

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

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

**Сборник статей
Межвузовской конференции**

Москва, 23 января 2015 г.

Москва
Российский университет дружбы народов
2015

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

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

**С75 Сравнительно-правовые аспекты правоотношений
гражданского оборота в современном мире : сборник
статей Межвузовской конференции. Москва, 23 января
2015 г. – Москва : РУДН, 2015. – 232 с.**

Материалы публикуются в авторской редакции.

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

ISBN 978-5-209-06266-0

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

Оглавление

Бадаева Н.В. О некоторых особых институтах индусского права в сфере регулирования отношений собственности	5
Бахаева А. В. Частноправовое применение антимонопольного законодательства КНР	8
Беликова К.М. К вопросу о понятии «юридическое лицо» (на примере некоторых стран АТР).....	16
Белоусова Е.В. Особенности рассмотрения доменных споров в странах АТЭС	27
Бронников А.М. Виды торгов при реализации имущества должников (банкротов)	32
Галушкин А.А. К вопросу о глобальной информационно-телекоммуникационной сети интернет и нормативном правовом регулировании деятельности пользователей сети.....	37
Гитлина К.А. Проблемы наследования при суррогатном материнстве	42
Горбик К.Е. Отдельные теоретические и практические аспекты участия третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования, в гражданском процессе.....	45
Губочкин А.Б. Правовое регулирование брачно-семейных отношений согласно Общему Гражданскому кодексу Аргентины 2014 г.	53
Дрючкова К. Ю. Понятие и основные положения о наследовании в Аргентине.....	60
Ермакова Е.П. Источники гражданского процессуального права Филиппин	64
Ивановская Н.В. Медиация в Японии.....	74
Коршунов И.С. Злоупотребление правом в рамках банкротства физических лиц в США.....	78
Протопопова О.В. Семейное право Китая	86
Русакова Е.П. Альтернативные способы разрешения споров в Арбитражном центре интеллектуальной собственности Японии	97
Ситкарева Е.В., Русакова Е.П. Медиация в Арбитражном центре интеллектуальной собственности Японии.....	101
Смольников Д.И. Косвенные доказательства: взгляд компаративиста	104
Черепанов В.А. Преюдициально установленные факты в гражданском процессе Гонконга, Сингапура и Малайзии	112

Чумаченко И.Н. Понятие и существенные условия кредитного договора в праве Индии	120
Шакиров С.Ш. Международный коммерческий арбитраж в Египте.....	129

Молодые голоса

Архангельская А.А. Австрийский арбитражный закон.....	140
Ахмадова М.А. Гражданско-правовая природа инвестиционного договора..	144
Балич Д.М. Арбитражное соглашение. Форма и оценка действительности.....	151
Даутов Э. Источники правового регулирования международного коммерческого арбитража в Германии.....	159
Джонов С.Е. Судебные решения как источник гражданского права РФ.....	165
Диас Мартинс Рафаэл Правовое регулирование интеллектуальной собственности: миф оригинального автора.....	167
Илларионова Н.О. Некоторые особенности патентного права в ЮАР в свете развития межгосударственных отношений.....	174
Крамаренко В.О., Пагиева Ф.О. Судебная система Норвегии.....	182
Лашина М.В. Правовой статус смешанных предприятий в Боливарской Республике Венесуэла.....	188
Майстрович Е.В. Идея унификации гражданского судопроизводства на территории Европейского Союза до 2000 года.....	195
Ординян В. Авторское право в Бразилии.....	200
Салгереева И.С. Порядок одобрения крупной сделки и сделки с заинтересованностью в Великобритании.....	205
Старцев Д.Д. Доктрина Enlightened Shareholder Value по английскому закону о компаниях 2006 года.....	213
Сулейманов Р.А. Чрезвычайный пересмотр судебных актов в гражданском процессуальном праве США.....	219
Цяо Янь Охрана труда женщин в трудовом законодательстве Китая.....	222
Чуманова А.Н. Косвенные иски и оговорка о публичном порядке	225

О некоторых особых институтах индусского права в сфере регулирования отношений собственности¹

Н.В. Бадаева

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

В статье рассматриваются специфические институты индусского права, которые сохранили свое значение и применение в современный период и продолжают регулировать отношения в сфере собственности в Индии.

Ключевые слова: индусское право, собственность, право собственности, Индия, страны общего права.

Правовая система современной Индии основана на нормах, сформировавшихся в период английской колонизации, а также религиозных системах мусульманского и индусского права². Классическое индусское право претерпело значительные изменения в период английской экспансии, однако ряд традиционных правовых институтов продолжает регулировать отношения между лицами, которые принимают религиозные и философские взгляды, именуемые индуизмом³. Среди таких институтов и отношения собственности, где регулирование осуществляется, в том числе, согласно нормам индусского права.

Рассмотрение специфических институтов индусского права, которые сохраняют свое действие и регламентируют вещно-правовые отношения между лицами, воспринявшими принципы индуизма и строящими согласно им свою жизнь, заслуживает отдельного внимания. Одним из таких институтов является *собственность большой нераздельной индусской семьи*. Эта семья состоит из лиц мужского пола, ведущих происхождение от общего предка, их жен и

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

² См.: Варламова Н.В. Предмет, цели и принципы сравнительно-правовых исследований // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия Юридические науки. – 2014 - № 1. - С. 120-128.

³ См.: Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии - М.: Наука, 1979. - С. 77; Хачатуров Р.Л. О правовой системе Индии // Актуальные проблемы юридической науки. Сборник научных трудов. - Тольятти: Изд-во ТГУ, 2008, Вып. 5. - С. 211; Гражданское и семейное право развивающихся стран: Учеб. пособие / под ред. В.К. Пучинского, В.В. Безбаха. – М.: Изд-во УДН, 1989. - С. 22-27.

незамужних дочерей. Замужние дочери считаются членами семей, к которым принадлежат их мужья. Сособственниками общесемейного совместного имущества являются общий предок (мужчина) и его дети, внуки и правнуки по мужской линии. Никакой другой член семьи в число сособственников не входит. Ими могут быть только лица мужского пола в пределах четырех степеней прямого родства по мужской нисходящей линии. Женщины, являющиеся членами единой индусской семьи, не вправе претендовать на положение сособственников общесемейного совместного имущества. По мере смены поколений меняется и состав сособственников, но единство сособственности, пусть и в видоизмененном состоянии остается. В этом заключено одно из основных назначений института права общесемейной совместной собственности.⁴

В течение всего периода существования совместной собственности ни один из сособственников не имеет прав собственности на какую-либо долю в общем праве собственности на имущество. Полномочиями по управлению таким имуществом наделялся в индусской семье старший по возрасту среди сособственников. Сособственникам в праве общесемейной совместной собственности принадлежит право на выдел, под которым понимают определение доли сособственника. Одновременно все сособственники вправе потребовать выдела доли. В таком случае осуществляется раздел общесемейной совместной собственности, который трансформирует это право в общую долевую собственность.

Другим специфическим институтом индусского права является *институт неделимой семейной собственности – «раджья»*. Д. Мулла так определяет «неделимую собственность»: «Собственность – хотя и делимая по существу, но по обычаю или по специальному распоряжению правительства являющаяся неделимой в том смысле, что она передается одному члену семьи и исключает других членов».⁵ Институт неделимой собственности часто

⁴ Мозолин В.П. Цит. соч. С. 81.

⁵ См. Крашенинникова Н.А. Индусское право: История и современность: Монография. - М.: Изд-во Московского университета, 1982. - С. 95.

«конкурировал» с институтом собственности большой нераздельной индусской семьи. Различия между этими институтами заключались главным образом в том, что неделимая семейная собственность не являлась сонаследственной. Члены большой семьи – сонаследники, не могли ни пользоваться ею, ни требовать ее раздела.⁶

Близким к институту доверительной собственности, существующему в странах общего права, можно считать *институт «бинами»*, известный индусскому праву. Как и в доверительной собственности в основе бинами лежат не только вещные, но и определенные фидуциарные отношения, при которых одно лицо, как правило, или находящееся в определенной зависимости от учредителя бинами, или в родственных отношениях с ним, принимает на себя имущественные права в интересах другого. При этом положение лица, учредителя бинами, схоже с положением учредителя доверительной собственности (траста), а положение лица, принявшего собственность, бинаמידара, схоже с положением доверительного собственника. При учреждении собственности бинами учредитель выступает бенифициарием, т.к. управление ею осуществляется в его интересах.⁷

Действие норм индусского права в сфере вещных отношений в современный период значительно уменьшилось, однако продолжают применяться некоторые специфические институты, которые даже с принятием законодательства не утратили своего значения. К таким институтам можно отнести собственность большой нераздельной индусской семьи, неделимую собственность, «бинами» и другие. Таким образом, можно заключить, что, пройдя длительный путь исторического развития, индусское право сохранило свое регулирующее значение (хотя и в ограниченных пределах) вплоть до настоящего времени и выступает ныне одним из важнейших компонентов правовой системы индийского общества.⁸

⁶ Там же. С. 96.

⁷ Там же. С. 93.

⁸ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности: Учебник / Под ред. В.А.Туманова. - М.: Юристъ, 2005. - С. 317.

Частноправовое применение антимонопольного законодательства КНР

А.В. Бахаева

Аспирантка кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: a.v.bakhaeva@gmail.com

В статье рассматривается развитие частноправовых исков по антимонопольному законодательству Китайской Народной Республики. Рассматривается действующее законодательство, а также правоприменительная практика.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство КНР, частноправовое применение, частноправовые иски, убытки

Антимонопольное законодательство КНР в последние годы активно развивается.⁹ Так 01.08.2008 в Китае вступил в силу Антимонопольный закон (далее - Китайский антимонопольный закон, Закон)¹⁰, целью которого является предотвращение и ограничение монополистической деятельности, защита добросовестной конкуренции на рынке, повышение экономической эффективности, охрана интересов потребителей, а также публичных интересов, и содействие здоровому развитию социалистической рыночной экономики.¹¹ Помимо публично-правового применения антимонопольного законодательства Китайский антимонопольный закон предусматривает также возможность его частноправового применения. Так, в ст. 50 Закона указано, что хозяйствующие субъекты, осуществляющие монополистическую деятельность и причиняющие убытки другим лицам, несут гражданско-правовую ответственность.

⁹ См. *Артемьева Ю.А.* Правовое регулирование антимонопольной деятельности в Китайской народной республике. // *Юридическая наука.* 2014. № 2. С. 148-151; *Артемьева Ю.А.* Антимонопольное законодательство Китайской народной республики. // *Экономика, социология, право.* 2014. №1. С. 145-149; *Еременко В.И.* Антимонопольное законодательство Китайской народной республики. // *Конкурентное право.* 2012. № 1. С. 23-29; *Еременко В.И.* Об антимонопольном законе Китайской народной республики. // *Биржа интеллектуальной собственности.* 2011. Т. 10. № 12. С. 1-9.

¹⁰ 中华人民共和国反垄断法 URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182376 (Английский текст Китайского антимонопольного закона. URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn099en.pdf>).

¹¹ Ст. 1 Китайского антимонопольного закона.

Регламентация гражданско-правовой ответственности в Китайском антимонопольном законе всколыхнула волну частных антимонопольных исков: с 1 августа 2008 (даты вступления Закона в силу) до конца 2011 года в суды было подано более 100 таких исков.¹² Однако практика их разрешения была достаточно неоднородной, что вынудило Верховный народный суд КНР (далее - ВНС КНР) задуматься о необходимости разъяснения применения Китайского антимонопольного закона в частноправовом порядке.¹³

В январе 2012 года на 1539-ом Съезде Судебного комитета ВНС КНР было принято Постановление «О некоторых вопросах, касающихся применения законодательства при рассмотрении гражданско-правовых споров, возникающих из монополистической деятельности», вступившее в силу 01.06.2012¹⁴ (далее – Постановление ВНС КНР по антимонопольным спорам, Постановление). Еще раньше, в апреле 2011 года, суд опубликовал проект данного Постановления для публичного обсуждения.¹⁵ Постановление ВНС КНР по антимонопольным спорам разрешает ряд важных правовых вопросов, в том числе касающихся подсудности антимонопольных исков, сторон гражданского процесса по антимонопольным делам и доказывания в таком процессе.

Подсудность антимонопольных исков

В соответствии со ст. 3 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам судами первой инстанции для рассмотрения частных антимонопольных исков являются народные суды средней степени, которые обычно являются апелляционной инстанцией, однако рассматривают по первой инстанции более

¹² The Chinese Anti-Monopoly Law: New Developments and Empirical Evidence (New Horizons in Competition Law and Economics series). / Ed. by Faure M., Zhang X. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. 2013. P. 26

¹³ *Ibid.* P. 16, 25 et seq.

¹⁴ 《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》已于2012年1月30日由最高人民法院审判委员会第1539次会议通过，现予公布，自2012年6月1日起施行。URL:

<http://www.chinacourt.org/law/detail/2012/05/id/145752.shtml> (Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of Law in Hearing Civil Cases Causes by Monopolistic Conducts (translation by T&D Associated),

URL: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Free/SPCAMLJudicial-Interpretationeng.pdf>).

¹⁵ Ning S., Ranran Y. Supreme People's Court Issues Draft Rules Governing Private Actions under the Anti-Monopoly Law. URL: <http://www.chinalawinsight.com/2011/04/articles/corporate/antitrust-competition/supreme-peoples-court-issues-draft-rules-governing-private-actions-under-the-antimonopoly-law/>

сложные дела, а также дела о возмещении крупных сумм. Одновременно, с согласия ВНС КНР народные суды низшей степени также могут принимать к рассмотрению антимонопольные иски. Это положение предусмотрено для обеспечения возможности потребителям в небольших городах подавать антимонопольные иски.¹⁶ Тем не менее, практика идет по тому пути, что принятые народными судами низшей степени антимонопольные иски все равно передаются для рассмотрения в народные суды средней степени.¹⁷

Поскольку антимонопольные иски включают в себя как иски, вытекающие из деликта, так и иски, вытекающие из договорных отношений, территориальная подсудность каждого конкретного иска определяется в зависимости от его вида в соответствии с процессуальными нормами.¹⁸ Так, процессуальные нормы, регулирующие подачу иска, вытекающего из договорных отношений, регулируется положениями ст. 24 Гражданско-процессуального закона КНР¹⁹, в соответствии с которой такой иск подается в суд по месту жительства ответчика или по месту исполнения договора. Правила подачи исков, вытекающих из деликтов, регламентированы в ст. 29 Гражданско-процессуального закона КНР, которая устанавливает, что иски из деликтов подаются в суд по месту совершения деликта или по месту жительства ответчика.

Истцы и ответчики по антимонопольным искам

Согласно ст. 1 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам заявителями иска могут быть физические или юридические лица, а также другие организации, которые потерпели убытки в результате монополистической деятельности или имеют споры в связи с тем, что

¹⁶ Комментарий к Постановлению ВНС КНР по антимонопольным спорам (Commentary on the Anti-Monopoly Judicial Interpretation). URL: <http://www.kingandwood.com/article.aspx?id=china-bulletin-2012-07-02&language=en>

¹⁷ См., напр., дело *Li Fangping v. China Netcom Beijing Branch* (антимонопольный иск в связи со злоупотреблением доминирующего положения был изначально принят в сентябре 2008 г. Районным судом округа Чаоян, Пекин, но в октябре 2008 г. был передан в Пекинский народный суд средней степени №2); дело *Zhouze v. China Mobile Group Beijing Co., Ltd.* (антимонопольный иск в связи со злоупотреблением доминирующего положения был изначально принят в марте 2009 г. Районным судом округа Дунчэн, Пекин, но в июне 2009 г. был передан в Пекинский народный суд средней степени №2).

¹⁸ Ст. 4 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам.

¹⁹ 中华人民共和国民事诉讼法. URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=296344 (The Chinese Civil Procedure Law. URL: <http://www.china.org.cn/english/government/207339.htm/>)

содержание договора [...] и т.д. предположительно нарушает антимонопольное законодательство. Данное положение очерчивает достаточно широкий круг потенциальных истцов. Одновременно ст. 108 Гражданско-процессуального закона КНР устанавливает, что право на подачу иска имеет лишь прямо заинтересованное лицо. Соответственно, наличие прямого интереса в иске имеет первостепенно значение для определения права на иск. Согласно сложившейся практике прямой интерес в подаче антимонопольного иска существует тогда, когда монополистическая деятельность является непосредственной причиной убытков.²⁰ Также ст. 108 Гражданско-процессуального закона КНР устанавливает на подачу исков в защиту публичных интересов, таким образом, право на иск имеет лишь лицо, имеющее прямой частный интерес.

Заинтересованных лиц можно разделить на прямых и косвенных пострадавших. Прямые пострадавшие - это лица, понесшие убытки непосредственно от действий лица, осуществляющего монополистическую деятельность, т.е. непосредственные конкуренты и контрагенты. Косвенными пострадавшими являются лица, пострадавшие в результате передачи убытков вниз по дистрибутивной цепи, т.е. участники нижестоящих товарных рынков и, в конце концов, потребители. Здесь необходимо отметить, что под потребителями, имеющими право на антимонопольный иск, понимаются фактические потребители, а не потенциальные.²¹

Согласно ст. 6 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам устанавливает, что несколько исков против одной и той же монополистической деятельности, поданные двумя и более истцами, могут быть объединены судом в одно производство. Интересно отметить, что в проекте данная норма закрепляла возможность подачи коллективных исков²², однако в окончательно

²⁰ Комментарий к Постановлению ВНС КНР по антимонопольным спорам (Commentary on the Anti-Monopoly Judicial Interpretation).

