все это порядком снизит расходы на операции, персонал и на помещение под офис. Компания в итоге получает более отлаженную систему, повышается качество обслуживания, возрастает прибыль.

### **Страхование банков – преимущества для клиентов**

Такое сотрудничество дает клиентам более безопасную систему страхования. Значительно увеличивается выбор товаров, что немаловажно. Любой человек оценит комплексное обслуживание и удобную возможность одновременно получать страховые услуги вместе с банковскими. Когда они близко связаны, цена на продукт для потребителей становится значительно ниже. Он покупает товар по цене, сниженной приблизительно в районе 10-15%.

### **Заключение согласно банковскому страхованию**

Банковское страхование – это непростой вид страхования. Умение правильно управлять рисками и получение страховки – это залог безопасности экономики и постоянности бизнеса. В настоящее время банковское страхование очень часто применяется, банки регулярно предлагают и включают страхование в кредитный договор, и носит более добровольный характер, нежели обязательный.



# Институт ограниченных вещных прав в законодательстве России, Белоруссии и Армении: история, теория, тенденции развития <sup>1</sup>

**Н. А. Хошобина**

*Студентка 4 курса юридического института  
Российского университета дружбы народов  
117198, Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 6  
email: khoshobkin@mail.ru*

Институт ограниченных вещных прав является одной из важнейших категорий вещных прав, занимающий особое место в системе гражданского права<sup>2</sup>. Несмотря на то, что основой вещных прав является право собственности, для нормального хозяйственного развития необходимо юридически закрепленное участие одного лица в праве собственности другого<sup>3</sup>.

Истоки данного института можно обнаружить еще в римском праве. Так, ограниченное вещное право – *jura in re aliena*<sup>4</sup> – представляло собой право на чужую вещь<sup>5</sup>. Центральной категорией прав на чужую вещь являлся сервитут, который представлял собой право лица пользоваться вещью, принадлежавшей другому лицу. Выделялось два вида сервитутов – личные, к которым относились *узифрукт* и *юзус*, и вещные (реальные), к числу которых принадлежали городские и сельские сервитуты.

Кроме того, к вещным правам римское право причисляло и *эмфитевзис* – отчуждаемое вещное право наследственной аренды чужого земельного участка. *Суперфиций* же можно определить как наследуемое и отчуждаемое право на пользование зданием, построенным на чужом земельном участке, за пользование которым *суперфициарий* выплачивал ренту. Римское право рассматривало залоговое право как вещное право<sup>6</sup>, устанавливаемое в качестве обеспечения определенного обязательства и в случае невыполнения обязательства, взыскание налагалось на заложенную вещь.

Если обращаться к институту вещных прав в Российской Империи, то традиционно выделяли право владения, право участия, а также залоговое право<sup>7</sup>. В Союзе ССР вещное право претерпело значительные ограничения: учитывая, что в ст. 5 Конституции СССР от 5 декабря 1936 г. провозглашалось только 2 формы собственности – государственная и

---

<sup>1</sup> 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.).

<sup>2</sup> См.: Бадаева Н.В. Владение и владельческая защита в зарубежном и российском гражданском праве: Монография. - М.: ИД "Юриспруденция", 2012. - 240 с.

<sup>3</sup> Суханов Е.А. Российское гражданское право. Учебник в 2-х томах. Т.1. 2014. С. 492.

<sup>4</sup> Новицкий И.Б. Римское право. Учебник. 2002. С. 127.

<sup>5</sup> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 498.

<sup>6</sup> Ульяновцев В.Г. Введение в римское право. Изд-во РУДН. 2012. С. 184.

<sup>7</sup> Турчин И.Г. Система вещных прав, их классификация в дореволюционном и современном отечественном праве // Теория и практика общественного развития. 2015. N 8. С. 109.

кооперативно-колхозная – институт ограниченных вещных прав во многом потерял свой смысл и не имел практического значения. Указом Президиума ВС СССР от 30.10.1981 г. в закон СССР от 08.12.1961 г. «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик» была введена ст. 26.1. «Оперативное управление имуществом»<sup>8</sup>, согласно которой имущество, которое закреплялось за государственно-кооперативными организациями, последним не принадлежало, а право владения, пользования и распоряжения имуществом осуществлялось в соответствии с целями деятельности организаций и их плановыми заданиями. Впоследствии гражданское законодательство союзных республик было приведено в соответствие закону СССР от 08.12.1961 г. в редакции от 30.10.1981.

После развала Советского Союза было создано СНГ, в ст. 1 Устава которого говорится о том, что Содружество не является государством и не обладает национальными полномочиями<sup>9</sup>. Важно отметить, что попыткой сблизить бывшие союзные республики явилось создание так называемых «модельных кодексов», разрабатываемых в рамках СНГ. Так, в 1994 г. было принято Постановление Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ «О модельном гражданском кодексе для государств-участников СНГ».

Согласно ст. 226 МГК «Вещные права лиц, не являющихся собственниками» выделяются следующие виды ограниченных вещных прав: право хозяйственного ведения и право оперативного управления; право бессрочного (постоянного пользования) земельным участком; сервитуты<sup>10</sup>. Кроме того, в ст. 275 МГК имеется также институт пожизненного наследуемого владения земельным участком<sup>11</sup>. Ст. 277 МГК предусматривает право пользования земельным участком собственником находящейся на нем недвижимости. Следует отметить, что после распада Советского Союза и восстановления частной собственности количество ограниченных вещных прав также возросло. Сохранилось право оперативного управления, а также право хозяйственного ведения, которые подразумевают право унитарного предприятия или учреждения владеть, пользоваться собственностью, закрепленной за предприятием (учреждением) государством.

Однако в национальных законодательствах мы можем видеть некоторые различия. Так, согласно ст. 217 Гражданского Кодекса Республики Беларусь от 07.12.1998 г.<sup>12</sup> выделяются

---

<sup>8</sup> Ст. 26.1. Закона СССР от 08.12.1961 г. «Об утверждении основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик». Электронный источник СПС «КонсультантПлюс» <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ESU;n=241> (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>9</sup> Устав СНГ от 22.01.1993 г. – Официальный сайт СНГ <http://www.cis.minsk.by/page.php?id=180/> (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>10</sup> Модельный гражданский кодекс для государств-участников СНГ от 29.10.1994 г. – электронный ресурс Информационный портал Республики Беларусь - <http://naviny.org/1994/10/29/by73441/page5.htm> (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>11</sup> См. там же.

<sup>12</sup> Гражданский Кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 г. Ч. 1. – электронный ресурс гид в законодательстве Республики Беларусь [http://kodeksy-by.com/grazhdanskij\\_kodeks\\_rb/217.htm](http://kodeksy-by.com/grazhdanskij_kodeks_rb/217.htm) (дата обращения: 01.11.2015).

такие вещные права лиц, не являющихся собственниками вещи: право хозяйственного ведения и право оперативного управления; право пожизненного наследуемого владения земельным участком; право постоянного пользования земельным участком и право временного пользования земельным участком; сервитуты.

Ст. 276 ГК РБ<sup>13</sup> устанавливается право хозяйственного ведения в унитарных предприятиях и государственных объединениях. Указанные юридические лица не вправе каким-либо образом распоряжаться недвижимым имуществом без согласия собственника имущества, а также осуществляют правомочия владения и пользования имуществом исключительно в соответствии с целями создания юридического лица. В ст. 277 указанного акта говорится о праве оперативного управления в казенных предприятиях, учреждениях, а также государственных управлениях. Что касается сервитутов, то согласно ст. 268 ГК РБ выделяются частные и общественные сервитуты, причем указывается, что необходима его государственная регистрация, а также устанавливается принцип платности за пользование недвижимым имуществом. Кроме того, в ГК РБ отдельно говорится о том, что если право ограниченного пользования связано с использованием чужого земельного участка, то данные сервитуты будут именоваться земельными и будут регулироваться в соответствии с Кодексом РБ «О земле»<sup>14</sup>.

Поскольку в самом тексте кодекса иные виды ограниченных вещных прав не предусмотрены, следует обратиться к Закону Республики Беларусь от 22.07.2002 г. №133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним»<sup>15</sup>, где в п. 2 ст. 8 в качестве обременений (ограничений) прав на недвижимое имущество помимо вышеуказанных перечислены также временное пользование земельным участком, доверительное управление, аренда, ипотека, рента, залог зарегистрированного права аренды недвижимого имущества и иные случаи, установленные законодательством Республики Беларусь<sup>16</sup>. К числу ограниченных вещных прав можно отнести залог, в некоторой степени доверительное управление, ипотеку как обременения, связанные с ограничением владельца вещи в его праве распорядиться ею.

---

<sup>13</sup> См. там же.

<sup>14</sup> Афанасьев И.В. Сервитут в системе ограниченных вещных прав. Дисс...к.ю.н. М., 2015. С. 101 [http://msal.ru/common/upload/Dissertatsiya\\_04.10\\_prav.pdf](http://msal.ru/common/upload/Dissertatsiya_04.10_prav.pdf) (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>15</sup> Закон Республики Беларусь от 22.07.2002 г. №133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» - электронный ресурс гид в законодательстве Республики Беларусь [http://kodeksy-by.com/zakon\\_rb\\_o\\_gosudarstvennoj\\_registratsii\\_nedvizhimogo\\_imushestva.htm](http://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_gosudarstvennoj_registratsii_nedvizhimogo_imushestva.htm) (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>16</sup> См. там же.

В Гражданском кодексе Республики Армения (далее ГК РА) расположена глава «Право собственности и иные вещные права», где в п. 1 ст. 170<sup>17</sup> содержится положение об имущественных правах лиц, не являющихся собственниками имущества. К таковым относится право залога, право пользования имуществом, а также сервитут. В п. 1 ст. 205<sup>18</sup> учреждаются такие институты как право пользования земельным участком, а в п. 3 - право пользования земельным участком собственником недвижимости, находящейся на данном участке. В ст. 210 говорится о сервитуте, причем в п. 2, в отличие от ГК РФ, перечисляются конкретные цели, в соответствии с которыми может устанавливаться сервитут: для обеспечения прохода и проезда, обеспечения водоснабжения и мелиорации и т.д. Более того, существуют добровольные (ст. 211) и принудительные (ст. 212) сервитуты, причем последние определяются решением суда в случае, если предъявлен иск с требованием об установлении данного сервитута; сервитут должен быть срочным, он также должен быть зарегистрирован.

Кроме того, помимо указанных в ст. 170 ограниченных вещных прав, к последним можно также отнести в некоторой степени и аренду земельного участка (ст. 606, 620 ГК РА) как права на владение и пользование чужим земельным участком за определенную плату, залог (ст. 226) и ипотеку как особый вид залога, связанный с недвижимым имуществом (ст. 260).

Интересным по своей юридической природе является заимствованный из англосаксонской правовой системы институт оперативного (доверительного) управления, где согласно ст. 954 учредитель управления передает доверительному управляющему на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление имуществом в интересах учредителя управления или выгодоприобретателя<sup>19</sup>. Как правило, институт доверительного управления устанавливается для государственных организаций и учреждений<sup>20</sup>.

В ГК РА не содержится положений относительно права хозяйственного ведения, а также права оперативного управления<sup>21</sup>, что является особенностью вещного права Армения, т.к. данный институт ограниченных вещных прав предусмотрен и в Белоруссии, и в России.

---

<sup>17</sup> Гражданский Кодекс Армения от 17.06.1998 г. – Официальный сайт Государственной комиссии по защите экономической конкуренции Республики Армения <http://www.competition.am/uploads/resources/qorensgrkRUS.pdf> (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>18</sup> См. там же.