²¹ *Ibid.*

²² Возможность подачи коллективных (групповых) исков установлена в антимонопольном законодательстве США и некоторых других стран. См. подробнее *Бахаева А.В.* Частноправовое применение антимонопольных норм в законодательстве зарубежных стран // Сборник статей Всероссийской конференции «Сравнительное

версии Постановления от них отказались, видимо из-за неготовности судебной системы и процессуального законодательства к рассмотрению таких исков.

Ответчиками по антимонопольному иску в соответствии со ст. 50 Китайского антимонопольного закона являются хозяйствующие субъекты, осуществляющие монополистическую деятельность и причиняющие убытки другим лицам. Согласно ст. 108 Гражданско-процессуального закона КНР ответчик должен быть определен, т.е. не допускается подача иска против неопределенного лица или круга лиц.

Доказывание по антимонопольным искам

Основной проблемой частных антимонопольных исков является доказывание, которое чаще всего полностью возлагается на истца. Для упрощения доказывания в антимонопольных делах ВНС КНР в своем Постановлении переложил бремя доказывания частично на ответчика.

Так в делах о монопольных соглашениях истец обязан доказать наличие самого соглашения и последствий для конкуренции, за исключением последствий горизонтальных соглашений, прямо предусмотренных законом. Таким образом, антиконкурентные последствия горизонтальных соглашений, указанных в ст. 13 Китайского антимонопольного закона презюмируются, если ответчик не докажет обратного.²³ Ответчик также вправе доказывать, что его действия могут считаться допустимыми в соответствии со ст. 15 и ст. 56 Китайского антимонопольного закона²⁴.

право и проблемы частного правового регулирования в России и зарубежных странах», РУДН, 24.01.2014. - М.: РУДН С. 21-28; *Инишкова А.О., Козлова М.Ю.* О необходимости стандартизации категориального аппарата конкурентного права РФ и ЕС // Вестник Российского университета дружбы народов. - М.: РУДН. 2012. № 2. С. 76-85.

²³ Ст. 7 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам.

²⁴ Ст. 15 Китайского антимонопольного закона признает допустимыми монополистические соглашения, если такие соглашения ведут к (i) улучшению технологий, исследований и развитию новой продукции; (ii) улучшению качества продукции, снижению ее себестоимости, повышению эффективности, универсализации характеристик продукции или ее стандартов или осуществлению профессионального разделения труда; (iii) увеличению эксплуатационной мощности и укреплению конкурентоспособности малых и средних хозяйствующих субъектов; (iv) соблюдению публичных интересов, в том числе сбережению энергии, защите окружающей среды, оказанию помощи жертвам катастроф; (v) сдерживанию экономической депрессии, смягчению последствий серьезного падения объема продаж или избыточного производства; (vi) защите законных интересов в сфере внешнеэкономического сотрудничества и внешней торговли; а также (vii) при наличии других обстоятельств, предусмотренных законодательством и Государственным советом.

Что касается исков из злоупотребления доминирующим положением, истец обязан доказать доминирующее положение ответчика на соответствующем товарном рынке и факт злоупотребления.²⁵ Не подлежит доказыванию доминирующее положение публичного предприятия или других участников рынка, чье монополистическое положение презюмируется или следует из информации, опубликованной самим ответчиком, если ответчик не докажет обратного, а также иная информация опубликованная ответчиком²⁶. При этом ответчику предоставляется право доказывать допустимость его действий.²⁷

Также в соответствии с действующим законодательством по всем искам о возмещении убытков истец обязан доказать факт причинения убытков, природу и размер убытков, а также причинную связь между антимонопольным правонарушением и возникновением убытков.²⁸

Для доказывания экономических аспектов по делу стороны вправе привлекать экспертов-экономистов, т.е. лиц, обладающих специальными знаниями для разъяснения соответствующих специальных областей в суде. Стороны также вправе привлекать экспертов и экспертные организации для проведения анализа соответствующего товарного рынка и составления экономического отчета.²⁹

Ст. 56 Китайского антимонопольного закона устанавливает, что положения Антимонопольного закона не применяются в отношении союзов или согласованных действий сельскохозяйственных производителей и сельских экономических организаций в сфере производства, переработки, продажи, транспортировки и хранения сельскохозяйственной продукции. (Еремченко В.И. Об антимонопольном законе Китайской народной республики. // Биржа интеллектуальной собственности. 2011. Т. 10. № 12. С. 1-9).

²⁵ Ст. 8 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам.

²⁶ Ст.ст. 9, 10 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам; ст. 19 Китайского антимонопольного закона.

²⁷ Ст. 8 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам.

²⁸ Комментарий к Постановлению ВНС КНР по антимонопольным спорам (Commentary on the Anti-Monopoly Judicial Interpretation).

²⁹ Ст. 12 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам; ст. 61 Постановления ВНС КНР «О некоторых вопросах, касающихся доказывания в гражданском процессе» (最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定 URL: http://www.law-lib.com/flsz/sz_view.asp?no=1100 (Several Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Proceedings. URL: http://blog.sina.com.cn/s/blog_540752bd0100u16v.html)).

Гражданско-правовая ответственность за монополистическую деятельность

Формулировка ст. 50 Китайского антимонопольного закона предусматривает возможность применения к нарушителям антимонопольного законодательства гражданско-правовой ответственности. Таким образом, закон подразумевает не только возможность взыскания убытков с виновной стороны, но применение любых, предусмотренных законом видов гражданско-правовой ответственности, вытекающей из общих принципов гражданского законодательства, деликтных и договорных правоотношений.

Так, ст. 134 Общих положений гражданского права КНР³⁰ предусматривает следующие виды гражданско-правовой ответственности: 1) прекращение нарушения; 2) устранение препятствий; 3) устранение угрозы наступления негативных последствий; 4) возвращение имущества; 5) восстановление изначального положения; 6) ремонт, восстановление или замена; 7) возмещение убытков; 8) выплата неисполненного; 9) устранение последствий, восстановление репутации; 10) извинения. Статья 14 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам предоставляет суду право по требованию истца и на основании представленных доказательств присудить истцу возмещение убытков и приказать ответчику прекратить нарушение закона.

Соотношение публично-правового и частноправового применения

Принятый в 2008 году Китайский антимонопольный закон создал фактически две параллельные системы применения антимонопольного законодательства: публично-правовую и частноправовую. В КНР, также как и в других развитых юрисдикциях, частноправовое применение не привязано к публичному, то есть лицо вправе напрямую обращаться в суд, минуя антимонопольные органы. Ст. 2 Постановления ВНС КНР по антимонопольным спорам устанавливает возможность подачи как

³⁰ 中华人民共和国民法通则 URL: http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/06/content_4470.htm (General Principles of Civil Law. URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383941.htm).

самостоятельных, так и последующих исков, т.е. исков, поданных впоследствии вынесения антимонопольным органом решения о нарушении антимонопольного законодательства. Одновременная указанная статья не регламентирует порядок действий в том случае, когда частноправовой иск подается одновременно с публично-правовым разбирательством.

Кроме того, Постановление ВНС КНР по антимонопольным спорам не содержит указаний в отношении возможности использования решения антимонопольного органа по антимонопольному делу в качестве доказательства при подаче последующего иска. Вопрос о том, вправе ли истец ссылаться на решение антимонопольного органа и соответственно не доказывать установленные в нем факты остается открытым. Судебная практика по данному вопросу в настоящий момент формируется.³¹

По мере развития китайского антимонопольного законодательства в суды Китая стало поступать все больше и больше частных антимонопольных исков, и, по мнению специалистов, их количество будет в дальнейшем только расти.³² Значительную роль в этом процессе сыграло принятие Верховным народным судом КНР Постановления по антимонопольным спорам. Одновременно, большинство антимонопольных исков, рассмотренных судами, получают отказные решения, в первую очередь, из-за того, что истцы не справляются с доказыванием. Это связано, как видится, с тем, что многие вопросы относительно доказывания не разрешены, в частности вопрос о роли решения антимонопольных органов. Также не определены методики расчета убытков для антимонопольных исков, что значительно усложняет доказывания размера убытков в антимонопольных делах.

³¹ *Ning S., Jia L. and Yin H.* Supreme court of China issues judicial interpretation governing private antitrust litigations. URL: <http://www.chinalawinsight.com/2012/06/articles/corporate/antitrust-competition/supreme-court-of-china-issues-judicial-interpretation-governing-private-antitrust-litigations/>

³² *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law / Ed. by Foer A.A. and Cuneo J.W.* Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. 2012. P. 506.

**К вопросу о понятии «юридическое лицо»
(на примере некоторых стран АТР)³³**

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*

В статье на примере некоторых стран АТР Латиноамериканского региона (Мексика, Перу, Чили, Колумбия, Эквадор) рассматриваются подходы к определению понятия «юридическое лицо», в т.ч. автор касается проблематики юридических лиц публичного права.

Ключевые слова. АТР, Латинская Америка, Колумбия, Перу, Чили, Эквадор, юридическое лицо, юридические лица публичного права, «публичное предприятие» и т.д.

Термин «юридическое лицо» - калька с немецкого - *juristische Person* и испанского – *personas jurídicas*. Если бы мы воспользовались французским аналогом, это лицо было бы «моральным» - *personne morale*. В английском языке употребляются термины *legal person*, *legal personality*, что может означать и непосредственно юридическое лицо, и как «личность, основанную на законных началах» и как «субъект права» или *artificial entity* – «искусственное образование». Понятием «*artificial entity*» или «правовой фикцией» (*legal fiction*) обозначают в странах англосаксонской системы права корпорацию – *corporation*, заменяющую собой понятие «юридическое лицо».³⁴ «Юридическое лицо есть создание закона, уже с начала XIX в. утверждали американские правоведы и судьи, - раз возникнув, оно ведет существование,

³³ 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).

³⁴ См.: Hallis F. *Corporate Personality: A Study in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1930; см. также решения по делам *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad* (118 U.S. 394 (1886)). URL: <http://supreme.justia.com/us/118/394/case.html> (дата обращения: 15.01.2015) и *Noble v. Union River Logging R. Co.* (147 U.S. 165 (1893)). URL: <http://supreme.justia.com/us/147/165/case.html> (дата обращения: 15.01.2015)

независимое от личности участников».³⁵ В Англии в то время большинство юристов придерживались «контрактной» теории фирмы, по которой в качестве субъектов права могли выступать только физические лица.³⁶

Хотя современные правоведы полагают,³⁷ что концепция юридического лица как субъекта, отличного от его участников, в странах континентальной системы права восходит к римскому праву: уже во II-I в. до н.э. в Риме существовали так называемые коллегии (ремесленников и др.), во многом подобные корпорациям будущих веков, - как писал В. Браттон: «На начальной стадии развития корпораций американская практика в этой сфере достигла гораздо более высокого уровня, чем где-либо в Европе того времени».³⁸

В самом общем виде юридическое лицо определяется в зарубежном и российском праве³⁹ как организация или учреждение, которые выступают в качестве самостоятельных участников гражданских правоотношений. Вновь возникший субъект - юридическое лицо участвует в гражданском обороте как субъект права, как обладатель своего имущества, носитель своих имущественных прав и обязанностей, обособленных от прав и обязанностей участников этого юридического лица.⁴⁰

Что касается законодательного определения понятия «юридическое лицо», то до настоящего времени гражданские кодексы предпочитают либо

³⁵ Флейшиц Е.А. Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. - М.: Юридическое издательство министерства юстиции СССР, 1948. - С. 26.

³⁶ В английской терминологии, которая сформировалась в этом плане позже, все юридические лица также объединяются термином «корпорация» - *body corporate*, выделяют так называемые - *corporation sole* - единоличные корпорации и *corporation aggregate* - корпорации - объединения лиц. - См., например, ст. 17 «Корпорация - соединение лиц и корпорация единоличная». // Свод английского гражданского права. / Сост. Э. Дженксом. - М.: Госюриздат, 1941. - 303 с.; Stoll G. What is Corporation Sole? September 4, 1998. URL: http://www.remediesatlaw.com/corporation_sole.htm (дата обращения: 15.01.2015)

³⁷ ., например, Ruiz J.F. Personas jurídicas de derecho público en México. // Boletín Mexicano de Derecho Comparado. URL: www.juridicas.unam.mx/pública/rev/boletin/cont/89/art/art4.htm (дата обращения: 02.08.10)

³⁸ Bratton W. The New Economic Theory of the Firm: Critical Prospectives from History // Stanford Law Review, 1989, № 41, p. 1484-1485.

³⁹ В соответствии со ст. 48 Гражданского кодекса России юридическим лицом признается организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по своим обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде. - См.: Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/5_5.html#p546 (дата обращения: 15.01.2015)

⁴⁰ Флейшиц Е.А. Цит. соч. С. 23, 24; Авиллов Г.Е., Суханов Е.А. Юридические лица в современном российском гражданском праве. // Вестник гражданского права. - 2006. - № 1. Т. 6. - С. 14-25.

вообще не давать определения юридического лица, либо ограничиваются самыми общими и чрезвычайно краткими формулами.

По первому пути пошел в свое время *Французский гражданский кодекс* 1804 г., в тексте которого вплоть до 1978 г. даже не содержалось самого термина «юридическое лицо».⁴¹ Ему следуют и современные гражданско-правовые кодификации: так, ст. 298 *ГК Квебека* ограничивается определенной констатацией, указывая, что «Юридические лица обладают правосубъектностью». *Гражданский кодекс Италии 1942 г.* в главе, содержащей общие положения о юридических лицах, дает лишь их классификацию.

Второй подход к закреплению трактовки понятия «юридическое лицо» отражен в ст. 52 *Швейцарского гражданского уложения 1907 г.*, которая определяет юридические лица как «соединения лиц, имеющих корпоративное устройство, и самостоятельные заведения, основанные для какой-либо особой цели». В *Германском гражданском уложении 1896 г.* говорится о двух разновидностях юридического лица: об обществах (союзах – Vereine) и учреждениях (Stiftungen), - т.е. юридическое лицо рассматривается с точки зрения целевого использования имущества.

Наиболее развернутые дефиниции содержатся в гражданских кодексах стран Латинской Америки. Так, *Федеральный ГК Мексики*⁴² говорит о том, что юридические лица (personas morales) могут осуществлять любые права, необходимые для достижения целей, ради которых они созданы, называя в числе юридических лиц: нацию, штаты и муниципии; иные учреждения публичного характера, признаваемые законом; товарищества гражданского и торгового права; профсоюзы и иные сходные объединения; кооперативные и взаимные общества; объединения, преследующие политические, научные,

⁴¹ Однако Торговый кодекс, изданный вскоре после Кодекса Наполеона, признал торговые товарищества юридическими лицами. – См.: Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве: Понятие, виды, государственные юридические лица; Всесоюзный институт юридических наук Минюста СССР. - М.: Юрид. изд-во Минюста СССР, 1947. - С. 40.

⁴² civil federal. México. // DOF 26-05-1928 (Últimas reformas publicadas DOF 24-12-2013). URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf (дата обращения: 15.01.2015)

художественные, развлекательные и иные законные цели, при условии, что они не являются запрещенными законом; иностранные юридические лица частноправовой природы (ст. 25, 26). Таким образом, признаваемые законодательно юридическими лицами образования не подразделяются на образования публичного и частного права. Аналогична ситуация в Перу (ГК 1984 г.).

Действующий *ГК Чили* 1855 г.⁴³ так определяет в ст. 545 юридическое лицо: «Юридическим лицом является лицо фиктивное, способное осуществлять права и нести гражданские обязанности и быть представляемым в суде и во внесудебном урегулировании споров. Юридические лица бывают двух родов: союзы (*corporaciones*) и общественно полезные учреждения (*fundaciones de beneficencia pública*). Равно существуют юридические лица, участвующие в других юридических лицах тем или иным способом». Союзы и учреждения, которые существуют, но учреждены не на основании закона или одобрения Президента Республики, юридическими лицами не являются (ст. 546 ГК Чили). Это определение текстуально воспроизводится в гражданских кодексах Колумбии 1873 г.⁴⁴ (ст. 633), Эквадора 1970 г.⁴⁵ (ст. 564 и сл.) и др.

В этом контексте в *Эквадоре* Трибунал административно-спорной юрисдикции в одном из своих решений указал: «Законное существование юридического лица возможно только на основании закона или одобрения Президента Республики⁴⁶ согласно положениям ст. 584 Гражданского кодекса».⁴⁷

⁴³ D.F.L. N° 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 30-May-2000 (Última versión de 10-Oct-2014). URL: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> (дата обращения: 15.01.2015)

⁴⁴ Código Civil de Colombia 1873 (Última actualización: 10 de diciembre de 2014). URL: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html (дата обращения: 15.01.2015)

⁴⁵ Código Civil de Ecuador (Libro I). Codificación 10. // Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005 (Última modificación: 03-dic-2012). URL: <http://www.sepm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/03/C%C3%B3digo-Civil-Lib-ro-1.pdf> (дата обращения: 15.01.2015)

⁴⁶ В этом качестве часто выступают министры в порядке делегации им полномочий. – См.: Pérez E. La personalidad jurídica. // El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución. Ed. ESTADE, 1999. URL: <http://www.estade.org/derechopublico/indicepoderejecutivo.htm> (дата обращения: 15.01.2015)

⁴⁷ Ibid

В сходных выражениях определяется юридическая личность в решении от 21 августа 1940 г. Коллегии по общим вопросам Верховного суда Колумбии. «Юридические лица существуют только в праве и по праву: в отсутствие признания согласно действующим правовым предписаниям мы имеем дело не более чем с коллективом индивидов...Признание юридической личности возможно либо на основании закона (*por la Ley*), либо в порядке административной процедуры (*por actuación administrativa*).⁴⁸ Это представление основывается на положениях Конституции, согласно которым «любое лицо имеет право быть признанным в качестве юридической личности» (ст. 14). В одном из следующих решений Кассационная коллегия по гражданским делам Верховного суда Колумбии указала, что «в силу простого факта их существования Гражданский кодекс сначала признал корпорации (объединения – *corporaciones*) и благотворительные фонды (*fundaciones de beneficencia*)...Много позже, на основании закона, юридическими лицами были признаны нация, департаменты, муниципии...Эти юридические лица признаются таковыми с момента их создания».⁴⁹ В 1955 г. в решении от 7 ноября Коллегия по общим вопросам Верховного суда Колумбии указала, что юридические лица создаются на основании предписаний закона (*por creación legal*) и в административном порядке (*por reconocimiento administrativo*).⁵⁰

«Юридическая или моральная личность (*personalidad jurídica o moral*), - говорит латиноамериканский правовед Х.О. Сантофимео, - есть не более чем следствие наделения правопорядком правами и обязанностями субъектов, отличающихся от людей. Это обстоятельство позволяет нам утверждать, - продолжает он, - что в строгом смысле слова юридические лица (*personas jurídicas*) есть продукт права, и существуют они только на основании правовых

⁴⁸ См.: Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia de agosto 21 de 1940. // Gaceta judicial, vol. L, p. 197. Цит. по: Santofimio G., Jaime Orlando. Personalidad jurídica del Estado y la función administrativa. // Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez, 2a. ed. 1994. URL: <http://ru.scribd.com/doc/72847015/ACTO-ADMINISTRATIVO-PROCEDIMIENTO-EFICACIA-Y-VALIDEZ-JAIME-ORLANDO-SANTOFIMIO#scribd> (дата обращения: 15.01.2015)

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia de agosto 28 de 1948. // Gaceta judicial, vol. LXVL, p. 731. Ibid.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia de noviembre 7 de 1955. // Gaceta judicial, vol. LXXXI, p. 922. Ibid.

предписаний: без признания их таковыми коллективные образования никогда не могут приобретать качества юридической личности. Они не являются физически, телесно существующими образованиями (*entes con existencia material, corpórea*), - они – абстрактный продукт права, который позволяет юридически оформленным сообществам достигать целей, которые интересуют их участников.⁵¹

Мексиканский правовед Э.Г. Майнес, разводя понятия «моральное лицо» и «юридическое лицо», полагает, что «моральные лица» (*personas morales*) обладают субъективными правами и обязанностями, хотя и не способны самостоятельно ни осуществлять первые, ни выполнять вторые. Коллективное юридическое лицо (*persona jurídica*) действует посредством своих органов. Действия физических лиц, образующих органы юридического лица, - это действия самого юридического лица, а не входящих в состав его органов физических лиц.⁵²

Иными словами, характеристика юридической личности сводится к возможности быть субъектом прав, обладать правосубъектностью *per se* (*tener capacidad*), и, как следствие, - владеть имуществом (*tener patrimonio*) и иметь возможность быть представляемым (быть истцом и ответчиком в суде – *ser representado*).⁵³ Так, ГК Мексики гласит: «юридические лица действуют, приобретая права и неся обязанности, посредством своих органов, которые представляют их на основании закона или положений акта об учреждении или устава» (ст. 27).

Эти представления сходны с двумя из концепций сущности юридического лица, созданных представителями цивилистической науки в советский период. Это *теория правового средства*, разработанная Б.И. Пугинским в 1980-е годы, и *теория «организации»* О.А. Красавчикова, представленная им в начале 1970-х годов.

⁵¹ Santofimio J.O. Acto administrativo. México, UNAM, 1988. P. 14.

⁵² Maynez E.G. Introducción al estudio del derecho. 34a ed. México, Porrúa, 1982. P. 279, 280

⁵³ Tobar Donoso, Julio. Elementos de Ciencia Política. La Prensa Católica. Quito, 1958. Цит. по: Pérez E. Op. cit.; Santofimio G., Jaime Orlando. Op. cit.

Первый отстаивал *функциональный* подход к сущности юридического лица, согласно которому «юридическое лицо является *правовым средством*, регулирующим допуск организаций к участию в гражданско-правовых отношениях», а «институт юридического лица — это правовая категория, применяемая государством для установления юридического статуса организации как участника имущественных отношений».⁵⁴ Второй говорил, что «юридическое лицо есть правовая форма выражения определенных общественных отношений людей, объединенных единой целью».⁵⁵

Применительно к вопросу классификаций юридических (моральных) лиц латиноамериканские правоведы полагают, что безусловную практическую ценность имеет деление юридических лиц на лица публичного и частного права. Так, латиноамериканский правовед Б.В. Басавильбасо отмечает, что деятельность юридических лиц публичного права регулируется нормами публичного права, главным образом, - административного права, с точки зрения их формы, содержания их деятельности и возможностей осуществления юрисдикционного контроля. Другим практически значимым следствием признания юридического лица лицом публичного права является возможность осуществления дисциплинарной власти относительно чиновников и служащих такого лица.⁵⁶

На законодательном уровне это представление поддерживается закреплением специальных предписаний. Так, в Конституции Мексики юридическим лицом публичного права признается государство (ст. 39-41). В этом контексте некоторые правоведы полагают, что оно наделяется двойной правосубъектностью (*dupla personalidad*), различной в публично- и частноправовых отношениях: собственно публично-правовую и в качестве

⁵⁴ См., например, Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. - М.: Юридическая литература, 1984. - 224 с.

⁵⁵ См., например, Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения. // Советское государство и право. - 1966. - № 10. - С. 50-57; Советское гражданское право: Учеб.: В 2 т. / Отв. ред. О.А. Красавчиков. - М., 1985. - С. 14-16.

⁵⁶ См.: Basavilbaso V.B. Derecho administrativo. Buenos Aires. Tipografica Editora Argentina. 1950. T. 2. P. 109.

казны в имущественных отношениях.⁵⁷ Гражданские кодификации и специальные законы латиноамериканских стран содержат на этот счет такие предписания. Согласно ГК Эквадора, например, юридические лица бывают двух разновидностей: объединения лиц (корпорации - *corporaciones*) и унитарные юридические лица – фонды, имеющие целью приносить пользу всему обществу (*fundaciones de beneficencia pública* – ст. 564 ГК Эквадора). При этом положения Раздела XXX Книги I ГК Эквадора «О юридических лицах» не распространяется на объединения лиц и унитарные организации (фонды) публичного права, такие как нация (*la Nación*), казна (*el Fisco*), муниципалитеты (*las Municipalidades*) и учреждения, созданные за счет средств казны (*los establecimientos que se costean con fondos del erario*). Последние, например, аналогичны публичным учреждениям (*etablissement publique*) во Франции. В отношении всех названных в статье юридических лиц действуют специальные законы и иные нормативные акты (ст. 566 ГК Эквадора). Так, в отношении *establecimiento costado por el Fisco* действует эквадорский Закон о модернизации (*Ley de Modernización del Ecuador*), который вслед за конституцией (п. 5 ст. 118) наделяет его следующими чертами: осуществление государственно-властных полномочий; предоставление услуг населению и осуществление от имени государства экономической деятельности.⁵⁸

Предприятием, обладающим аналогичным статусом, в Перу выступает “*empresa pública*”. Так, согласно положениям Органического закона о национальном предприятии по производству и продаже коки (*Ley Orgánica de la Empresa Nacional de la Coca*) от 5 декабря 1978 г.⁵⁹ *La Empresa Nacional de la Coca* (ENACO) – это публичное предприятие аграрного сектора (*Empresa Pública del Sector Agrario*), учреждаемое как юридическое лицо внутреннего публичного права, наделяемое административной, финансовой и технической автономией, подчиняющееся настоящему закону, своему уставу, нормативным

⁵⁷ См., например, Santofimio G., Jaime Orlando. Op. cit.

⁵⁸ Pérez E. Op. cit.

⁵⁹ Ley Orgánica de la Empresa Nacional de la Coca (Decreto Ley N° 22370). 05 de diciembre de 1978. URL: <http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/22370-dec-5-1978.pdf> (дата обращения: 15.01.2015)

положениям, регламентирующим деятельность публичных предприятий, и, субсидиарно, - нормам закона о торговых товариществах и иным нормам (ст. 1, 2). Срок существования ENACO неопределим. Предприятие признается монополистом по продаже и переработке листьев коки внутри и за пределами страны (ст. 5, 6). Уставный капитал предприятия полностью оплачен государством. Руководство делами предприятия осуществляют Директора и Генеральный управляющий. В Директорат входят: его председатель – его назначает министр сельского хозяйства и продуктов питания; три представителя этого министерства; представитель министерства внутренних дел, входящий в состав Исполнительного комитета по контролю за наркотиками; по одному представителю от министерства промышленности, торговли, туризма и интеграции, министерства экономики и финансов, министерства здравоохранения, и один представитель работников предприятия (ст. 11, 12). Работники ENACO подчиняются режиму труда, действующему в отношении частных предприятий (ст. 19). Разработка и выполнение бюджета предприятия производится согласно положениям законодательства о публичных предприятиях (ст. 22).

Аналогичным статусом обладает и *empresa estatal* в Колумбии. К числу таких предприятий относятся, например, в секторе углеводородов Empresa Colombiana de Petróleos (Колумбийское предприятие углеводородов - ECOPEPETROL) и Transportadora de Gas del Interior (TGI), занимающаяся транзитом природного газа (ранее - Empresa Colombiana de Gas (ECOGAS)). Так, ECOPEPETROL подлежит контролю со стороны национального правительства: правительство одобряет ее бюджет; Генеральная счетная палата проверяет его выполнение, предприятие обязано отчитываться перед национальным Конгрессом о своей деятельности.

Известно, что в отечественной правовой науке высказывались и высказываются сомнения в практической полезности вышеприведенного

деления юридических лиц.⁶⁰ Вместе с тем, некоторые правоведы⁶¹ полагают, что юридические лица публичного права заслуживают самостоятельного существования потому, что характеризуются важнейшими признаками, отсутствующими у юридических лиц частного права. Мы полагаем, что отличительными признаками юридических лиц публичного права является публичный характер выполняемых функций и для многих из них характерно наличие государственно-властных полномочий. Эти характеристики, на наш взгляд, раскрываются в таких признаках юридического лица как, во-первых, признак *функционального предназначения* юридического лица; во-вторых, - *цель*, ради которой учреждается юридическое лицо. Так, функциональное предназначение юридического лица частного права состоит в *осуществлении хозяйственной (предпринимательской, промышленной, производственной и т.п.) деятельности*, а цель его выражает функцию, и состоит в *участии юридического лица в хозяйственной деятельности, получении от нее дохода (прибыли) и последующем его (ее) распределении между участниками юридического лица*. Применительно к юридическим лицам публичного права правовая сущность их заключается в ярко выраженном *публичном предназначении*,⁶² одновременно иной становится и их функционально-целевая установка: ведь главное их предназначение – не участие в имущественном обороте, а выполнение других социально значимых задач и функций.⁶³ Так, правовая сущность ведомств, выполняющих задачи в сфере военной безопасности происходит из сущности и функций государства, но обусловлена и особенностями их собственных функций (т.е. характером выполняемых

⁶⁰ См., например, Братусь С.Н. Цит. соч. С. 62, 63; Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. // Избранные труды по акционерному и торговому праву. 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2004. – С. 46; Бараненков В.В. Гражданско-правовая личность органов государственной власти (к вопросу о «юридических лицах публично права»). // Государственная власть и местное самоуправление. – 2007. – № 6. – С. 3-6 и др. его работы по этой теме.

⁶¹ Чиркин В.Е. Еще раз о юридическом лице публичного права. // Журнал российского права. – 2006. – № 5. – С. 94-104 и др. его работы по теме.

⁶² Бараненков В.В. Гражданская правосубъектность военных организаций и правовые основы функционирования ведомственных систем юридических лиц. – М.: Изд-во Национального института бизнеса, 2007. – С. 78.

⁶³ Замотаева Е.К. К вопросу о юридическом лице как субъекте публичного права. // Конституционное и муниципальное право. – 2007. – № 15. – С. 17-20.

задач). По нашему мнению (не вдаваясь в экономические, политические и социологические особенности развития того или иного государства и не проводя исторических параллелей и сравнений разных этапов развития), вопрос юридических лиц в публичном праве – это вопрос государственного регулирования экономики, необходимости и степени такого регулирования.

Таким образом, проведенный краткий обзор позволил установить, что характеристика юридического лица (юридической личности), - важнейшего инструмента организации структуры экономики современного мира - сводится к возможности быть субъектом прав, обладать правосубъектностью *per se* (*tener capacidad*), и, как следствие, - владеть имуществом (*tener patrimonio*) и иметь возможность быть представляемым (быть истцом и ответчиком в суде – *ser representado*). Одновременно анализ действующего латиноамериканского законодательства позволяет говорить о применении нескольких организационно-правовых форм, в которые может облекаться деятельность юридических лиц публичного права. При этом выбор той или иной из указанных выше форм организации деятельности обусловлен решаемыми государством задачами.

«Особенности рассмотрения доменных споров в странах АТЭС»

Е. В. Белоусова

Аспирант кафедры гражданского и трудового права

Российского университета дружбы народов

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

e-mail: belousova_87@mail.ru

В статье дана краткая характеристика деятельности наиболее крупных арбитражных центров Азиатско-тихоокеанского региона, занимающихся рассмотрением споров, связанных с доменными именами.

Ключевые слова: доменные имена, интеллектуальная собственность, Всемирная организация интеллектуальной собственности, Единая политика в области урегулирования споров по доменным именам, Сингапурское бюро Центра ВОИС, Международный арбитражный центр Гонконга, Региональный арбитражный центр Куала Лумпур, Китайская международная экономическая и торговая арбитражная комиссия.

Проблемы и трудности разрешения споров в сфере интеллектуальной собственности государственными судами хорошо известны. Анализ возникающих проблем может ответить на вопрос: почему рассмотрение спора международным коммерческим арбитражем стал привлекательной альтернативой для разрешения международных споров в сфере защиты прав интеллектуальной собственности на глобальном уровне и особенно в Азии. Стороны могут передавать дела в арбитраж, который позволяет разрешить спор по всем его аспектам еще до судебного разбирательства. Таким образом, арбитраж позволяет централизовать разбирательство и избежать дорогостоящих параллельных процедур в судах различных стран, которые особенно часто встречаются в сфере защиты прав интеллектуальной собственности на международном уровне.

Главным преимуществом арбитража перед традиционным судебным разбирательством является то, что стороны могут договориться о применимом праве при рассмотрении спора в сфере защиты прав на интеллектуальную

собственность. В то время как, при рассмотрении дела в суде, исходя из Постановления Европейского Парламента №864/2007 от 11 июля 2007 года «О праве, применяемом к внедоговорным обязательствам, вытекающим из нарушений права интеллектуальной собственности», должно применяться право истца (п. 1 ст. 8 Постановления)⁶⁴.

Очевидно, что возможность выбора применимого права является одним из ключевых преимуществ арбитража и, как показывает практика, все большее количество споров передается на рассмотрение независимым арбитрам.

Наиболее крупным и известным международным центром в области урегулирования споров, связанных с защитой прав на интеллектуальную собственность является Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС). Данная организация была основана в 1967 году и является специализированным учреждением Организации Объединенных Наций. В 1994 году ВОИС разработал первые правила арбитража, ускоренного арбитража и Регламент. Позднее, эти правила были пересмотрены и усовершенствованы в 2002 году и, совсем недавно, с 1 июня 2014 году⁶⁵. В 2007 году Центром была разработана процедура набора экспертов.

Существование системы доменных имен (DNS) создает ряд проблем, связанных с охраной интеллектуальной собственности, решение которых, в силу глобальной природы Интернета, требует международного подхода. ВОИС занимается устранением этих проблем с 1998 г., разрабатывая конкретные решения, из которых особого упоминания заслуживают Первый⁶⁶ и Второй⁶⁷ процессы ВОИС по доменным именам в Интернете. В частности Центр предлагает владельцам товарных знаков эффективные международные механизмы противодействия недобросовестной регистрации и использования

⁶⁴ Регламент (ЕС) N 864/2007 Европейского Парламента и Совета "О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам ("Рим II")/СПС Консультант Плюс

⁶⁵ <http://www.wipo.int/amc/en/rules/newrules.html>.

⁶⁶ «Управление именами и адресами в Интернете: вопросы интеллектуальной собственности», итоговый отчет о Первом процессе ВОИС по доменным именам в Интернете, публикация ВОИС № 439 <http://www.wipo.int/amc/en/processes/process1/report>.

⁶⁷ Признание прав и использование имен в системе названий доменов в Интернете – отчет о Втором процессе ВОИС по доменным именам в Интернете, публикация ВОИС № 843, размещена по адресу: <http://www.wipo.int/amc/en/processes/process2/report>.

доменных имен, соответствующих прав на соответствующие товарные знаки.

Центр осуществляет разрешение споров главным образом на основании Единой политики в области урегулирования споров по доменным именам (ЕПУС) . ЕПУС была принята на вооружение ICANN в соответствии с рекомендациями, сформулированными ВОИС в рамках Первого процесса ВОИС по доменным именам в Интернете. Применение ЕПУС ограничивается случаями явно недобросовестной и неправомочной регистрации и использования доменных имен и пользуется весьма широкой популярностью среди владельцев товарных знаков. Решение, принятое Центром, не лишает ни одну из сторон права передать спор в компетентный суд, но лишь очень немногие споры, по которым было принято решение на основе ЕПУС, были в дальнейшем переданы в национальные суды⁶⁸.