<sup>19</sup> См. там же.

<sup>20</sup> Хачатрян С. Вещное право Армения. С. 13 - Электронный источник – Проект Бременского университета «Гражданское право стран Кавказа и Центральной Азии» [http://www.cac-civillaw.uni-bremen.de/beitraege/sachen-arm\\_ru.rtf](http://www.cac-civillaw.uni-bremen.de/beitraege/sachen-arm_ru.rtf) (дата обращения: 01.11.2015).

<sup>21</sup> См. там же, С. 14.

И, наконец, переходя к ограниченным вещным правам, предусмотренным в российском гражданском законодательстве, мы обращаемся к ст. 216 ГК РФ, в которой перечислены такие виды ограниченных вещных прав, как право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком; сервитуты (земельных участков, а также зданий и сооружений); право хозяйственного ведения имуществом и право оперативного управления имуществом.

Многие ученые считают, что согласно принципу *numerus clausus* (исчерпывающий перечень) перечень ограниченных вещных прав, указанный в законе, является закрытым и остальные схожие по своей природе с ограниченными вещными правами таковыми все же не являются<sup>22</sup>. Однако в правовой доктрине к ним также относят право пожизненного пользования жилым помещением и земельным участком (п. 1 ст. 602 ГК РФ); выделяют также обеспечительные вещные права, к коим относятся залоговое право и право удержания<sup>23</sup>. Некоторые ученые относят к ограниченным вещным правам аренду, право фактического открытого, добросовестного и непрерывного владения имуществом<sup>24</sup>. Однако данная позиция не находит достаточной поддержки в научных кругах. Основными вопросами, поставленными на данном этапе развития российского гражданского законодательства, являются изменение системы ограниченных вещных прав, необходимость и обоснованность введения эфитевзиса, суперфиция и ипотеки в качестве институтов ограниченных вещных прав, а также создание единого закрытого перечня ограниченных вещных прав, наличие которого не позволило бы неоднозначно трактовать нормы закона.

В целом, система ограниченных вещных прав в перечисленных трех государствах является схожей. Во многом это обусловлено однородными проблемами, связанными с пережитками плановой экономики. Так, общими являются право оперативного управления и хозяйственного ведения (хоть, как было сказано выше, в Республике Армения данные положения законодательно не закреплены). Более того, в вышеуказанных государствах активно ведутся научные споры о необходимости введения узурфрукта в качестве отдельного ограниченного вещного права, но во всех трех странах пока данный институт отсутствует<sup>25</sup>. Также хотелось бы отметить, что Армения, Белоруссия и Россия имеют похожие системы ограниченных вещных прав, а кроме того, их систематизацию в гражданском законодательстве. Имея общую историю в составе Советского Союза, бывшие союзные

<sup>22</sup> Данную позицию высказывает Суханов Е.А. См. указ. соч. С. 594.

<sup>23</sup> См. там же, С. 601.

<sup>24</sup> Ахметьянова З.А. О видах вещных прав и их системе // Ученые записки Казанского университета. Серия: гуманитарные науки. 2011. № 4. С. 91.

<sup>25</sup> Афанасьев И.В. Указ. соч. С. 88. Анализ Проекта изменений ГК РФ в сфере вещных прав также см.: Бадаева Н.В. Вещные права, владение и владельческая защита в Проекте изменений Гражданского кодекса Российской Федерации / Российское общество, государство и право: история и современность. Материалы конференции 18-20 октября 2012 г.: сборник статей. Ростов н/Д.: Профпресс, 2013. С. 207-210.

государства хоть и имеют множество точек соприкосновения в гражданском законодательстве, уже имеют некоторые особенности регулирования. Делать окончательный вывод относительно того, пойдут ли государства по одному пути развития гражданского законодательства (и данный вопрос пытаются решить посредством создания модельных кодексов на уровне стран СНГ) или же выберут свой собственный путь, пока представляется преждевременным<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Бадаева Н.В. Вещное право стран БРИКС: национальные особенности и перспективы унификации (глава 6, том 2) / Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник: в 2 т. - Москва: РУДН, 2015; под ред. д.ю.н., проф. К.М. Беликовой. С. 17-97.

## Роль международного договора в регулировании гражданского процесса Японии

**С. С. Шек**

*магистр 1 курса РУДН,*

*Российский университет дружбы народов*

*Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

В соответствии со статьей 98 Конституции Японии<sup>1</sup> Конституция является верховным законом страны, и ни один нормативно-правовой акт не может ей противоречить. Следовательно, Конституция имеет высшую юридическую силу в Японии. Конституция Японии является источником гражданского процессуального права, так как содержит ряд положений, непосредственно относящихся к гражданскому процессу. Например, право на обращение в суд закреплено в статье 32 Конституции, и судьи объявляются независимыми в осуществлении своей деятельности, связанными только Конституцией и законами (статья 76 (3)).

Конституция Японии 1947 года в статье 98 провозглашает, что «заключенные Японией договоры и установленные нормы международного права должны добросовестно соблюдаться». Таким образом, японское законодательство признает международные договоры в качестве источника права, в том числе и гражданского процессуального.

На международном уровне Япония является участником множества соглашений, как двусторонних, так и многосторонних, которые регулируют гражданский процесс. В качестве примера можно привести Гагскую конвенцию по вопросам гражданского процесса 1954 года<sup>2</sup>, которая регулирует вручение судебных и внесудебных документов, выполнение отдельных процессуальных действий и судебных поручений, освобождение иностранцев-истцов от обеспечения судебных расходов, бесплатное оказание правовой помощи.

Соотношение действия Конвенции 1954 г. и двусторонних договоров основано на принципе *lex specialis derogat lex generalis*: положения двусторонних договоров имеют преимущественную силу.

Помимо вышеупомянутого международного документа Япония участвует в Гагской Конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов<sup>3</sup>. Этот международный договор облегчил процедуру предоставления и признания официальных документов в иностранных правоприменительных органах, ввел понятие "апостиль" и установил его форму.