В мае 2010 года было учреждено Сингапурское бюро Центра ВОИС по арбитражу и посредничеству. Бюро акцентирует свое внимание на предоставлении услуг по альтернативному урегулированию споров (АУС) в Азиатско-тихоокеанском регионе. Центр ВОИС является единственным в регионе по предоставлению консультаций и проведению обучения по таким процедурам как: арбитраж, посредничество, вынесение экспертных решений, а также осуществлению администрирования и проведению слушаний в делах, которые рассматриваются в соответствии с Правилами ВОИС в Сингапуре. Основной задачей Сингапурского бюро Центра ВОИС является удовлетворение региональных потребностей и обеспечение доступности к знаниям и опыту ВОИС в области интеллектуальной собственности в Азиатско-тихоокеанском регионе.

Число дел, рассмотренных Центром ВОИС в рамках административных процедур в соответствии с Единой политикой урегулирования споров в области доменных имен, превышает 15 800. Стороны в этих административных процедурах представляли 150 стран и около 28 000 доменных имен в

⁶⁸ Подборка судебных дел, рассматриваемых на основе ЕПУС: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/challenged>.

Интернете. ЕПУС применяется главным образом к международным доменам, таким как .com, .net, .org, .info, .biz. и .mobi. Центр ВОИС публикует полные статистические данные, относящиеся к подаче заявок на регистрацию доменных имен и результатам их рассмотрения, а также географическому распределению сторон.⁶⁹

Еще одной крупнейшей организацией в Азиатско-тихоокеанском регионе, рассматривающей споры по доменным именам является Международный арбитражный центр Гонконга (Hong Kong International Arbitration Centre, НКІАС). Центр признан одним из самых авторитетных международных коммерческих арбитражей в азиатском регионе. НКІАС создан в 1985 г. при поддержке администрации Гонконга. В настоящее время НКІАС является полностью независимой организацией, деятельность которой финансируется из собственных доходов (арбитражных и других сборов за рассмотрение споров).⁷⁰ По статистике за 2012 г. НКІАС рассмотрел 456 споров, в том числе: 293 спора в порядке арбитражного разбирательства, 116 доменных споров и 47 споров в порядке медиации. Большинство (68%) арбитражных споров, рассматриваемых НКІАС, являются спорами с участием иностранных лиц. Общая исковая стоимость всех споров, рассмотренных НКІАС в 2012 г., составила 1,8 млрд. долларов США.

Одним из крупнейших арбитражных центров в Малайзии является Региональный арбитражный центр Куала Лумпур (Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration – KLRCA), который был создан в 1978г. при содействии Афро-азиатская консультативно-правовая организация – ААКПО (Asian-African Legal Consultative Organisation - AALCO). KLRCA – первый региональный арбитражный центр в Азии, созданный для проведения независимых разбирательств внутренних и международных коммерческих споров в Азии⁷¹. KLRCA рассматривает споры, связанные с доменными именами с 2003 года.

⁶⁹ <https://agepi.wordpress.com>

⁷⁰ http://cnlegal.ru/china_dispute_resolution/hong_kong_international_arbitration_centre/

⁷¹ См.: Ермакова Е. П. Исламский арбитраж-i-Arbitration/
http://zakon.ru/Blogs/islamskij_arbitrazh__iarbitration/13435

Список арбитров KLRCA насчитывает более 777 международных и внутренних арбитров в различных областях.

Китайская международная экономическая и торговая арбитражная комиссия (СИЕТАС). СИЕТАС является ведущим международным коммерческим арбитражем в Китае, штаб-квартира которого расположена в Пекине. Изначально центр был создан в апреле 1956 в рамках Китайского совета по содействию международной торговле. В настоящее время в центре работает более 518 арбитров, которые были отобраны и назначены из огромного количества специалистов, обладающих специальными знаниями и практическим опытом в области торговли и экономики, науки и техники, права и других областей более чем из 30 стран и регионов по всему миру. СИЕТАС является одним из двух центров, рассматривающих споры по доменным именам .cn и ccTLD⁷².

Таким образом, можно констатировать, что процесс урегулирования споров, связанных с защитой интеллектуальной собственности и, в частности, споров по доменным именам на международном уровне смещается в сторону международного коммерческого арбитража. Безусловным лидером в этой области, по количеству и качеству уже рассмотренных дел являются Центры по арбитражу и посредничеству, расположенные в Азиатско-тихоокеанской экономической зоне.

⁷² <http://www.adndrc.org/mten/AboutUs.php>

Виды торгов при реализации имущества должников (банкротов)

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*

В статье рассматриваются виды торгов при реализации имущества должников (банкротов), раскрываются преимущества электронных торгов.

Ключевые слова: Банкротство, имущество должника, торги, электронные торги, аукцион, конкурс, публичное предложение, преимущества электронных торгов, конкурсное производство.

К основным целям, которые преследуют участники дел о банкротстве, можно отнести восстановление платежеспособности предприятия-должника и удовлетворение требований кредиторов. В обоих случаях ключевым моментом является продажа имущества должника в порядке конкурсного производства с целью расчета с кредиторами.

При банкротстве реализации подлежат следующие виды имущества: недвижимое имущество, ценные бумаги, имущественные права, заложенное имущество, предметы, имеющие историческую или художественную ценность, дебиторская задолженность, а также вещи, стоимость которых превышает пятьсот тысяч рублей. Из п. 3 ст. 111ФЗ №127 «О несостоятельности (банкротстве)»⁷³ следует, что указанное выше имущество реализуется на торгах, проводимых только в электронной форме. Такие торги осуществляются на электронных торговых площадках, представляющих из себя официальные интернет-сайты, которые должны строго соответствовать требованиям закона. Участвовать в электронных торгах по реализации имущества должников имеют право, как юридические, так и физические лица. Порядок проведения торгов в электронной форме, требования к электронным торговым площадкам, а также

⁷³Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 12.03.2014) "О несостоятельности (банкротстве)" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2014) // Первоначальный текст документа - "Российская газета", N 209-210, 02.11.2002.

требования к участникам торгов при продаже имущества должников утвержден Приказом Минэкономразвития РФ от 15.02.2010 №54⁷⁴.

По законодательству Российской Федерации существует две основные формы торгов, посредством которых может быть заключен договор купли-продажи имущества должников. На основании п.4 ст. 447 Гражданского кодекса РФ⁷⁵ такие торги могут проводиться в форме аукциона и конкурса.

Аукцион является самой распространенной формой электронных торгов при реализации имущества должников. Аукционный торг происходит путем подачи ценовых предложений в сети Интернет на сайте электронной площадки в режиме реального времени, где каждый участник аукциона может сделать свое предложение о цене, превосходящее на шаг аукциона ранее озвученную цену. Шаг аукциона устанавливается организатором торгов в размере от 5 до 10 процентов от начальной цены контракта. Побеждает тот, кто предложит наибольшую цену. Именно по этой цене он и обязан будет приобрести реализуемое имущество должника.

Конкурс используется для продажи специфического имущества должника, когда кроме ценового предложения важны и другие параметры, например, условия эксплуатации реализуемых зданий, представляющих историческую ценность. Для проведения конкурса организатором торгов создается конкурсная комиссия, которая рассматривает поступившие от участников аукциона заявки. При этом конкурсные заявки не подлежат разглашению до окончания срока приема заявок. Лицо, которое по заключению конкурсной комиссии предложило наилучшие условия, будет являться победителем.

⁷⁴Приказ Минэкономразвития России от 15.02.2010 N 54 (ред. от 19.09.2013, с изм. от 10.06.2014) «Об утверждении порядка проведения открытых торгов в электронной форме при продаже имущества (предприятия) должников в ходе процедур, применяемых в деле о банкротстве, требований к электронным площадкам и операторам электронных площадок при проведении открытых торгов в электронной форме при продаже имущества (предприятия) должников в ходе процедур, применяемых в деле о банкротстве, а также порядка подтверждения соответствия электронных площадок и операторов электронных площадок установленным требованиям» // Первоначальный текст документа "Российская газета", N 118, 02.06.2010.

⁷⁵"Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 05.05.2014) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2014) //Первоначальный текст - "Российская газета", N 238-239, 08.12.1994.

Углубленное изучение ФЗ №127 «О несостоятельности (банкротстве)», а именно п.4 ст. 139 дает понять, что существует и иная, дополнительная форма торгов, не известная Гражданскому Кодексу РФ. Это торги в форме публичного предложения. Имущество подлежит продаже в форме публичного предложения в случае, если повторные торги по продаже имущества должника признаны несостоявшимися, или договор купли-продажи не был заключен с их единственным участником, а также в случае незаключения договора купли-продажи по результатам повторных торгов.

Говоря простым языком, такая ситуация возможна, когда цена реализуемого имущества слишком высока. Никто из потенциальных покупателей не изъявляет желания начинать аукцион, так как будет нужно предложить еще большую цену. При публичном предложении организатор торгов объявляет о снижении цены реализуемого имущества по сравнению с начальной ценой. После этого, в течение определенного периода времени, он ожидает появления покупателя, готового приобрести имущество уже по сниженной цене. Кто первым согласится на такую цену, тот и станет владельцем реализуемого имущества. Если же таких не найдется, то организатор торгов снижает цену еще больше и снова ждет предложений.

Рассмотренные выше формы торгов при реализации имущества должников говорят о принципиальном отличии электронных торгов как одного из способов заключения договора, а именно, об их состязательности. Другим серьезным отличием является их публичность, так как в соответствии с п. 1 ст. 28 «О несостоятельности (банкротстве)» все сведения о банкротстве включаются в Единый федеральный реестр сведений о банкротстве⁷⁶, который в рамках системы электронного государства размещается в сети Интернет и является открытым и общедоступным. Как отмечает И.В. Понкин, одним из ключевых аспектов электронного государства является получение и

⁷⁶ Интернет-сайт «Единый федеральный реестр сведений о банкротстве» - <http://bankrot.fedresurs.ru>

распределение официальной информации, а преимуществом - улучшение возможности государства предоставлять услуги более широкому кругу лиц.⁷⁷

Также, среди других преимуществ электронных торгов при реализации имущества должников (банкротов) можно выделить следующие:

- электронные торги призваны исключить коррупционность и предвзятость организатора из сделок по реализации имущества банкротов. Электронная форма торгов минимизирует общение организатора и участников, а нормативная регламентация электронных торгов направлена на исключение субъективного подхода к определению участников, допущенных к торгам, и к подведению итогов торгов;

- возможность выбрать оптимальное предложение из всех действующих, ознакомившись с проводимыми торгами на Едином федеральном реестре сведений о банкротстве;

- проведение электронных торгов не привязано к местности: заявки на участие могут посылать организации из других городов и регионов;

- процесс реализации имущества должников становится быстрее и дешевле, также сокращается риск финансовых потерь, что позволяет большому количеству физических и юридических лиц участвовать в торгах;

- до начала торгов невозможно узнать, какие еще организации борются за имущество банкротов. Электронные торговые площадки гарантируют конфиденциальность всех данных;

- электронная форма торгов позволяет добиться максимальной эффективности взаимодействия всех участников.

Конечно, ввиду специфики проведения электронных торгов, существуют некоторые недостатки данного способа реализации имущества должников, среди которых:

- вероятность пропуска сроков проведения электронных торгов из-за технических сбоев на электронной торговой площадке;

⁷⁷Понкин И.В. Концепт электронного государства в рамках новой системы публичного управления. – М.: Вестник Российского университета дружбы народов, 2013 г. №4. – С. 56

- появляется возможность допущения ошибок, так как процедура участия в электронных торгах требует наличия навыков использования компьютера и сети Интернет и, как следствие, риск получения претензий от организатора торгов.

Безусловно, механизм реализации имущества банкротов посредством электронных торгов требует доработки в части программных продуктов, а также законодательного регулирования, однако очевидно, что для всех участников гражданского оборота электронные торги являются оптимальным и эффективным способом достижения целей, которые преследуют участники дел о банкротстве.

**К вопросу о глобальной информационно-телекоммуникационной сети
Интернет и нормативном правовом регулировании деятельности
пользователей Сети**

А.А. Галушкин
кандидат юридических наук, доцент международного уровня
кафедры муниципального права Российского университета дружбы народов
alexander.galushkin@yandex.ru

Как видно из таблицы № 1, в 2013 году количество веб-сайтов составило 672 985 183. При количестве пользователей глобальной информационно-телекоммуникационной сети Интернет на заданный период 2 756 198 420, означает, что на каждые 4 пользователя в среднем имеется 1 активный веб-сайт.

Таблица № 1 ⁷⁸

Год (июнь)	Веб-сайт	Изменение	Кол-во польз. Интернет	Польз. на сайт
2013	672 985 183	-3%	2 756 198 420	4
2012	697 089 489	101%	2 518 453 530	4
2011	346 004 403	67%	2 282 955 130	7
2010	206 956 723	-13%	2 045 865 660	10
2009	238 027 855	38%	1 766 206 240	7
2008	172 338 726	41%	1 571 601 630	9
2007	121 892 559	43%	1 373 327 790	11
2006	85 507 314	32%	1 160 335 280	14
2005	64 780 617	26%	1 027 580 990	16
2004	51 611 646	26%	910 060 180	18
2003	40 912 332	6%	778 555 680	19
2002	38 760 373	32%	662 663 600	17
2001	29 254 370	71%	500 609 240	17
2000	17 087 182	438%	413 425 190	24
1999	3 177 453	32%	280 866 670	88
1998	2 410 067	116%	188 023 930	78
1997	1 117 255	334%	120 758 310	108
1996	257 601	996%	77 433 860	301
1995	23 500	758%	44 838 900	1,908
1994	2 738	2006%	25 454 590	9,297
1993	130	1200%	14 161 570	108,935
1992	10	900%	-	-
Август 1991	1	-	-	-

⁷⁸ Total number of Websites // 2015, Internet Live Stats. URL: <http://www.internetlivestats.com/total-number-of-websites/#ref-1>

В мае - июне 2013, по данным, представленным Бродовской Е.В. и Шумиловой О.Е. «результаты измерения интенсивности использования Интернета выражаются в следующих данных: 66% опрошенных можно отнести к категории пользователей, среди них 46% ежедневно обращаются к Интернету, 16% делают это несколько раз в неделю, еще 4% – не менее 1 раза в полгода, около трети россиян (32%) не являются пользователями Интернета. ...

43% респондентов пользуются Интернетом более 5 лет (30% опрошенных выбрали позицию от 5 до 7 лет, 13% – свыше 8 лет), 41% приобщились к Интернет-практикам не так давно (от 2 до 4 лет), и у 5% опыт Интернет-коммуникации составляет менее года. ...

Наиболее предпочтительным источником выхода в глобальную сеть для россиян является домашнее подключение: более 92% пользователей. При этом 53% респондентов используют дома фиксированный широкополосный (с использованием кабеля провайдера) доступ в Интернет, 23% – мобильный широкополосный (с использованием Интернета МТС, Билайн, Мегафон, Yota (Йота), еще 20% – коммутируемый (с использованием стационарного телефона)»⁷⁹.

В то же время, по данным Фонд Общественное Мнение (ФОМ), по состоянию на 27 июня 2014 года, «доля активной аудитории – это выходящие в Сеть хотя бы раз за сутки – сейчас составляет 50% (58,3 млн человек). Годовой прирост интернет - пользователей, выходящих в сеть хотя бы раз за месяц, составил 7%, а для суточной аудитории данный показатель равен 12%»⁸⁰.

30 июня 2014 года Левада-Центр, представил данные опроса «ПОЛЬЗУЕТЕСЬ ЛИ ВЫ ИНТЕРНЕТОМ, И ЕСЛИ ДА, ТО КАК ЧАСТО?» (Таблица № 2), проведенного 20-23 июня 2014 года «по репрезентативной всероссийской выборке городского и сельского населения среди 1600 человек в

⁷⁹ Бродовская Е.В., Шумилова О.Е. Российские пользователи и непользователи: соотношение и основные особенности // Мониторинг общественного мнения. 2013. № 3 (115).

⁸⁰ Интернет в России: динамика проникновения. Весна 2014 // 2015, Фонд Общественное Мнение. URL: <http://runet.fom.ru/Proniknovenie-interneta/11567>

возрасте 18 лет и старше в 134 населенных пунктах 46 регионов страны»⁸¹, которые показывают, что в целом повышается уровень пользования глобальной информационно-телекоммуникационной сетью Интернет.

Таблица № 2⁸²

	июл.13	июн.14
Несколько раз в день	40	26
Примерно 1 раз в день		20
4 или 5 раз в неделю	16	8
2 или 3 раза в неделю		5
Около раза в неделю	4	2
2 или 3 раза в месяц	3	1
Примерно 1 раз в месяц	1	0
Реже чем 1 раз в месяц	2	1
Никогда, но у Вас есть доступ в Интернет	35	8
Никогда, и у Вас нет доступа в Интернет		28

13 октября 2014 года Всероссийский центр изучения общественного мнения (ВЦИОМ) представил данные инициативного всероссийского опроса, проведенного «4-5 октября 2014 г. Опрошено 1600 человек в 130 населенных пунктах в 42 областях, краях и республиках России», по результатам которого, Всероссийский центр изучения общественного мнения (ВЦИОМ) сделал вывод о том, что «за год доля интернет-пользователей в России не изменилась – это по-прежнему две трети наших сограждан (66%), в том числе 46% выходят в Сеть ежедневно, 19% - несколько раз в неделю или месяц и 1% - крайне редко»⁸³. При этом 84% респондентов в возрасте от 18 до 24 лет, 72% респондентов в возрасте от 25 до 32 лет, 60% респондентов в возрасте от 35 до 44 лет, 29% респондентов в возрасте от 45 до 59 лет, 9% респондентов в возрасте 60 лет и более выходят в глобальную информационно-телекоммуникационную сеть ежедневно⁸⁴.

⁸¹ Использование Интернета. Пресс-выпуски. // 2014, Левада-Центр. URL: <http://www.levada.ru/30-06-2014/ispolzovanie-interneta>

⁸² Использование Интернета. Пресс-выпуски. // 2014, Левада-Центр. URL: <http://www.levada.ru/30-06-2014/ispolzovanie-interneta>

⁸³ Пресс-выпуск №2692 «Просторы интернета: развлечения, общение, работа...» // 2015, Всероссийский центр изучения общественного мнения. URL: <http://wciom.ru/index.php?id=459&uid=115018>

⁸⁴ Пресс-выпуск №2692 «Просторы интернета: развлечения, общение, работа...» // 2015, Всероссийский центр изучения общественного мнения. URL: <http://wciom.ru/index.php?id=459&uid=115018>

На сегодняшний день, как справедливо отметила Бачило И.Л., можно говорить о том, что «Интернет – особая сфера, где сосредоточены и сеть обмена информацией, и структура, в рамках которой совершаются самые разные деловые отношения субъектов. ... Многие стороны социальной жизни приобретают в этом случае виртуальный характер, отношения реализуются в так называемом нулевом пространстве»⁸⁵.

Кроме того, 21 мая 2014 года в городе Нью-Йорке (США), Министр связи и массовых коммуникаций Российской Федерации Никифоров Н.А. на мероприятии, проводимом в рамках сессии Генеральной ассамблеи ООН по теме «Вклад сотрудничества Север-Юг, Юг-Юг и трехстороннего взаимодействия, а также информационно-коммуникационных технологий в реализацию повестки дня в области развития на период после 2015 года» заявил, что «уже 30% пользователей государственных услуг получают их через Интернет. Мы обеспечили безбумажное электронное взаимодействие между органами власти и установили требования к открытым данным. В 2014 году российскому сегменту интернета исполнилось 20 лет. Его аудитория составила 68 млн человек, а 56 млн пользователей выходят в сеть ежедневно. В феврале 2014 года Президент Путин подписал закон о том, что в течение нескольких лет волоконно-оптические кабели дойдут практически до каждого населенного пункта, где проживает более 250 жителей. Количество пользователей Интернета таким образом увеличится еще на 30 миллионов человек, что, по оценкам экспертов, создаст миллионы новых рабочих мест. Возможность скоростного доступа к сети появится у 97% населения России»⁸⁶.

Очевидно, что в силу активного внедрения различных информационных и телекоммуникационных технологий в Российской Федерации, их широкое распространение и активное использование значительной частью населения Российской Федерации, наша страна стала занимать одно из лидирующих мест

⁸⁵ Бачило И.Л. Свободный доступ к информации и Интернет // Информационное общество. 2000. № 4. С. 42-44.

⁸⁶ Глава Минкомсвязи России выступил на мероприятии высокого уровня в рамках Генассамблеи ООН // http://minsvyaz.ru/ru/news/printable.php?print=1&id_4=44571

в мире по проникновению информационных технологий, что возлагает на российское гражданское общество особую ответственность за состояние данной информационной среды, её влияние на повседневную жизнь граждан нашей страны.

Проблемы наследования при суррогатном материнстве

К.А. Гитлина

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов,
ул. Миклухо-Маклая, д. 6 г. Москва, Россия.*

Статья посвящается проблемам прав ребенка, родившегося с помощью суррогатного материнства, а так же проблеме статуса ребенка в наследственных правоотношениях с суррогатной матерью и биологическими родителями.

Ключевые слова: суррогатное материнство, семейное право, установление происхождения детей, принятие наследства.

Демографическая ситуация, особенно в развитых странах, находится в крайне плачевном состоянии. Причин для этого множество: социальные проблемы, ухудшение окружающей среды, бесплодие граждан и др. В борьбе с бесплодием на помощь пришли новые технологии в области медицины. Одним из методов борьбы стали вспомогательные репродуктивные технологии, целью которых является, с одной стороны улучшение демографической ситуации в стране, а с другой стороны появилась возможность помочь многим семьям или одиноким гражданам стать долгожданными родителями.

Появляется термин «суррогатное материнство», что подразумевает имплантацию в организм женщины (суррогатной матери) эмбриона (чужой биологический материал) с целью вынашивания, рождения ребенка для дальнейшей передачи его биологическим родителям-заказчикам на основании заключенного договора.

Данный метод в последнее время набирает все большую популярность, среди женщин, которые не способны самостоятельно выносить и родить здорового ребенка. Однако в связи с этим, возникло ряд правовых проблем: статус ребенка; порядок оформления родительских прав; правовые последствия отказа от исполнения договора о суррогатном материнстве одной из сторон; наследственные правоотношения.

Рассмотрим одну из них - наследование.

Суррогатное материнство в России регулируется Семейным кодексом⁸⁷, Федеральным законом «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁸⁸, Федеральным законом «Об актах гражданского состояния», а также подзаконными актами⁸⁹.

В соответствии с п. 4 ст. 51 Семейного кодекса РФ, лица, состоящие в браке между собой и давшие свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери). Из смысла данной статьи можно сделать вывод, что пока суррогатная мать не даст письменного согласия на регистрацию рожденного ею ребенка, органы ЗАГС не могут выдать свидетельство о рождении ребенка на имя генетических родителей.

Рассмотрим возможные ситуации, связанные с возникновением у родившегося ребенка наследственных прав.

1. Спорная ситуация возникает при смерти биологических родителей до момента рождения ребенка суррогатной матерью. В случае, если умирает один из биологических родителей, то условия договора может выполнить другой супруг, ему же и передадут рожденного ребенка. Например, в США данный пункт обязателен для договора о суррогатном материнстве,

Более сложная ситуация возникает при смерти обоих биологических родителей до рождения ребенка. После рождения, в случае отказа от ребенка самой суррогатной матерью, он будет сиротой. Согласно ст. 1116 Гражданского кодекса РФ⁹⁰ родившийся ребенок не может быть признан наследником биологической матери.

2. В случае смерти суррогатной матери до момента дачи согласия на запись генетических родителей в свидетельстве о рождении. В такой ситуации, при отсутствии согласия суррогатной матери биологические родители не могут быть признаны родителями рожденного ребенка, следовательно, матерью автоматически становится умершая суррогатная мать, а родившийся ребенок

⁸⁷ "Семейный кодекс Российской Федерации" от 29.12.1995

⁸⁸ Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»

⁸⁹ Федеральный закон от 15.11.1997 N 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»

⁹⁰ "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья)" от 26.11.2001 N 146-ФЗ

согласно п.1 ст. 1142 Гражданского кодекса РФ признается ее наследником первой очереди. В случае, если суррогатная мать оставила завещание, данная ситуация затронет права и третьих лиц, т.к. согласно п. 1 ст. 1149 Гражданского кодекса РФ, несовершеннолетние дети наследодателя, наследуют независимо от содержания завещания не менее половины доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону (обязательная доля).

Для решения указанных спорных ситуаций можно обратиться к опыту зарубежных стран, например к законодательству Республики Беларусь. Согласно ст. 53 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье⁹¹, родителями ребенка, рожденного с помощью суррогатной матери, признаются именно генетические родители.

Такой подход считает правильным И.А. Михайлова, для решения данной проблемы в Российской Федерации, она предлагает внести в Семейный кодекс норму, согласно которой родителями ребенка записываются биологические родители на основании договора о суррогатном материнстве⁹².

Немного другой точки зрения придерживается Е.С. Резник, полагая, что решить данные проблемы возможно, если суррогатная мать даст согласие на запись, не после рождения ребенка, а до момента имплантации эмбриона, более того его нельзя будет отозвать иначе как по договоренности сторон⁹³.

Стоит отметить, что в российском законодательстве отсутствуют требования к договору о суррогатном материнстве. Так же необходимо учитывать главное отличие договора о суррогатном материнстве от других видов договоров, в нем затрагиваются не только интересы сторон, а так же права и интересы ребенка.

Таким образом, для защиты наследственных прав детей, рожденных с помощью суррогатного материнства, необходимо вносить соответствующие изменения в законодательство.

⁹¹ Кодекс Республики Беларусь о браке и семье.

⁹² Михайлова И.А. Законодательство, регламентирующее установление прохождения детей, нуждается в корректировке // Вопросы ювенальной юстиции. 2009 № 2.

⁹³ Резник Е.С. Право на жизнь: гражданско- правовые аспекты: Автореф. дис. ... канд.юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С.16

**Отдельные теоретические и практические аспекты участия третьих лиц,
не заявляющих самостоятельные требования, в гражданском процессе**

К.Е. Горбик

Аспирант кафедры гражданского процесса

*Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова
Ленинские горы, д. 1, строение 13 (4-й учебный корпус), г. Москва, Россия,
119991*

email: Xenia_gke@mail.ru

В статье поднимаются вопросы об особенностях субъектного состава гражданских процессуальных правоотношений, а именно о проблемах участия третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования, в гражданском процессе. Рассматриваются нюансы включения лиц в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования. Анализируются особенности влияния норм материального права и толкования этих норм на конструкции субъектного состава гражданских процессуальных правоотношений по конкретным делам.

Ключевые слова: толкование норм права, арбитражный процесс, гражданский процесс, субъекты гражданских процессуальных правоотношений, третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований.

Определение субъектного состава гражданских процессуальных правоотношений имеет большое теоретическое и практическое значение для гражданского процессуального права. Правильное его определение способствует выполнению задач гражданского судопроизводства (ст. 2 ГПК РФ, ст. 2 АПК РФ). Однако в настоящее время в законодательстве имеются пробелы, а в судебной практике – разночтения в толкованиях, которые позволяют необоснованно обременить субъектный состав по рассматриваемому делу.

1. Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований.

После принятия дела к своему производству суд должен разрешить вопрос о субъектном составе лиц, участвующих в деле. При принятии искового

заявления между истцом и ответчиком предполагается наличие спорных правоотношений. Если они не будут усматриваться (судом при уточнении фактических обстоятельств дела, самим истцом при анализе ходатайств или отзыва ответчика), то истцу предоставляется возможность по ходатайству или с его согласия заменить ненадлежащего ответчика (ст. 41 ГПК РФ, ст. 47 АПК РФ), либо согласно ч. 2 ст. 47 АПК РФ суд может с согласия истца привлечь иное лицо в качестве второго ответчика⁹⁴. Если истец не воспользуется данным правом, то дело будет рассмотрено и разрешено при данных участниках.

В соответствии с ч. 1 ст. 43 ГПК РФ и ч. 1 ст. 51 АПК РФ третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора (далее по тексту – третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований или третьи лица), могут вступить в дело на стороне истца или ответчика до принятия судом первой инстанции судебного постановления по делу, если оно может повлиять на их права или обязанности по отношению к одной из сторон.

Основной целью участия третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования в процессе, является возможность защитить собственные интересы, поскольку решение суда, вынесенное по основному спору между истцом и ответчиком, может повлиять на их собственные права по отношению к одной из сторон.

Если же поднимается вопрос о включении третьего лица в участники процесса, то также должна быть пояснена предположительная правовая связь между ним и истцом или ответчиком, на которую в последующем повлияет разрешение данного дела. В противном случае судом будет отказано в привлечении указанного лица в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования.

Однако если третье лицо, не заявляющее самостоятельные требования, будет сразу заявлено в исковом заявлении, даже безосновательно (без указания

⁹⁴ Разработчики концепций "единого" Кодекса гражданского судопроизводства предлагают создать единые правила для привлечения ответчика. Согласно их предложениям необходимо предоставить суду возможность разрешить привлекать в этом качестве второе лицо, даже если истец не согласен на замену ответчика, признанного судом ненадлежащим. См.: URL: <http://pravo.ru/review/view/111510/> (дата обращения: 19.12.2014).

на предполагаемые правовые связи), то исключить его, кроме как по инициативе истца, невозможно. При этом ненадлежащее третье лицо, не заявляющее самостоятельные требования (так его можно назвать), будет просто обременять судебное разбирательство (начиная от его извещений до права на возмещение своих судебных расходов), пользоваться процессуальными правами, а тем самым нарушать права и законные интересы заинтересованных лиц, что в итоге не приведет к выполнению задач гражданского судопроизводства⁹⁵. Также создается угроза, что такое лицо, используя свои процессуальные возможности, может повлиять на само решение и на материальные правовые отношения между реальными их участниками.

При этом не существует процессуального механизма исключения ненадлежащего третьего лица из числа лиц, участвующих в деле, кроме как в порядке изменения искового заявления истцом. Но как расценивать такое изменение искового заявления, в рамках каких распорядительных действий оно происходит? В соответствии с ч. 1 ст. 39 ГПК РФ или ч. 1 и 2 ст. 49 АПК РФ истец вправе изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований либо отказаться от иска, ответчик вправе признать иск, стороны могут окончить дело мировым соглашением. Ни одно из этих действий не может быть применено к данной ситуации.

Поэтому полагаю, что вопрос о субъектном составе лиц, участвующих в деле (а именно третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования, включенных в список участников дела согласно исковому заявлению), должен разрешаться судом на стадии подготовки дела к судебному разбирательству.

⁹⁵ Например, в Химкинском городском суде Московской области происходило рассмотрение гражданского дела № 2-1827/2013 по исковому заявлению А.Э. Бондарева к К.Ю. Семенову о признании недействительным договора купли-продажи (по основанию п. ст. 177 ГК РФ).

В качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования, в исковом заявлении были заявлены: 1) Государственное казенное учреждение здравоохранения Московской области "Психиатрическая больница № 22" (далее по тексту – Третье лицо 1); 2) Управление Федеральной регистрационной службы государственной регистрации кадастра и картографии по Московской области (далее по тексту – Третье лицо 2). См.: URL: http://himki.mo.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=24811274&delo_id=1540005 (дата обращения: 19.12.2014).

В таком виде состав участников по данному гражданскому делу сохранился и до вынесения судебного решения, и на последующих этапах (этапе обжалования). При том, что участие Третьего лица 1 заключалось лишь в предоставлении доказательственной информации.

Если в исковом заявлении указаны третьи лица, не заявляющие самостоятельные требования, то данное действие следует оценивать, как ходатайство о привлечении их в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования, поданное совместно с исковым заявлением. В таком случае и вопрос об их включении или невключении должен разрешаться в рамках судебного заседания при учете мнения лиц, участвующих в деле.

2. Проблемы правового статуса "третьих лиц" при рассмотрении конкретных категорий дел и влияние толкования материального права на субъектный состав процессуальных правоотношений.

Среди факторов, влияющих на структуру гражданских процессуальных отношений, выступает и судебная практика по конкретным делам, в рамках которой закрепляются "обязательные" участники (как правило, ответчики или третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора) для данных категорий дел. Особенность этих "обязательных" участников заключается в том, что они не связаны материально-правовыми отношениями со спорящими лицами, а также не проводили правовых проверок данных отношений, например, как в случаях с обязательной государственной регистрацией сделок.

Причина включения их в состав лиц, участвующих в деле, лежит в особенностях толкования материальных отношений или производных от них административных отношений, являющихся объектами конкретного спора. Поэтому изменения сути "материи" может существенно повлиять и на особенности процессуального права и структуру процессуальных отношений: предоставляя некоторым лицам определенный объем процессуальных прав и обязанностей, при этом не всегда обоснованно.

Проблемы правового статуса "третьих лиц" при рассмотрении дел о снятии с регистрационного учета.

Проблема данной категории дел заключается в том, что формально данное требование носит несамостоятельный, производный характер от иных

отношений (например, материальных правоотношений, в частности, прав пользования). Однако в практике возникают ситуации, когда у лица не имеется данных материальных прав (например, было произведено отчуждение этих прав на объект недвижимости, по которому было зарегистрировано лицо, или срок пользования ими закончился и не был продлен и т.п.), но регистрация его по указанному адресу объекта недвижимости осталась.

Законом РФ от 25.06.1993 № 5242-1 "О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации" (далее по тексту – Закон "О праве граждан РФ на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства") и Правилами регистрации и снятия граждан Российской Федерации с регистрационного учета по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации и перечня лиц, ответственных за прием и передачу в органы регистрационного учета документов для регистрации и снятия с регистрационного учета граждан РФ по месту пребывания и по месту жительства в пределах РФ (далее по тексту – Правила регистрации и снятия с регистрационного учета), утвержденных Постановлением Правительства РФ от 17.07.1995 № 713, подтверждается, что регистрация гражданина по месту проживания является административным актом и сама по себе не порождает его прав на жилое помещение.

При этом ни в Законе "О праве граждан РФ на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства", ни в Правилах регистрации и снятия с регистрационного учета не предусмотрена возможность снятия гражданина с регистрационного учета по месту жительства по требованию другого лица, даже при наличии к этому оснований (в частности, утраты первым оснований для постановки на регистрационный учет).

Согласно абз. 7 ст. 7 Закона "О праве граждан РФ на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства" и подп. "е" п. 31 Правил регистрации и снятия с регистрационного учета предписывается, что снятие с

регистрационного учета возможно только при рассмотрении и разрешении вопроса о его выселении или о праве на жилые помещения (либо совместно с ними), от которого определяется необходимость снятия или сохранения регистрации у гражданина⁹⁶. В связи с особенностями толкования сути требования о снятии с регистрационного учета гражданина в судебной практике появились разногласия.

В соответствии с устоявшейся судебной практикой, например, Люберецкого городского суда Московской области заинтересованное лицо при обращении с требованием о снятии гражданина с регистрационного учета должно заявлять также требования об утрате последним права пользования, а также указывать в качестве третьего лица Управление Федеральной миграционной службы (далее по тексту – УФМС)⁹⁷.