---

<sup>1</sup> Конституция Японии от 3 мая 1947 года.

<sup>2</sup> Конвенция по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 года.

<sup>3</sup> Гагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов, от 5 октября 1961 года.

Так же можно назвать Конвенцию о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 года<sup>4</sup>, участницей которой Япония является. Конвенция устанавливает порядок вручения документов находящимся за границей лицам. Документы передаются через центральные учреждения юстиции. При отсутствии возражений со стороны государства-участника допускается вручение документов частным путем. К Конвенции приложен Единый формуляр просьбы об исполнении поручений. Отказ в исполнении поручения не допускается только по причине того, что запрашиваемое государство считает себя исключительно компетентным по рассматриваемому делу или, наоборот, не считает данное дело подведомственным судебным органам (ст. 13).

Стоит отметить Конвенцию о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 года<sup>5</sup>, заключенную в Гааге. Гаагская конвенция 1970 г. содержит положения о сборе доказательств консулами и комиссионерами. Гаагская конвенция регулирует порядок направления судебных поручений за границу и порядок их исполнения и призвана упростить ранее существовавший порядок получения доказательств из-за границы. Судебные органы одного государства в соответствии с положениями своего законодательства могут запросить в порядке исполнения поручения компетентные органы другого государства о получении доказательств и выполнении других процессуальных действий. Судебное поручение не может использоваться для получения доказательств, не предназначенных для судебного разбирательства. Япония присоединилась к данной Конвенции, но все еще не ратифицировала ее.

По вопросам гражданского процесса Японией заключено множество двусторонних соглашений. В качестве примера можно привести Соглашение между Российской Федерацией и Японией об оказании правовой помощи по гражданским делам<sup>6</sup>, отменяющее процедуру легализации. В данном соглашении отменяется апостиль на официальных документах.

Как видно из приведенных выше примеров, Японии является участницей важнейших международных договоров, которые касаются гражданского процесса. Но возникает вопрос о том, какую роль играют международные договоры в регулировании гражданского процесса Японии, какое они имеют место в иерархии источников гражданского процессуального права?

---

<sup>4</sup> Конвенция о вручении за границей судебных или внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 года.

<sup>5</sup> Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 года.

<sup>6</sup> Соглашение между Российской Федерацией и Японией об оказании правовой помощи по гражданским делам от 12 мая 2009 года.



Необходимо снова обратиться к тексту Конституции Японии, где помимо упомянутой выше статьи 98 приверженность идеалам и принципам международного правопорядка содержится в преамбуле: “Ни одно государство не может быть ответственным только перед собой... нормы политической морали являются всеобщими... подчинение этим нормам является обязанностью для всех государств, которые желают поддерживать собственный суверенитет и выступают за равноправные отношения с другими государствами”.

Как видно, принцип приоритетности норм международного права в Конституции Японии прямо не закреплен<sup>7</sup>. Однако если рассмотреть судебную практику японских судов, то можно найти положения, свидетельствующие о том, что общие нормы международного права пользуются приоритетом перед нормами национального законодательства. Так, к примеру, региональный суд Японии, оценивая соответствие национальному законодательству международного соглашения с Южной Кореей, регулирующего вопросы рыболовства, подчеркнул, что “международное право всегда имеет приоритет перед внутренним законом, независимо от того, когда норма международного права возникла”.

Таким образом, приходим к выводу о том, что нормы международного права и международные договоры стоят в иерархии источников гражданского процесса Японии выше, чем национальное законодательство.

---

<sup>7</sup> Энтин Л.М., Баглай М.В., Лейбо Ю.И. Конституционное право зарубежных стран: учебник. С 721.

## **Правовое регулирование обязательного страхования гражданско-правовой ответственности владельцев наземных транспортных средств в Украине**

**Д. М. Черкашин**

*Магистр 1-го курса обучения, группы МЮ-503*

*Российский Университет Дружбы Народов,*

*117198, Россия, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6.*

*E-mail: [Teddycomrad21@yandex.ru](mailto:Teddycomrad21@yandex.ru)*

Отношения в сфере обязательного страхования гражданско-правовой ответственности владельцев наземных транспортных средств в Украине регулируются Конституцией Украины<sup>1</sup>, Гражданским кодексом Украины<sup>2</sup>, Законом Украины «О страховании»<sup>3</sup>, Законом Украины «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности собственников наземных транспортных средств»<sup>4</sup> и другими нормативно-правовыми актами. Закрепление перечня видов обязательного страхования продиктовано необходимостью обеспечения формирования и развития эффективно функционирующего рынка страховых услуг, создания необходимых условий для деятельности страховщиков различных организационно-правовых форм, защиты интересов страхователей.

Правовое регулирование обязательного страхования гражданско-правовой ответственности владельцев наземных транспортных средств приобретает особое значение, ввиду того, что автомобиль, во-первых, является источником повышенной опасности, а во-вторых, из-за повышения общей автомобилизации населения и, как следствие, увеличения количества дорожно-транспортных происшествий.

Основной особенностью данного вида страхования прежде всего является его обязательный статус. То есть, преимущественно, все вопросы, связанные с данным видом страхования, урегулированы законодателем императивным путём.

В преамбуле Закона Украины «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности собственников наземных транспортных средств» от 01.07.2004 г. говорится о том, что он регулирует отношения в сфере обязательного страхования гражданско-правовой ответственности собственников наземных транспортных средств и направлен на обеспечение возмещения убытков, причиненных жизни, здоровью и имуществу потерпевших при эксплуатации наземных транспортных средств на территории Украины.