Благодаря такому толкованию требования о снятии гражданина с регистрационного учета, у УФМС появляется процессуальный статус третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования, с присущими ему процессуальными правами и обязанностями. При этом обязанность снять с регистрационного учета, указанное в требовании лицо, возлагается на третье лицо (не заявляющее самостоятельные требования), точнее на УФМС⁹⁸. Следует также обратить внимание, что вопрос о наличии или отсутствии права пользования решается формально, а вопрос о снятии с регистрационного учета, несмотря на его производный характер, рассматривают как отдельное обязательство и требование. Но если рассмотрение и разрешение этих требований происходит самостоятельно, то должно быть возможно их

⁹⁶ См. например: *Баянов С.* Оговорка о сохранении регистрации // ЭЖ-Юрист. 2014. № 25. С. 14. // СПС "КонсультантПлюс"; *Ломакин А.* Некоторые вопросы принудительного выселения и снятия с регистрационного учета граждан по решению суда // Жилищное право. 2012. № 6. С. 83 – 94. // СПС "КонсультантПлюс"; *Сорокина Ю.* Прекращение права собственности и выселение должников из квартир. Обзор судебной практики // Жилищное право. 2013. № 4. С. 65 - 80. // СПС "КонсультантПлюс" и другие.

⁹⁷ См.: Определение Люберецкого городского суда Московской области от 19.06.2014 по гражданскому делу № М-5379/2014 (по иску К.Ю. Семенова к З.И. Печенкиной о снятии с регистрационного учета).

⁹⁸ См.: Решение Люберецкого городского суда Московской области от 18.09.2014 по гражданскому делу № М-5379/2014 // URL:

http://luberetzy.mo.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=110180507&delo_id=1540005&new=0&text_number=1 (дата обращения: 18.11.2014).

разделение, особенно при отсутствии правовых оснований для заявления одного из них.

Получается, что если у заинтересованного лица нет оснований для обращения с требованием о выселении, либо признании права пользования утраченным, то формально при таких обстоятельствах заинтересованному лицу невозможно обратиться в суд с требованием о снятии с регистрационного учета, нарушающим его права лица. Точнее, обратиться можно, только в последующем УФМС может быть отказано в произведении указанных действий в связи с несоответствием основания для снятия с регистрационного учета имеющимся в законе.

Представляется, что данная практика (что судебная, что административная) является неправильной и негативно влияет как на материальное право, так и на процессуальное право.

Во-первых, происходит двойственное толкование требования о снятии с регистрационного учета (как требование административного характера и как требование гражданско-правового характера). Если оно в силу закона носит административный и производный характер, то его не следует расценивать как требование вообще, не нужно о нем заявлять, не нужно за него оплачивать государственную пошлину, не нужно рассматривать и разрешать вопрос о нем.

Однако, как уже говорилось выше, в общественных отношениях могут не сложиться те отношения, которые являются основанием для снятия лица с регистрационного учета. А наличие лица, стоящего на регистрационном учете в жилом помещении заинтересованного лица, ущемляет его права, как собственника. Значит, данное требование должно носить самостоятельный характер, независимый от фактического проживания лица, либо права пользования⁹⁹.

⁹⁹ Например, данная позиция косвенно отражена в Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 16.06.2010 об утверждении Обзора законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2010 года (Извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 9. сентябрь. 2010; Определение Рязанского областного суда от 15.09.2010 № 33-1596 // СПС "КонсультантПлюс".

Во-вторых, возложение обязанностей по судебному решению на третье лицо, не заявляющее самостоятельные требования, является неправильным. УФМС, как носитель публичных функций, производит лишь регистрационный учет граждан. А в рамках конкретного гражданского дела УФМС фактически является лицом, исполняющим судебное решение (аналогично судебному приставу-исполнителю). В связи с этим и обладать процессуальными правами и обязанностями третьего лица не должно.

В-третьих, отмена такого решения будет вносить неясность в правовую природу данных отношений, поскольку им фактически будет безосновательно признаваться наличие права пользования.

Более правильным можно считать подход судебной практики, согласно которому требование о снятии с регистрационного учета возможно предъявить, рассмотреть и разрешить без заявления иных требований и без привлечения УФМС, как "обязательных третьих лиц"¹⁰⁰. Однако в данной ситуации остается нерешенным вопрос административного характера, связанный с основаниями для внесения записи о снятии с регистрационного учета УФМС. Законодательным органам все же следует внести ясность в сущность данных отношений, и внести изменения (или разъяснения) в Закон "О праве граждан РФ на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства" и Правила регистрации и снятия с регистрационного учета граждан относительно списка оснований для снятия гражданина РФ с регистрационного учета по месту жительства. Наиболее правильным представляется, чтобы данное действие производилось УФМС либо при наличии судебного решения о снятии гражданина с регистрационного учета, либо по заявлению заинтересованных лиц при утрате гражданином прав пользования.

Решение вышеуказанных проблем, связанных с участием третьих лиц, устранил правовую неопределенность в праве, а правоприменителям позволит подходить к данным вопросам единообразно.

¹⁰⁰ См.: Решение Серпуховского городского суд Московской области от 04.09.2013 по гражданскому делу № 2-2571/2013 // URL: http://serpuhov.mo.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=111378061&delo_id=1540005&new=0&text_number=1 (дата обращения: 18.11.2014).

Правовое регулирование брачно-семейных отношений согласно Общему Гражданскому кодексу Аргентины 2014г.

А. Губочкин

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

Аннотация: В статье рассмотрен вопрос регулирования брачно-семейных отношений, согласно Общему Гражданскому кодексу Аргентины 2014г, его нововведения, закреплённые в соответствии с конституционными принципами Республики Аргентина, а также отражающие современные тенденции политического и социального развития страны.

Палата представителей Конгресса Республики Аргентина осуществила реформу по унификации гражданского и торгового кодексов. Новый кодифицированный нормативно-правовой акт - Общий гражданский кодекс Аргентины 2014г. - содержит 2671 статью, которые заменили 4500 статей, предусмотренных Гражданским Кодексом 1869 года. Новый кодекс среди прочего включает в себя главу, отсутствовавшую до сих пор, посвященную личным правам, которые закреплены в большом количестве в международных договорах о правах человека люди, и которые закреплены на конституционном уровне.

В 1994 году в Аргентине была принята новая редакция Конституции 1853 г., которая закрепила широкие демократические права и свободы своих граждан на уровне мировых стандартов XX века¹⁰¹. Так называемая «конституционализация»¹⁰² гражданского права, а также инкорпорация международных договоров, в том числе и по правам человека, в конституционный блок (статья 75 Конституции Аргентины) оказали значительное влияние на семейное право.

¹⁰¹ С.Н. Медведев "Конституция Аргентины 1994г. и развитие права собственности в Проекте Гражданского кодекса Аргентины 1998г." стр. 1

¹⁰² Ермакова Е.П. "Международный коммерческий арбитраж в Аргентине", Пробелы в законодательстве, 4'2012, стр. 1

Таким образом, можно говорить о том, что Общий Гражданский кодекс Аргентины включает в себя основные тенденции развития данной отрасли права, а также о появлении новых принципов, в частности «демократизации семьи», вместе с тем, настолько значимых, что некоторые современные авторы утверждают, что оно трансформирует отрасль из "семейного права" в "Право семей" во множественном числе¹⁰³; Эта точка зрения поддерживается так и по причине того, что статья 14а Конституции содержит положения, которые относятся в целом к "комплексной защите семьи", не сводя это понятие (в социологическом аспекте) к злоупотреблениям в брачно-семейных отношениях. На основе данных понятий, используемых законодателем можно сделать вывод о том, что семья, основанная на заключённом традиционном браке, должна сосуществовать с другими социальными группами, которые также являются семьями, такие, как те, которые создаются путём сожительства, которые образуются после расторжения предыдущего брака, как при наличии, так и при отсутствии детей, и других случаях, которые предусматриваются законом 26.618 и т.д.

Далее в своей работе автор более детально рассматривает ряд институтов, входящих в отрасль семейного права, а также изменений, принесённых в данную отрасль Общим Гражданским Кодексом 2014г.

Равенство является конституционным принципом и вместе с тем, одним из основополагающих при формировании юридических категорий брака, а также его расторжения. Данный принцип выступает в качестве руководящего начала при создании правовых норм в данной сфере, равно как и при их интерпретации. В этом смысле запрещена любая дискриминация, запрет на почве сексуальной ориентации членов семьи (как указано в законе 26.618) и пола (как это предусмотрено в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, статья 75).

¹⁰³ Ricardo Luis Lorenzetti "Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación", p. 72

Закрепление автономии воли в области семейного права распространяется в частности и на отношения брачные. Именно в этой области, сравнительное правоведение, национальное законодательство и доктрина демонстрируют экспоненциальное развитие принципа, установленного в статье 19 Конституции Аргентины; Доказательством такого развития выступают судебные решения, которыми была признана неконституционность некоторых статей Гражданского кодекса за нивелирование принципа свободы супругов при заключении брака, сожительстве и расторжении брака.¹⁰⁴

Кодекс расширяет круг правомочий членов семьи. Жесткий контроль за семейной жизнью, под предлогом заботы об интересах государства и общества, напротив был заменён плюрализмом, закреплённым международной доктриной в сфере прав человека и гражданина. Поскольку существует право на личную (семейную) жизнь, следовательно, вмешательство государства должно иметь свои пределы.

Таким образом, изменения различных видов вводятся для того, чтобы достичь лучшего и более сбалансированного соотношения между автономией воли индивидов и вмешательства государства, особенно в отношении расторжения брака, так чтобы данную коллизию можно было разрешить наиболее эффективно благодаря помощи междисциплинарного подхода и института посредничества.

Кодекс сохраняет двойную систему урегулирования супружеских отношений, предусматривая как правомочия, так и запреты. При этом некоторые изменения были предусмотрены для того, чтобы Кодекс органично вписывался во всю правовую систему страны. К примеру, в соответствии с установленным законом статуса совершеннолетнего при достижении возраста 18 лет, было отменено согласие родителей для вступления в брак несовершеннолетних лиц, с последующим признанием в суде соответствующего статуса для лиц, не достигших 18.

¹⁰⁴ Ricardo Luis Lorenzetti. *Opt. cit.*, p. 73

Для обеспечения соответствия института брака положениям, касающихся психического здоровья регулируемого Конвенцией о правах инвалидов и Законом № 26.657, предусматривается, как и действующим Кодексом, абсолютный запрет в случае постоянного или временного отсутствия психического здоровья, но возможность заключения всё же существует, если только предполагается, что лицо может быть психически нездорово. В этом случае, брак может быть заключен при наличии предварительного судебного решения.

Некоторые изменения были введены в отношении препятствий для заключения брака; Например: а) легитимность опекуна или попечителя для выражения несогласия в отношении заключения брака подопечным или лицом, признанным ограниченно дееспособным, может быть ограничена в случае наличия соответствующего разрешения, выданного судом, в рамках осуществления им функций судебного контроля; б) родители признаются одной стороной, в случае реализации ими права выступать против любого действия лиц, вступающих в брак с) произошла унификация процедуры вступления в брак.

В целях гармонизации правил заключения брака с другими изменениями, которые были внесены Кодексом, устанавливается, что официальное лицо оглашает только основные брачные права и обязанности; с этой же целью устанавливается чтобы Свидетельство о браке сохраняло возможность выбора режима для вступающих в брак, в случае наличия желания для выбора альтернативного режима совместного проживания. Общий Гражданский кодекс Аргентины устанавливает новую форму организации семьи - "союз, основанный на сожительстве".

Постепенное увеличение числа людей, которые решили организовать свою семейную жизнь путём сожительства наблюдается во всех социальных секторах и географических районах страны¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Ricardo Luis Lorenzetti, *Opt. cit.*, p. 84

Как уже отмечалось, конституционная реформа 1994 года предусматривает принятие различных форм организации семьи, явление, которое регулируется целым рядом специальных законов и судебной практики, которые дали определённые правовые основания для отношений подобного рода, которые отвечают установленным требованиям (стабильность, постоянство, частный характер и открытость). Достижения такого отдельного законодательства и практики как правило носили декларативный характер.

С точки зрения уважения международных прав человека и гражданина, должны быть учтены такие права, как право на частную жизнь, достоинство, равенство, свободу, личную и семейную солидарность, регулирование, хотя и на минимальном уровне, брачных отношений. Данные права закреплены в специальном декрете, которому Общий Кодекс обязан соответствовать. Все эти права должны быть объединены и сформулированы в форме, которая бы не противоречила институту брака.

В отношении проблемы определения баланса между соблюдением автономии воли (свобода выбирать вступать ли в брак, вне зависимости от сексуальной ориентации пары) и поддержанием общественного порядка (соблюдение норм Конституции в отношении уважения семейной жизни) Кодекс содержит правовое регулирование брачно-семейных отношений, но в ограниченном виде. К примеру, закрепляется различие между двумя формами организации семейной жизни (отношения на основании заключённого брака или сожительство), которые основаны на признании того факта, что, согласно статье 16 Конституции Аргентины, в зависимости от модели построения семьи будет применяться и дифференцированный подход.

Юристы в области сравнительного правоведения не выражают единогласия при формировании дефиниции для тех пар, которые живут вместе без заключения традиционного брака. Во французском праве такой тип образования семьи называется "concubinage" во французском праве, "Famiglia di Fatto" в соответствии с итальянским законодательством, "parejas estables" в испанском праве; "unión marital de hecho" в Колумбии; При разработке вопроса

о возможности заимствования, некоторые из приведённых дефиниций были признаны унижительными и отрицательными, поскольку они демонстрируют социальное и правовое порицание в отношении такого типа семьи. В Аргентине, слово "сожительство", содержащееся в предыдущем Гражданском кодексе, имеет уничижительный смысл. Целью создателей Кодекса в данном случае является не только определение соответствующих институтов при соблюдении точности юридической техники, но и чтобы используемые слова отражали реальный смысл регулируемых отношений, чтобы общество адекватно их восприняло. Общественное сознание пошло по пути отрицательного отношения к признанию факта, что пары, которые не состоят в браке являются частью широкого спектра форм семейной жизни. Кодекс определяет это как «союз на основе сожительства». Сожительство, т.е. совместная жизнь с неким партнером, с другим человеком, основанная на любви, вне зависимости от сексуальной ориентации его участников является одним из структурных элементов данной формы образования семьи. Термин "союз" имеет преимущественно значение социального и правового объединения участников. Этот термин не охватывает одним вариантом реализации, но имеет множество выражений с аналогичными характеристиками, но при этом не идентичными. Примером такого плюрализма могут послужить следующие варианты: молодые люди, которые сожительствуют до заключения брака (как "проверка отношений"); пары, которые решили жить вместе вне брака сознательно и добровольно; союзы тех социальных категорий, которые являются заведомо социально уязвимыми ввиду сложившейся практики¹⁰⁶.

Название "союз на основе сожительства" начинается с определения союза, как отношений, основанных на особых эмоциональных связях, носящих характер публичный, известный определённому кругу лиц, стабильный и постоянный, между двумя людьми, которые разделяют жизнь в общем, независимо от их сексуальной ориентации.

¹⁰⁶ Ricardo Luis Lorenzetti, *Opt. cit.*, p. 85

Требования для указанного отношений обуславливают создание определённых правовых ориентиров для соответствующей фиксации таких отношений; в частности, продолжительность такого союза должна составлять не менее двух лет; Общий Гражданский Кодекс осуществил заимствование определённых положений зарубежного законодательства и национальных законов Аргентины, которыми для "союза на основе сожительства" были предусмотрены такие права, как право на пенсию, продление возможного проживания по договору аренды вплоть до смерти арендатора, а также ряд законов, которыми предусмотрены минимальные требования для возникновения и существования такого рода союза. Определение данного термина призвано обеспечить его правовую определенность и избежать правового произвола, который может возникнуть в случае существования неопределенности в этом вопросе.

Кодекс занимает промежуточную позицию в вопросе регистрации "союзов на основе сожительства". Союзы, которые не были зарегистрированы и отвечают всем вышперечисленным требованиям, могут быть признаны в качестве таковых и служить основанием для возникновения соответствующих правовых последствий, несмотря на отсутствие регистрации, если они докажут наличие союза другими средствами. Регистрация не является обязательным средством для возникновения союза, но служит для облегчения его доказывания, а в некоторых случаях, при представлении в отношениях с третьими лицами.

Таким образом, на примере данных положений Общего Гражданского кодекса Аргентины мы можем наблюдать направленность деятельности законодателя на "демократизацию" прав граждан страны в области брачно-семейных отношений, уравнивание в правах всех групп индивидов, вне зависимости от их социальной принадлежности, пола, расы или возраста. Также чётко прослеживается желание закрепить новые формы организации семьи, в соответствии с сложившимся порядком социальных отношений на современном этапе, и выходящим за пределы традиционного института брака.

Понятие и основные положения о наследовании в Аргентине.

К.Ю. Дрючкова

Аспирант кафедры Гражданского и трудового права

Ул. Миклухо-Маклая д.6. Россия, Москва, 117198. E-mail: Narika90@yandex.ru

Ключевые слова: Наследственное право, Аргентина, наследование по закону, наследование по завещанию, завещание.

В Аргентине нормы наследственного права содержатся в Гражданском Кодексе Аргентины 1984г в Книге IV Разделе I «Переход прав умершего соответствующим лицам». В ст. 3.279 ГК наследование определяется как передача активов и обязательств от умершего человека живому, которая может осуществляться либо по закону, либо по завещанию. Как и в большинстве стран в Аргентине существует 2 основания для наследования: по закону и по завещанию. Время открытия наследства определяется датой смерти наследодателя, или датой объявления его умершим.

Наследование по закону будет, когда круг наследников и их доли формируются в соответствии с законом, а наследование по завещанию - если наследодатель оставил действительное завещание.

В Аргентине любое дееспособное лицо вправе составить завещание, в котором оно распоряжается своим имуществом, назначает наследников или иным способом выражает свою волю на случай смерти. Завещание - это всегда письменный документ, составленный в соответствии с требованиями закона, в котором лицо может распорядиться как всем своим имуществом, так и его частью¹⁰⁷. В завещании должна быть выражена непосредственная воля наследодателя, поэтому нельзя делегировать (передать) свое право на составление завещания другому лицу. Для составления завещания необходимо, чтобы наследодатель находился в здравом уме и твердой памяти.

¹⁰⁷ Ст. 3 .607 ГК Аргентины
http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/texactley340_libroIV_S1_tituloXI.htm

Интересно, что у людей с психическими заболеваниями все же есть возможность составить завещание, но только в момент «проблесков сознания», которые должны быть видимыми и достаточно продолжительными.

Не могут составлять завещания немые, которые не умеют ни читать, ни писать, а также лица (не зависимо от пола) не достигшие 18 лет не могут составлять завещания.

Требования к содержанию завещания, критерии его действительности определяются законодательством по месту жительства наследодателя на момент его смерти. По общему правилу, физически или юридически невозможные условия или распоряжения, указанные в завещании, будут признаны недействительными.

Наследниками могут быть как физические¹⁰⁸, так и юридические лица¹⁰⁹ (ст. 3.288 ГК). В отличие от российского перечня недостойных наследников, аргентинский весьма широк и подробен.

Кто не может наследовать:

- Лицо, осужденное, за преступление против личности, включая убийство или покушения на убийство наследодателя, его супруги и детей. Не имеет значения, было ли это лицо исполнителем или сообщником. На невозможность наследовать не влияет полное отбытие наказания за совершенное притупления или же досрочное освобождение.

- Недостойным наследником будет признан и тот, кто, будучи совершеннолетним, знал о насильственной смерти наследодателя и не сообщил об этом в суд или полицию в течение 1 месяца. Но если убийцей был близкий родственник (родители, дети, брат или сестра, супруг) наследник освобождается от обязанности сообщать о преступлении.

- Лицо, которое намеренно ввело наследодателя в заблуждение и заставило изменить завещание.

¹⁰⁸ ст. 3.290 ГК Ребенок, зачатый, в момент составления завещания, может быть наследником, если родиться живым.

¹⁰⁹ Только если закон прямо не запрещает данному виду юридических лиц выступать в качестве наследников.

- Лицо, которое преднамеренно обвинило умершего в совершении преступления, наказание за которое - лишение свободы или общественные работы от 5 лет.

- Если наследодатель лишился рассудка и был оставлен без внимания наследников в гос учреждении.

- В Аргентине к недостойным наследникам будет относиться и лицо, состоявшее в интимной связи с женой покойного.

При этом, наследники недостойных наследников могут наследовать по праву представления. Если недостойный наследник владел каким-либо имуществом наследодателя до его смерти, то он обязан вернуть данное имущество в наследственную массу.

Недостойный наследник может получить наследство, если он указан в завещании, даже если будет доказано, что наследодатель не знал о событиях, которые послужили основанием для признания данного лица недостойным наследником. Если же недостойный наследник получил имущество из состава наследства каким-нибудь иным способом, он обязан его возвратить.

Из определения наследования видно, чтобы стать наследником, необходимо принять наследство. Принятие или отказ от наследства возможен только после открытия наследства, т.к. заявления предполагаемого наследника о принятии или отказа наследства до открытия наследства будут недействительным.

Аргентинским законодательством предусмотрено две формы принятия наследства: высказанное или молчаливое. Высказанное принятие - наследник выражает в уполномоченных на то органах свое намерение стать наследником. Молчаливое принятие – наследник выполняет некие юридические действия, которые могут быть выполнены только собственником. Если же наследник, выполняя некое действие, создавал впечатление, что выступает не как собственник, то не будет считаться, что он принял наследство. При

молчаливом принятии, наследство считается принятым полностью и без оговорок.

Срок принятия наследства составляет 20 лет. Кредиторы и иные заинтересованные лица, через суд, могут сократить срок для принятия решения относительно наследуемого имущества. Однако, существует статья¹¹⁰, согласно которой в первые девять дней после смерти наследодателя наследников не могут обязать решать будут ли они принимать наследство или нет. Если же принятие было результатом умышленных неправомерных действий наследников, кредиторов или иных заинтересованных лиц, то его можно будет оспорить в суде. Принятие будет так же недействительным, если оно было совершено в результате насилия или под угрозой применения насилия.

Таким образом, если невольно сравнить положения о наследовании Аргентины с российским законодательством, можно прийти к мнению, что по некоторым категориям гражданский кодекс Аргентины в большей степени отстаивает интересы наследников.

¹¹⁰ Ст. 3.357 ГК Аргентины <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

Источники гражданского процессуального права Филиппин¹¹¹

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*

В статье дана краткая характеристика источников гражданского судопроизводства Филиппин, в частности, Конституции Филиппин 1987г., Административного кодекса 1987г., Кодекса Мусульманского личного права 1977г., Кодекса местного самоуправления 1991г.

Ключевые слова: право Филиппин, гражданский процесс, гражданское судопроизводство, источники права, Филиппины.

Филиппины – государство в Юго-Восточной Азии. Состоит из множества островов (7107), расположенных в Тихом Океане между Индонезией и Тайванем. Филиппины — президентская республика с двухпалатным конгрессом и независимой судебной системой. Всего в составе Филиппин 17 регионов, 80 провинций, около 1495 муниципалитетов и почти 42 тысячи барангаев (общин). Численность населения - 101,83 млн. чел. На Филиппинах проживает более ста этнических групп, состоящих на 91% из малайцев-христиан, на 4% - из малайцев-мусульман, и на 4,5% - из других народностей.

Национальный язык – филиппинский. Однако, английский язык также является официальным языком общения и обучения (ч.ч. 6 и 7 ст.14. Конституции 1987г.).

Население страны исповедует две основные религии: христианство и ислам. Христианство, в частности католицизм, исповедует более 80% населения. Католицизм был введен Испанией в 1521г., впоследствии американские миссионеры распространили протестантство. Отметим, что Конституция Филиппин отделяет церковь от государства (ст. 2 Конституции

¹¹¹ В статье представлены выводы исследовательского проекта N 14-03- 0665a "Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона" по конкурсу РГНФ 2014 г.

1987г.).¹¹² Однако религия оказала большое влияние на формирование правовой системы Филиппин. Действие мусульманского права на Филиппинах урегулировано специальным законом - Кодексом Мусульманского личного права Филиппин 1977г. (Code of Muslim Personal Laws of the Philippines),¹¹³ в котором предусмотрено создание специальных судов для мусульман – Судов шариата ((Shari'ah Court).

Краткая история создания Филиппинской Республики. В 1521г. на территорию Филиппин высадилась испанская экспедиция Фернана Магеллана. В 1565г. было основано первое испанское поселение. В XVI-XIX вв. Филиппины – колония Испании. В 1898 году, после Испанско-американской войны, Испания передала Филиппины, Кубу, Гуам и Пуэрто-Рико Соединённым Штатам Америки. Во время Второй мировой войны Филиппины были оккупированы японцами. Фактически Филиппинам была окончательно предоставлена независимость в 1946 году. Историческое развитие страны оказало самое непосредственное влияние на становление ее правовой системы, поскольку каждый новый завоеватель привносил свое право, отменяя ранее действующие законы и перекраивая организацию и деятельность судов.

Историю Филиппин принято подразделять на следующие периоды:

- 1) Доиспанский период - до 1521 г. (pre-Spanish period);
- 2) Испанский режим - 1521-1898 гг.;
- 3) Провозглашение Филиппинской Республики 1898 и Американский режим: 1898-1935 гг.;
- 4) Эпоха Содружества - 1935-1946 гг. (Commonwealth era);
- 5) Японская оккупация - 1941-1944 гг. (Japanese occupation);
- 6) Период Республики - 1946-1972 гг.;
- 7) Период военного положения - 1972-1986 гг. (Martial Law Period);

¹¹² Milagros Santos-Ong. Philippine Legal Research// <http://www.nyulawglobal.org/globalex/philippines.htm>

¹¹³ Presidential Decree No. 1083 "Code of Muslim Personal Laws of the Philippines" // http://www.chanrobles.com/presidentialdecreeno1083.htm#U_bhvsV_uE0

8) Продолжение Республики – после 1986 г.¹¹⁴

В доиспанский период на территории Филиппин существовали отдельные сельские общины – барангаи (barangays), которые имели свои обычаи. Известно о существовании двух правовых документов, которые датируются началом XII века: Кодекса Maragtas 1212г. (Maragtas Code) и Уголовного кодекса Kalantiao 1433г. (Penal Code of Kalantiao).

В период колониального владычества Испании на Филиппинах были распространены испанские сборники законов. Наиболее известны из указанных правовых актов: «Фуэро Хузго» (Fuero Juzgo – VII в.); Фуэро реаль (Fuero Real – 1225 г.), «Семь партид» (Libro de las Leyes – Las Siete Partidas – 1263 г.), Законы Торо (Leyes de Toro – 1505 г.). В 1567 г. в Испании было закончено составление девятитомного собрания законов – «Новый свод» (Nueva Recopilacion). В 1680г. специально для испанских колоний в Америке была осуществлена официальная систематизация действующего законодательства «Свод законов королевств Индий» (Recopilacion de las leyes de los Reinos de las Indias). В 1805г. был принят «Новый свод законов королевств Индий» (Nueva Recopilacion de Las Leyes de Indias).¹¹⁵

Позднее, в конце XVIII века на Филиппинах были приняты кодексы по всем отраслям права, основанные на праве Испании. Гражданское судопроизводство было урегулировано Гражданским процессуальным кодексом Филиппин 1856г. (Ley de Enjuiciamiento Civil 1856).

Провозглашение Филиппинской Республики 1898 и Американский режим: 1898-1935 гг. С 1872г. на Филиппинах началась национально-освободительная война против испанского колониального владычества. 12 июня 1898г. была провозглашена независимость Филиппин. Но период независимости длился всего несколько месяцев. Поскольку в то же самое время

¹¹⁴ The ASEAN Law Association. Philippines. Historical Overview// http://www.aseanlawassociation.org/papers/phil_chp1.pdf

¹¹⁵ См. более подробно: Ермакова Е.П. Глава X «История кодификации гражданского процессуального права в странах Латинской Америки» // Право стран Латинской Америки: кодификация материального и процессуального гражданского права. Монография. Под ред. В.В.Безбаха и В.Ф.Поньки. М., изд.РУДН, 2013. С.390-482.

продолжалась война между Испанией и США, которая закончилась в 10 декабря 1898г. подписанием Парижского договора, по которому Филиппины переходили во владение США.

В период американского режима на Филиппинах все ранее действующие законы, не совместимые с Конституцией и законами США, были отменены. Также учсть постигла судебные учреждения Филиппин, которые были реорганизованы по американскому образцу. Но Филиппинам было предоставлено право подготовить и принять свою собственную Конституцию. Проект Конституции был одобрен президентом США Франклином Рузвельтом 23 марта 1935 года и ратифицирован всеобщим голосованием 14 мая 1935 г. Так началась **Эпоха Содружества** - 1935-1946 гг. (Commonwealth era).

Японская оккупация - 1941-1944 гг. В 1941г. Филиппины были оккупированы Японией. Во время японской оккупации Правительство Филиппин было изгнано из страны и находилось в Вашингтоне вплоть до 3 октября 1944г.

Период Республики - 1946-1972 гг. В 1946 г. Филиппины добились независимости и была принята новая Конституция 1946г.

Период военного положения - 1972-1986 гг. В 1972г. президент Филиппин Фердинанд Маркос объявил в стране военное положение. Деятельность гражданских судов была приостановлена и заменена деятельностью военных трибуналов. Президент Маркос был свергнут 25 февраля 1986г.

Продолжение Республики – после 1986 г. Через год после свержения президента Маркоса, 2 марта 1987г. была принята новая Конституция Филиппинской Республики (Constitution Philippines 1987).¹¹⁶

Поэтому в настоящее время правовая система Филиппин представляет собой смесь системы континентального права и системы англо-американского права. Правовые традиции континентальной правовой семьи были сохранены в

¹¹⁶ Constitution Philippines 1987 // <http://www.gov.ph/constitutions/the-1987-constitution-of-the-republic-of-the-philippines/>

области материального частного права: гражданского, семейного, наследственного, контрактного, а также в области уголовного права. Принципы англо-американского права были распространены на сферы конституционного, корпоративного, страхового, банковского права, а также на все процессуальные отрасли права, в частности на нормы, регулирующие гражданское и уголовное судопроизводство. Основными источниками филиппинского права являются Конституция, законы (statutes), международные договоры и судебные решения (judicial decisions).¹¹⁷

В ст. 8 Гражданского кодекса Филиппин (Civil Code) закреплено, что «судебные решения, интерпретирующие Конституцию или законы, являются составной частью правовой системы Филиппин.»¹¹⁸ Обязательными для применения всеми судами страны являются решения Верховного суда Филиппин.

Источники правового регулирования гражданского судопроизводства

Основными источниками права на Филиппинах являются законодательство и другие нормативные акты, иерархия которых включает Конституцию, законы Конгресса, декреты, указы и декреты президента. Филиппинское право хорошо кодифицировано (к началу 1990-х гг. имелось 26 кодексов и кодифицированных законодательных актов).

Нормативные акты в области гражданского судопроизводства были целиком заимствованы из права США. Поэтому в настоящее время, также как и в Гонконге, Индии, Малайзии и других бывших колониях Англии и США, на Филиппинах можно выделить следующие группы источников гражданского процессуального права:

- 1) **Статутное право** (законы)
- 2) **Делегированное законодательство** (правила судов);

¹¹⁷ Dispute Resolution Around the World. Philippines // http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Global%20Dispute%20Resolution/Dispute%20Resolution%20Around%20the%20World/dratw_philippines_2011.pdf

¹¹⁸ Philippine Civil Code // <http://www.gov.ph/downloads/1949/06jun/19490618-RA-0386-JPL.pdf>

3) **Общее право** (прецеденты).

Статутное право Филиппин

В статутное право следует включить: Конституцию Филиппин 1987г., Административный кодекс 1987г., Кодекс мусульманского личного права 1977г., Кодекс местного самоуправления 1991г., законы о судах, декреты президента.

Конституция Филиппин

В ст.8 Конституции Филиппин 1987г., озаглавленной «Судебный департамент», определено, что судебная власть возлагается на Верховный суд и нижестоящие суды, которые могут быть созданы на основании закона.¹¹⁹

Юрисдикцию суда каждого уровня определяет Конгресс, но он не может лишить Верховный суд полномочий, предоставленных последнему Конституцией.

Административный кодекс Филиппин 1987г.

Административный кодекс 1987г. (Administrative Code) содержит раздел «Судебная власть» (Judicial Power).¹²⁰ В указанном разделе определены структура и полномочия судов Филиппин.

Кодекс мусульманского личного права Филиппин 1977г.

Кодекс Мусульманского личного права Филиппин 1977г. (Code of Muslim Personal Laws of the Philippines)¹²¹ регулирует организацию и порядок судопроизводства в Судах шариата (Shari'ah Court), которые входят в судебную систему Филиппин.

Кодекс местного самоуправления Филиппин 1991г.

Кодекс был утвержден Республиканским законом № 7160 от 1991г. (Republic Act No. 7160 - Local Government Code).¹²² Кодекс регулирует порядок внесудебного урегулирования споров органами местного самоуправления

¹¹⁹ Constitution Philippines 1987 // <http://www.gov.ph/constitutions/the-1987-constitution-of-the-republic-of-the-philippines/>

¹²⁰ Administrative Code of 1987// <http://www.gov.ph/1987/07/25/executive-order-no-292/>

¹²¹ Presidential Decree No. 1083 "Code of Muslim Personal Laws of the Philippines" // http://www.chanrobles.com/presidentialdecreeno1083.htm#.U_bhvsV_uE0

¹²² Local Government Code 1991 // <http://www.gov.ph/1991/10/10/republic-act-no-7160/>

общин (барангаев) на Филиппинах, которые называются – Лупон (lupon). В состав Лупон избирается от 10 до 20 членов общины. Лупон возглавляется председателем общины (ст.399 Кодекса 1991г.). В функции Лупон входит внесудебное урегулирование споров между членами общины путем медиации (Mediation), примирения (Conciliation) или арбитража (ст.ст. 402, 411-413 Кодекса 1991г.). Процедура урегулирования спора происходит открыто и без формальностей.