Основной целью данного вида страхования является обеспечение страхователю

---

<sup>1</sup> Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996р., № 30, стаття 141

<sup>2</sup> Офіційний вісник України від 28.03.2003р., № 11, стор. 7, стаття 461, код акту 24654/2003

<sup>3</sup> Відомості Верховної Ради України від 30.04.1996 р., № 18, стаття 78

<sup>4</sup> Офіційний вісник України від 13.08.2004 р., № 30, том 1, стор. 182, стаття 2000, код акту 29605/2004

гарантий на защиту его имущественных интересов и обеспечения возмещения убытков, причиненных вследствие дорожно-транспортного происшествия.

Субъектами обязательного страхования гражданско-правовой ответственности, согласно статье 4 Закона Украины «О обязательном страховании гражданско-правовой ответственности собственников наземных транспортных средств» от 01.07.2004 г. являются страхователи и другие лица, ответственность которых застрахована, страховщики, Моторное (транспортное) страховое бюро Украины, потерпевшие.

Моторное (транспортное) страховое бюро Украины является единым объединением страховщиков, которые осуществляют обязательное страхование гражданско-правовой ответственности собственников наземных транспортных средств за ущерб, причиненный третьим лицам. Членство страховщиков в МТСБУ является обязательным условием осуществления деятельности по обязательному страхованию гражданско-правовой ответственности собственников транспортных средств.

Объектом обязательного страхования данного вида являются имущественные интересы, которые не противоречат законодательству Украины, связанные с возмещением лицом, гражданско-правовая ответственность которого застрахована, вреда, причиненного жизни, здоровью, имуществу потерпевших вследствие эксплуатации обеспеченного транспортного средства.

Страховым случаем является дорожно-транспортное происшествие, которое случилось с участием застрахованного транспортного средства, следствием которого является наступление гражданско-правовой ответственности лица, ответственность которого застрахована за вред, причиненный жизни, здоровью и/или имуществу потерпевшего.

В Законе Украины «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности собственников наземных транспортных средств» закреплены критерии определения размера страховой суммы в случае наступления страхового случая, а также бонус-малус – право страховщика применять корректирующий коэффициент в зависимости от наличия или отсутствия страховых случаев по вине лиц, ответственность которых застрахована, в период действия предыдущих договоров обязательного страхования гражданско-правовой ответственности (бонус-малус), который рассчитывается каждым из страховщиков в соответствии с требованиями данного закона.

В соответствии с данным законом могут быть предусмотрены два вида договоров обязательного страхования гражданско-правовой ответственности - внутренний договор обязательного страхования гражданско-правовой ответственности и договор международного обязательного страхования гражданско-правовой ответственности.

Внутренние договора страхования действуют исключительно на территории Украины.

Договоры международного обязательного страхования действуют на территории стран, указанных в таких договорах.

Страховщик подаёт информацию о заключенных и досрочно прекращенных договорах обязательного страхования гражданско-правовой ответственности в централизованную базу данных, в порядке, который установлен в «Положении о централизованной базе данных по обязательному страхованию гражданско-правовой ответственности собственников наземных транспортных средств»<sup>5</sup>, которое утверждается Уполномоченным органом по представлению Моторного (транспортного) страхового бюро Украины.

Также закон устанавливает некоторые особенности страхования гражданско-правовой ответственности для отдельных категорий граждан Украины.

Участники боевых действий и инвалиды войны, которые определены законом, инвалиды I группы, которые лично управляют принадлежащими им транспортными средствами, а также лица, управляющие транспортным средством, принадлежащим инвалиду I группы, в его присутствии, освобождаются от обязательного страхования гражданско-правовой ответственности на территории Украины. Возмещение убытков от ДТП, виновниками которого являются указанные лица, проводит Моторное (транспортное) страховое бюро Украины в порядке предусмотренном вышеуказанным законом.

Размер страхового платежа по одному внутреннему договору страхования уменьшается на 50 процентов при условии, что страхователем является гражданин Украины - участник войны, инвалид II группы, лицо, которое пострадало вследствие Чернобыльской катастрофы, и отнесенные к I или II категории, пенсионеры, а обеспеченное транспортное средство имеет рабочий объем двигателя до 2500 куб. см. включительно и принадлежит этому гражданину на праве собственности. Указанная льгота предоставляется при личном управлении застрахованным транспортным средством лицом, принадлежащим к указанным в этом пункте категории граждан Украины, без цели предоставления платных услуг по перевозке пассажиров или груза.

Страхователь имеет право выбора страховщика для заключения договора обязательного страхования гражданско-правовой ответственности. Страховщик не может отказать любому страхователю в заключении договора обязательного страхования гражданско-правовой ответственности в виду его публичного характера.

Следовательно, можно сделать вывод, что основной целью данного вида гражданско-правового страхования является усиление страховой защиты имущественных интересов предприятий, учреждений, организаций, физических лиц и поддержание рынка услуг.

---

<sup>5</sup> Офіційний вісник України від 30.08.2010 р., № 64, стор. 72, стаття 2229, код акту 52477/2010

## Раскрытие информации арбитрами как одна из важнейших процедур в международном коммерческом арбитраже

**А.Н. Чуманова**

*Магистр кафедры гражданского и трудового права  
Российского университета дружбы народов  
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198  
email: [anastasia.chumanova@gmail.com](mailto:anastasia.chumanova@gmail.com)*

Данная статья описывает процедуру назначения арбитров и раскрытия ими информации. Обстоятельства, которые подлежат раскрытию арбитром, могут повлиять на весь дальнейший ход дела, на репутацию арбитра, на исполнимость выносимого арбитражем решения, поэтому очень важно соблюсти баланс между всеми названными факторами. Данная статья использует главным образом Регламент Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (ICC) в качестве примера документа, который описывает арбитражный процесс.

**Ключевые слова:** международный коммерческий арбитраж, раскрытие информации арбитром, Секретариат, Регламент ICC, независимость и беспристрастность арбитров, заявление об отводе арбитра, Суд ICC, состав арбитража.

Международный коммерческий арбитраж стал частым способом рассмотрения коммерческих споров. Представители и участники крупного бизнеса стали понимать, что специальный институт по рассмотрению международных коммерческих споров учитывает особенности гражданского оборота в общемировом масштабе. Государства признали, что решения, вынесенные международным арбитражем, будут признаваться на их территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, что обусловило необходимость взаимодействия государственных (национальных) судов и независимого арбитража в вопросе разрешения споров. Международный коммерческий арбитраж становится популярным еще и потому, что учитывает многовековой опыт правовых традиций, обычаев, которые, несмотря на время, остаются близкими духу справедливости, учету интересов пострадавшей добросовестной стороны, отражают суть и особенности развитых коммерческих, торговых отношений.

Одной из особенностей, отличающих арбитраж от разбирательств государственных судов, является «возможность сторон влиять на состав коллегии арбитров и обеспечивать действительно независимое и компетентное рассмотрение спора»<sup>1</sup>. В данной статье рассматривается проблема раскрытия информации арбитрами, как факта, определяющего весь дальнейший процесс арбитражного разбирательства и судьбу решения, выносимого составом арбитража.

В международном коммерческом арбитраже стороны, подписавшие арбитражное соглашение, самостоятельно предлагают кандидатуру арбитров для утверждения. Согласно ст. 12 Арбитражного Регламента ICC 2012 г. (далее Регламент) при наличии между

---

<sup>1</sup> Б.Р. Карабельников «Международный коммерческий арбитраж». Учебник. 2-е издание переработанное и дополненное. Москва, 2013 г.

сторонами спора договоренности о рассмотрении спора тремя арбитрами, каждая из сторон в Заявлении и Отзые выдвигает по одной кандидатуре арбитра для утверждения. Если сторона по какой-либо причине не предлагает соответствующую кандидатуру, Суд ICC<sup>2</sup> самостоятельно осуществляет назначение.

Обозначение сторонами кандидатур, которых они хотели бы видеть в качестве арбитров – первый этап на пути начала осуществления ими своих полномочий в качестве арбитра в споре. Далее Секретариат ICC отправляет предполагаемым арбитрам формы Curriculum Vitae (резюме) и Заявления о согласии, занятости, беспристрастности и независимости для их заполнения (далее – Заявление).

Согласно п. 1 ст. 11 Регламента «Любой арбитр должен быть и оставаться беспристрастным и независимым от сторон арбитражного производства». Вследствие этого, у арбитра есть обязанность незамедлительно сообщать в письменном виде сторонам и Секретариату «любые факты и обстоятельства, которые могут по своему характеру вызвать сомнения в его независимости с точки зрения сторон, а также любые обстоятельства, которые могут повлечь за собой обоснованные сомнения в беспристрастности арбитра»<sup>3</sup>. Соответствующую информацию арбитр может сообщить всем участникам арбитража не только до утверждения своей кандидатуры Судом, но и во время разбирательства.

После того, как заполненные заявление и резюме приходят в Секретариат, они рассылаются всем участникам арбитража, сторонам и другим арбитрам для возможности предоставить свои комментарии. На данном этапе сторонам важно ознакомиться со всеми нюансами и деталями документов, заполненных арбитрами, так как спорящим сторонам важно понять, является ли кандидат независимым и беспристрастным, как того требует разбирательство в арбитраже. В комментариях к Арбитражному регламенту ICC 2012 г.<sup>4</sup> сказано, что согласно процедуре Секретариат обычно предоставляет сторонам срок от 7 до 10 дней, чтобы предоставить свои комментарии и задать вопросы арбитру для дачи разъяснений по интересующим деталям относительно их резюме и заявления. Если у сторон все-таки возникают вопросы, то Секретариат направляет их арбитрам, чтобы они ответили на них. Только в таком случае у стороны спора есть возможность сослаться на надлежаще отправленные им документы и ответы арбитров, если они были даны, чтобы заявить отвод арбитру после утверждения. Если Сторона возражает против утверждения арбитра, то Суд действует в соответствии с п.1 ст. 13 Регламента.

---

<sup>2</sup> Международный арбитражный суд международной торговой палаты ICC – независимый арбитражный орган, администрирующий процесс разрешения споров составами арбитража согласно Арбитражному регламенту ICC

<sup>3</sup> П.2 ст. 11 Регламента ICC

<sup>4</sup> Commentary on the ICC 2012 Rules // Source of the document: ICC DRL at <http://www.iccdri.com>

В случае наличия у стороны сомнений в беспристрастности и независимости арбитра после утверждения кандидатуры арбитра Судом у него есть возможность заявить отвод в соответствии со ст. 14 Регламента.

Данная статья требует от сторон официального письменного документа с требованием об отводе арбитра. «Требование об отводе арбитра, основанное на утверждении об отсутствии беспристрастности или независимости или на любом другом основании, оформляется путем передачи в Секретариат письменного заявления с указанием фактов и обстоятельств, на которых основывается это требование»<sup>5</sup>.

Также устанавливается срок, в течение которого сторона может собрать и представить доказательства, обосновывающие беспристрастность и независимость арбитров. Тридцать дней начинают отсчитываться либо со дня получения стороной уведомления об утверждении арбитра либо со дня, когда сторона узнала о фактах и обстоятельствах, на которых основывается отвод, в случае если эта дата отличается от даты получения стороной соответствующего уведомления от Секретариата.

Для самой процедуры арбитражного разбирательства важен факт раскрытия арбитром информации и предоставления возможности стороне предъявить возражения и отвод, потому что состав арбитража должен быть законным, соответствующим нормативно-правовым актам. Процедуры, прописанные в любом из регламентов институтов международного коммерческого арбитража, должны быть соблюдены во время арбитражного разбирательства, иначе есть риск непризнания и неприведения в исполнение решения арбитража в соответствии с пп. d п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее – Нью-Йоркская конвенция). Одна из задач арбитража «...обеспечить максимальную эффективность арбитражного решения ("отменостойчивость", возможность принудительного исполнения), с тем чтобы предотвратить возможность признания его недействительным по ходатайству стороны, против которой состоялось решение...»<sup>6</sup>. Раскрытие арбитром информации играет в данном случае очень важную роль. Потому как именно от наличия или отсутствия связи с назначающей стороной зависит, будет ли сама процедура законной и будет ли решение, вынесенное арбитражем, исполнимым.

В арбитражном разбирательстве при раскрытии информации арбитром подразумевается, что он считает себя беспристрастным и независимым, то есть способным

---

<sup>5</sup> П.1 ст. 14 Регламента ICC 2012 г.

<sup>6</sup> Н.И. Гайдаенко-Шер «Последствия банкротства стороны в арбитражном процессе: уроки из практики из международного арбитража» // «Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения» сборник статей к 80-летию международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации под ред. А.А. Костина

исполнять полномочия арбитра. В противном случае он должен отклонить свою кандидатуру или заявить самоотвод. Согласно пояснениям к Общему стандарту 3 Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже, одобренных 22 мая 2004 года Советом Международной ассоциации юристов (Далее – Руководящие принципы) раскрытие информации преследует целью дать сторонам возможность дать оценку позиции арбитра насчет своей возможности исполнять свои обязанности, согласны они с ним или нет, дополнительно прояснив обстоятельства. Но с другой стороны также говорится о том, что раскрытие информации, в которой нет необходимости, влияют на мнение сторон и могут сформировать неправильное представление сторон о возможности быть арбитром. Таким образом, доверие сторон к арбитру может быть подорвано. В то же время при наличии сомнений арбитр должен сделать выбор в пользу раскрытия информации, что означает, что процедура арбитража максимально направлена на исполнимость решения, его беспрецедентность и соблюдение всех процедур, прописанных Регламентом, который Стороны избрали как руководство к спору, который они доверили разрешить международному коммерческому арбитражу.

К сожалению, по данной теме сложно привести примеры из арбитражной практики, в каких случаях арбитров обязывали раскрывать информацию и как это влияла позже на процесс, потому что согласно п. 4 ст. 11 Регламента «Решения Суда, касающиеся назначения, утверждения, отвода или замены арбитра, являются окончательными. Мотивы данных решений не сообщаются». В данном случае арбитры и стороны руководствуются своими соображениями и, конечно же, выдающимся документом, которым стороны могут воспользоваться, являются вышеупомянутые Руководящие принципы, которые находят широкое применение в арбитражной практике.

Тот факт, что в арбитражном процессе стороны спора самостоятельно предлагают кандидатуры арбитров, которые должны разрешать спор, в некоторой степени говорит о наличии зависимости арбитров от сторон. При назначении и утверждении арбитров предполагается, что они руководствуются основополагающими принципами арбитража и являются независимыми и беспристрастными, поэтому раскрытие информации «проливает свет» на ситуацию и дает сторонам понять, будет ли соблюдаться принцип процессуального равенства между ними при рассмотрении спора.

Конечно же, репутация арбитров зависит от того, насколько они действуют в соответствии с процессуальными принципами, рассматривают спор и выносят решения. Однако для того, чтобы помочь сторонам спора разобраться в том, как действовать при назначении арбитра и не допустить процессуального неравенства сторон, автор статьи считает уместной рекомендацию публиковать решения арбитража, связанные с отводами с



описанием, оставляя анонимными имена арбитров для того, чтобы стороны могли опираться на конкретные факты из арбитражной практики и были уверены в том, что решение, вынесенное арбитражем, будет исполнимым.

## Судебная система и основы гражданского процесса в Испании

**А. А. Яралова**

*студентка Юридического института  
Российского университета дружбы народов  
e-mail: [Nastusha210195@mail.com](mailto:Nastusha210195@mail.com)*

Окончательное выделение гражданского права как отрасли права в Испании относится к девятнадцатому веку, когда была проведена первая кодификация норм гражданского права. Гражданский кодекс Испании сосуществует вместе с другими нормативно-правовыми актами, регулирующими различные сферы гражданских правоотношений. Как и в большинстве стран мира, Конституция королевства 1978 года является главенствующим законом государства и сердцем его правовой системы, где содержатся основополагающие принципы гражданского права и процесса. Наряду с законодательством (статутным правом) в стране развито и обычное право, которое применяется для толкования писаных правил поведения.

Процессуальные нормы, в свою очередь, закреплены в пяти различных законах, посвященных каждой разновидности испанского судопроизводства: уголовной, гражданской, административной, трудовой и военной.

Система судов по гражданским делам в Испании состоит из пяти основных и двух дополнительных элементов, стоящих в иерархичном порядке. Рассмотрим подробнее каждый судебный орган.

Самую низшую ступень занимают так называемые магистерские суды (*Juzgados de Paz*), которые можно сравнить с мировыми судьями в Российской Федерации. Они располагаются в небольших городах, где нет судов первой инстанции. В их компетенцию входит рассмотрение гражданских дел, сумма которых не превышает 90 евро, и других мелких правонарушений. Дело рассматривается судьей, не обязательного имеющим юридическое образование, единолично, и его решение имеет статус решения суда первой инстанции. Также магистерскому суду принадлежит делегированная функция ведения Гражданского Реестра

Следом за магистерскими судами идут суды первой инстанции (*Juzgados de Primera Instancia*), расположенные в центре соответствующего, определенного законодательством судебного округа, а также в наиболее крупных и значимых городах. В компетенцию таких судов входит, к примеру, рассмотрение дел по «актам добровольной юрисдикции», апелляций на решения судей-магистратов, а также другие гражданские дела, независимо от суммы иска. Решение выносится единолично квалифицированным судьей. Суды первой

инстанции также ведут Гражданский Реестр, если не делегировали это полномочие более низшему суду.

Следующими по значимости являются гражданские секции Апелляционных судов испанских провинций (Audiencias Provinciales, Sección de lo Civil). Исходя из названия данных органов, можно сделать вывод, что такие суды находятся в столицах провинций, коих в Испании пятьдесят. В компетенцию апелляционных судов входит: 1) рассмотрение апелляций по решениям, вынесенным судами первой инстанции 2) разрешение споров между судами, действующими в соответствующей провинции 3) экзаменация кандидатов, желающих стать судьями-магистратами. Данные суды поделены на секции, которые соответствуют отдельным институтам гражданского права. Заседание ведется коллегией профессиональных судей, состоящей из трех человек.<sup>1</sup>

Более высокую позицию занимает гражданская секция Высокого суда юрисдикции (Tribunales Superiores de Justicia, Sección de lo Civil). Эти судебные органы находятся в столицах семнадцати автономных областей Испании, в кассационном порядке рассматривают жалобы на судебные решения, а также решают вопросы о гражданской ответственности достаточно высоких должностных лиц (например, членов регионального правительства, судей апелляционных судов и так далее). К тому же, одну из функций данных судов составляет разрешение споров различных судебных органов о разграничении компетенции между ними.

Возглавляет судебную систему Испании по гражданским делам первая палата Высшего суда, также имеющая название гражданская (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil/Sala Primera). Данный суд – единственный в своем роде и располагается в столице страны – Мадриде. Главная его функция – рассмотрение судебных решений в порядке кассации, также в порядке апелляции Высший суд рассматривает наиболее непростые и экстраординарные жалобы, предусмотренные, однако, законом. К тому же, он решает вопросы о гражданской ответственности самых важных государственных должностных лиц (Председатели Правительства, Сената и Конгресса, а также судей и председатели высших судов). Вдобавок, Высший суд имеет исключительную компетенцию подтверждать решения международных судов, если иное не установлено международными договорами.<sup>2</sup>

Отдельное место в системе гражданских судов занимает Коммерческий (торговый) суд. Хотя ученые всего мира признают дуализм гражданского и торгового права, выделять отдельную судебную ветвь под торговое судопроизводство не представляется разумным, поэтому данный суд включается в систему гражданских судов Испании. Коммерческие суды

---

<sup>1</sup> Baker&McKenzie “Dispute Resolution Around the World. Spain”, 2013

<sup>2</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo>

находятся в столице каждой из пятидесяти провинций и рассматривают большинство торговых исков, а также решают вопрос о несостоятельности юридических лиц (банкротстве). Заседание проводится единолично профессиональным судьей.

Как уже было сказано ранее, в Конституции Испании содержатся основные принципы гражданского права и процесса, поэтому часть ученых относит деятельность Конституционного суда Испании как вспомогательное средство в системе гражданских судов, ведь только Конституционный суд может толковать нормы Конституции.

Если говорить о конкретных конституционных принципах гражданского процесса, то они следующие: 1) верховенство права 2) защита прав человека и гражданина 3) осуществление правосудия только судами 4) единство судебной системы 5) право на обращение в суд 6) независимость судей 7) равенство и состязательность сторон 8) ответственность судьи за вынесенное решение и многие другие.<sup>3</sup>

На основе перечисленных принципов строится вся система норм гражданского процесса королевства Испании. К его источникам относят: статутное право (законодательство), обычаи, общие принципы права и судебный прецедент.

Следующим по значимости после Конституции является Гражданский процессуальный кодекс Испании №1/2000 от 1 января 2000 года, вступивший в силу с января 2001 года (*Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*). Кодекс состоит из четырех книг, которые в свою очередь поделены на главы, разделы и статьи.

Первая книга (ст. 5 - 247) содержит общие положения о гражданском процессуальном праве, а именно: юрисдикцию и компетенцию судов, досудебное производство, возможные правовые действия и процедуры и так далее. Вторая книга (ст. 248 – 516) посвящена общим процедурам, т.е. ординарным и устным разбирательствам, средствам доказывания, порядку апелляции и кассации. Третья книга (ст. 517 - 747) устанавливает единую систему исполнения не только судебных документов (решений), но также и для внесудебных документов (нотариальных актов, векселей и т.д.). В то же время она устанавливает эффективную систему мер предупреждений. Четвертая книга (ст. 748 – 828) содержит специальные меры предупреждений.<sup>4</sup>

Ординарное судебное заседание проводится по искам, сумма которых больше 6 000 евро, а также по искам, касающимся договора аренды, интеллектуальной собственности, конкуренции, принципа гласности и прав человека.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Конституция Испании от 29 декабря 1978 года (пер. Пере Романа, 1995)

<sup>4</sup> CORDÓN MORENO F., ARMENTA DEU T., MUERZA ESPARZA J.J., TAPIA FERNÁNDEZ I. *Comentarios a la LEC*, Памплона, 2001.

<sup>5</sup> DAMIÁN MORENO J., *Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, том II, Мадрид, 2000

Устное разбирательство проводится по делам, исковая сумма которых меньше 6 000 евро, а также по отдельным искам, по которым не может проводиться ординарное судебное разбирательство. В устном судопроизводстве решение суда оглашается в устной форме без письменного подтверждения.

Статья 1 ГПК Испании провозглашает принцип верховенства закона, то есть в данном контексте суд и стороны должны руководствоваться нормами Кодекса в процессе гражданского судопроизводства.

Другой значимой частью статутного права является Основной закон о судоустройстве (*Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)*), который устанавливает основные принципы и положения относительно деятельности судов.

В заключение хотелось бы отметить, что тема гражданского процесса, арбитража и медиации Испании не так всесторонне освещена в отечественной доктрине, что дает возможности развивать данную тему молодым специалистам.

*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 15.12.2015 г. Формат 60×84/16.  
Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура Таймс.  
Усл. печ. л. 25,58. Тираж 100 экз. Заказ 1727.

---

Российский университет дружбы народов  
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

---

Типография РУДН  
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. 952-04-41

*Для заметок*

---