Законы о судах

К законам о судах относятся следующие нормативные акты:

- 1) Закон о судебной реформе 1980г. (The Judiciary Reorganization Act of 1980);¹²³
- 2) Республиканский закон № 7975 и Республиканский закон № 8249 о Суде «Sandiganbayan»¹²⁴ (Republic Act No. 7975, Republic Act No. 8249);¹²⁵
- 3) Республиканский закон № 1125 об Апелляционном налоговом суде (Court of Tax Appeals - Republic Act No. 1125);¹²⁶
- 4) Республиканский закон № 8246 об Апелляционном суде (Republic Act No. 8246);¹²⁷
- 5) Республиканский закон № 7671 об Окружных судах (Republic Act No. 7671).¹²⁸
- 6) Республиканский закон № 8369 о семейных судах 1997г. (Republic Act No. 8369 of the Family Court Law of 1997)¹²⁹

Декреты президента

В перечень декретов президента страны, регулирующих организацию и деятельность судов, можно включить:

¹²³ The Judiciary Reorganization Act of 1980 // http://www.lawphil.net/statutes/bataspam/bp1994/bp_129_1994.html

¹²⁴ Термин «Sandiganbayan» переводится с тагальского языка как «Суд народного адвоката» ("People's Advocate")

¹²⁵ Republic Act No. 7975 // http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra1995/ra_7975_1995.html ; Republic Act No. 8249 // http://laws.chanrobles.com/republicacts/83_republicacts.php?id=8205

¹²⁶ Republic Act No. 1125 // http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra1954/ra_1125_1954.html

¹²⁷ Republic Act No. 8246 // http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra1996/ra_8246_1996.html

¹²⁸ Republic Act No. 7671 // http://www.chanrobles.com/republicacts/republicactno7671.html#.VAAOlvl_sXw

¹²⁹ Republic Act No. 8369 of the Family Court Law of 1997 // http://www.lawphil.net/statutes/repacts/ra1997/ra_8369_1997.html

1) Декрет президента № 842 от 1996г. о Верховном суде Филиппин (Presidential Decree No. 842, and its functions further strengthened by a Resolution of the Supreme Court En Bans dated October 24, 1996)¹³⁰.

2) Декрет президента № 1083 о создании судов шариата (The *Shariah* (*Sharia'a*) Circuit and District Courts -Presidential Decree No. 1083).

3) Декреты президента № 1486 и № 1606 о создании Суда «Sandiganbayan» (Sandiganbayan - Presidential Decree Nos. 1486 and 1606).¹³¹

4) Декрет президента № 1508 (Presidential Decree No. No. 1508) от 1978г. о досудебном рассмотрении споров в общинах (барангях).¹³²

Делегированное законодательство

Прежде всего, к делегированному законодательству относятся правила судов Филиппин (Rules of Court), которые принимает и утверждает Верховный суд. Среди них можно назвать:

1). Пересмотренные Правила гражданского судопроизводства 1997г. (Revised Rules of Court).¹³³

2). Специальные правила судопроизводства в Судах шариата (The special rules of procedure governing the Shari'a Courts).¹³⁴

3). Правила о выдаче приказа ампаро (Rule on the Writ of Amparo) 2007г.¹³⁵ (Ходатайство о выдаче судебного приказа ампаро является средством защиты любого лица от нарушения конституционного права на жизнь, свободу и безопасность).

¹³⁰ Presidential Decree No. 1606, as amended by R.A. NO. 7975 and R.A. NO. 8249 // <http://www.doj.gov.ph/files/1606.pdf>

¹³¹ Sandiganbayan - Presidential Decree Nos. 1486 and 1606 // http://www.lawphil.net/statutes/presdecs/pd1978/pd_1486_1978.html

¹³² Presidential Decree No. No. 1508 // http://www.lawphil.net/statutes/presdecs/pd1978/pd_1508_1978.html

¹³³ Revised Rules of Court// Per Resolution of the Supreme Court in Bar Matter No. 803 Adopted in Baguio City on April 8, 1997// http://www.lawphil.net/courts/rules/rc_1-71_civil.html

¹³⁴ The special rules of procedure governing the Shari'a Courts// Mangontawar M. Gubat. Philippines. Supreme Court. The special rules of procedure governing the Shari'a Courts. Publisher: Quezon City, Philippines : Central Professional Books, 2003.

¹³⁵ Rule on the Writ of Amparo 2007 // <http://www1.umn.edu/humanrts/research/Philippines/The%20Rule%20on%20The%20Writ%20of%20Amparo.pdf>

4). Правила о выдаче приказа «Habeas Data» (Rule on the Writ of Habeas Data) 2008г.¹³⁶ (Ходатайство о выдаче судебного приказа «Habeas Data» является средством защиты любого лица от незаконного задержания).

5) Пересмотренные правила о доказательствах 1997г. (Revised Rules on Evidence: Rules 128-134).¹³⁷

6) Правила об электронных доказательствах 2001г. (Rules on Electronic Evidence).¹³⁸

7) Правила альтернативного разрешения споров 2009г. (Rules of Court on Alternative Dispute Resolution).¹³⁹

8) Правила производства по делам с малой суммой иска (Rule of Procedure on Small Claims Cases).

9). Правила производства о реабилитации корпораций 2008г. (Rules of Procedure on Corporate Rehabilitation 2008).¹⁴⁰

Правила, утверждаемые Верховным судом Филиппин, по своей сути заменяют место законов, которые приняты в других странах в области гражданского судопроизводства. Например, Пересмотренные Правила гражданского судопроизводства 1997г. можно назвать Гражданским процессуальным кодексом Филиппин. Правила о доказательствах 1997г. заменяют место закона о доказательствах, Правила об альтернативном разрешении споров 2009г. – место соответствующего закона об арбитраже и медиации. Такая организация источников правового регулирования гражданского судопроизводства целиком воспроизводит систему источников права США.

Кроме правил судопроизводства Верховный суд также принимает кодексы поведения судей и работников аппарата суда, например:

¹³⁶ Rule on the Writ of Habeas Data) 2008 // <http://www1.umn.edu/humanrts/research/Philippines/Rule%20on%20Habeas%20Data.pdf>

¹³⁷ Revised Rules on Evidence (Rules 128-134) // http://www.lawphil.net/courts/rules/rc_128-134_evidence.html

¹³⁸ Rules on Electronic Evidence. chanrobles virtual law library// http://www.chanrobles.com/rulesonelectronic_evidence.htm#_U_csMMV_uE0

¹³⁹ Rules of Court on Alternative Dispute Resolution // <http://oadr.doj.gov.ph/documents/a-m-no-07-11-08-sc-special-rules-of-court-on-alternative-dispute-resolution/>

¹⁴⁰ Rules of Procedure on Corporate Rehabilitation // http://www.lawphil.net/courts/supreme/am/am_00_8_10_sc_2008.html

1) Кодекс поведения судебного корпуса 2004г. (Code of Judicial Conduct for the Philippine Judiciary).

2) Кодекс профессиональной ответственности юристов 1988г. (Code of Professional Responsibility for the legal profession).

3) Кодекс поведения судебного персонала 2004г. (Code of Conduct for Court Personnel).

С текстами указанных кодексов можно ознакомиться на вебсайте Верховного суда Филиппин: Supreme Court E-Library website.

Прецедентное право Филиппин

Прецедентное право (Case Law or Judicial decisions) являются официальными источниками права на Филиппинах.¹⁴¹ Решения Верховного суда Филиппин обязательны для всех судов на территории страны. Решения Верховного суда подразделяются на две группы: 1) Регулярные решения ("Regular decisions") и 2) Промежуточные резолюции (Unsigned Minute Resolutions). Регулярные решения публикуются в Судебных отчетах (court reports) и входят в Банк решений Верховного суда. Промежуточные резолюции не публикуются.

Решения Апелляционного суда и специальных апелляционных судов: Суда «Sandiganbayan» (Суд народного адвоката - "People's Advocate"), Апелляционного налогового суда (Court of Tax Appeals), - обязательны только для подчиненных судов. С текстами решений можно ознакомиться на вебсайтах соответствующих судов.

¹⁴¹ Milagros Santos-Ong. Philippine Legal Research// <http://www.nyulawglobal.org/globalex/philippines.htm>

Медиация в Японии

Н.В.Ивановская

к.ю.н. доцент кафедры гражданского и трудового права юридического факультета Российского университета дружбы народов.

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

email: ivanovskaya67@mail.ru

В статье освещаются вопросы применения медиации как альтернативного способа урегулирования споров в Японии.

Ключевые слова: альтернативное урегулирование споров, медиация, посредничество, Австралия, гражданский процесс

В Японии выделяют несколько видов альтернативных способов разрешения споров (АРС): примирение, судебное разбирательство соединенное с медиацией, посредничество (медиация), переговоры, заключение соответствующих соглашений. В Японии четко разграничивается понятия «примирение» и «посредничество». При проведении процедуры примирения посредник может консультировать стороны и предлагать им свои пути выхода из конфликта. При посредничестве (медиации) – посредник является нейтральным лицом, оказывающим сторонам содействие в урегулировании спора. Процедура медиации регламентирована рядом специальных законов.¹⁴²

Услуги по проведению медиации предлагаются различными учреждениями – судами, административными учреждениями, общественными объединениями. Крупнейшей организацией, предлагающей услуги посредников по урегулированию споров является Японская коммерческая арбитражная ассоциация (JCAA).¹⁴³

Самыми популярными АРС в Японии является проведение процедуры примирения и посредничества (медиации) судами. Примирение сторон может осуществляться по инициативе судьи или сторон на любой из стадий

¹⁴² Напр. Закон о гражданском примирении, Закон о семье, Закон об урегулировании споров от загрязнении окружающей среды. <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=130>

¹⁴³ <http://www.asianmediationassociation.org/node/38>

судебного разбирательства, а так же возможно и после вынесения судебного решения.

Под медиацией (посредничеством) понимается урегулирование конфликта с помощью нейтрального лица (посредника), которое помогает сторонам выработать свое собственное решение.¹⁴⁴

В зависимости от того, в каком суде проводится медиация, можно выделить два вида: посредничество, осуществляемое в гражданских судах и посредничество в семейных судах.

Медиация (посредничество) широко применяется при разрешении семейных споров и является обязательным при рассмотрении семейных дел в семейных судах.¹⁴⁵

Для споров, вытекающих из земельных, жилищных отношений, дорожно-транспортных происшествий, загрязнение окружающей среды, нарушения таких прав, как доступ к солнечному свету или ветру, рассматриваемых в арбитражных (третейских) судах, также должны применяться примирительные процедуры в соответствии с Законом о гражданском примирении.

При рассмотрении споров в обычных (территориальных) судах, применение медиации не является обязательным.

Закон о гражданском примирении направлен на регулирование процедуры посредничества. Центральной мыслью этого Закона является идея о взаимной уступке спорящих сторон как условию достижения согласия.

О применении процедуры посредничества может заявить в суде одна сторона или обе стороны в письменной или устной форме.

В арбитражном суде судья может по собственной инициативе назначить проведение процедуры медиации без согласия сторон, но только на начальной

¹⁴⁴ Erik Ficks. Models of General Court-Connected Conciliation and Mediation for Commercial Disputes in Sweden, Australia and Japan. http://sydney.edu.au/law/anjel/documents/ZJapanR/ZJapanR25/ZJapanR25_09_Ficks.pdf (перевод автора)

¹⁴⁵ Аналогичное требование об обязательности процедуры медиации при разрешении семейных споров есть и в Англии. См. Ивановская Н.В. Медиация в Англии и Уэльсе. // Вестник РУДН, №1, 2013. С.130-135.

стадии судебного разбирательства, а далее – только при наличии согласия сторон.

Если медиация проводится после возбуждения судебного разбирательства, то создается примирительная комиссия, состоящая из судьи и двух медиаторов. В редких случаях в качестве примиритель судья выступает единолично. Если по каким-либо причинам судья не может выступать в качестве примирителя, то может быть назначен работник суда, имеющий соответствующую подготовку. Затраты на проведение процедуры медиацию в т.ч. и гонорары медиаторов, возлагаются на стороны.

Японское правительство пропагандирует применение медиации, поддерживает подготовку медиаторов на профессиональных курсах обучения. В качестве посредников (медиаторов) выступают не только юристы, их всего 10% от общего числа посредников, но и лица других профессий. Закон устанавливает возрастной ценз к медиаторам – 40-70 лет. Поэтому в качестве посредников часто выступают домохозяйки (в семенных судах), пенсионеры.

Верховный суд ведет список рекомендуемых посредников, который имеют статус государственных служащих занятых на неполный рабочий день.

При проведении процедуры медиации согласительный комитет может привлекать экспертов, а также лиц, заинтересованных в разрешении спора.

Такие лица принимают участие в медиации с согласия комитета или же привлекаются по его инициативе. На все лица, участвующие в процедуре, возлагается обязанность по сохранению конфиденциальности полученной информации. Такое положение – когда в процедуре медиации участвуют не только спорящие стороны, но и другие лица, является нетипичным для медиации.

При проведении процедуры медиации присутствие сторон на первой сессии является обязательным, в случае невыполнения данного требования стороне грозит значительная сумма штрафа. На первой сессии сторонам разъясняется порядок проведения процедуры медиации, а вот все последующие заседания проводятся индивидуально с каждой из сторон. Японские правоведы

полагают, что в случае присутствия на заседании двух спорящих сторон возможен публичный «выплеск» негативных эмоций и как следствие, нарушение достоинства и затруднение достижения соглашения. В этом случае, в отличие от традиционной процедуры медиации, стороны лишены возможности непосредственно заслушать друг друга, а так же «поторговаться» при принятии решения. Представляется, что в этом случае, основанная «тяжесть» убеждения сторон в принятии того или иного решения возлагается на медиаторов. Необходимо учитывать то, что исходя из исторических и культурных традиций Японии, само наличие спора является неправильным поведением. Исходя из этого, задача медиаторов заключается в достижении соглашения путем взаимных уступок сторон, а стороны изначально настроены на достижение компромисса. Кроме этого, согласительная комиссия имеет право запретить сторонам определённое поведение, которое существенно затрудняет примирение или делает его невозможным. Так же примирительная комиссия может посчитать процедуру медиации неэффективной и прекратить ее.

Результат медиации проверяется судом на предмет законности и утверждается. Принятое и утверждённое соглашение имеет силу судебного решения.

Если стороны не могут прийти к соглашению, согласительная комиссия вправе принять решение исходя из сделанных сторонами собственных предложений. Стороны могут обжаловать данное решение, принятие в ходе судебной медиации в течение двух недель со дня получения уведомления о решении.

В заключении хотелось бы отметить, что на формирование института медиации в Японии оказала влияние культура и традиции этой страны. В Японии сложилась вековая традиция отношения к спорам как к «неправильному поведению». Цель разрешения спора – сохранить «свою лицо» или гармонию в отношениях и процедуры медиации и примирения в наибольшей степени отвечают этой позиции.

Злоупотребление правом в рамках банкротства физических лиц в 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 применения категории злоупотребления правом в рамках банкротства физических лиц в США.

Ключевые слова: злоупотребление правом, Акт 2005 года о предотвращении злоупотреблений процедурой банкротства и защите потребителей, Банкротный Кодекс США, текущий ежемесячный доход, тест на наличие средств к существованию, недобросовестность.

Закон о банкротстве физических лиц¹⁴⁶, подписанный Президентом Российской Федерации, В. Путиным, 29.12.2014 г., вступает в силу с 01.07.2015 г. Юридическое сообщество отнеслось критически как к тексту законопроекта¹⁴⁷, так и к подписанному нормативному акту¹⁴⁸.

Несмотря на это, потребность общества в указанном институте назрела уже давно. В связи с чем, первостепенной задачей законодателя было урегулирование указанного вопроса таким образом, чтобы долгожданный институт отвечал своему предназначению.

Внимание авторов настоящего исследования привлекло отсутствие в тексте Закона положений касательно ответственности гражданина за

¹⁴⁶ Федеральный закон от 29.12.2014 N 476-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования реабилитационных процедур, применяемых в отношении гражданина-должника // Российская газета, № 299, 31.12.2014.

¹⁴⁷ Законопроект № 105976-6, внесенный в Госдуму, опубликован 20.10.2012 г. на интернет-портале издания «Российская газета» (URL: <http://www.rg.ru/2012/10/20/bankrotzy-site-dok.html>). Критика законопроекта № 105976-6 см. в статьях: Беляева О. Банкротство граждан // Юридическая газета, № 18, 2011; Сергеев В.В. Проблемы законодательного регулирования процесса банкротства физических лиц (из Комиссии по законодательству о финансовых рынках Ассоциации юристов России) // Банковское право, № 5, 2012.

¹⁴⁸ См., например: «Оценка недели: Банкротство физлиц» // Деловой Омск, № 1 (054), 14.01.2015.

злоупотребление последним своими правами при совершении действий, так или иначе связанных с процедурой банкротства, а также повлекших ее.

Значение принципа недопустимости злоупотребления правом нельзя недооценить. Так, Пленум ВАС РФ в абз. 3 п. 28 постановления от 30.06.2011 г. № 51¹⁴⁹ указывает:

«В случаях когда при рассмотрении дела о банкротстве будут установлены <...> обстоятельства, свидетельствующие о злоупотреблении должником своими правами <...>, суд вправе в определении о завершении конкурсного производства указать на неприменение в отношении данного должника правила об освобождении от исполнения обязательств (статья 10 ГК РФ¹⁵⁰)».

То есть, судам рекомендовано не применять такое существенное последствие процедуры банкротства, как освобождение от обязательств - одно из принципиальных последствий, ради которых имеет место возбуждение соответствующей процедуры. При этом:

1) Термин «злоупотребление правом» имеет к физическому лицу, в отличие от лица юридического, прямое отношение, так как первый совершает сделки, действуя, как правило, в личном качестве. От имени юридического лица действия вправе совершать не только представители по доверенности, но и его органы.

2) Злоупотребление правом имеет в рамках процедуры банкротства несколько иной оттенок и повышенное значение, так как сама процедура банкротства, в принципе, и к сожалению, является благодатной почвой для разного рода злоупотреблений.

3) Термин «злоупотребление правом» описан в рамках ст. 10 ГК РФ в самом общем виде. Это не позволяет правоприменителю активно руководствоваться данной статьей – есть высокий риск отмены

¹⁴⁹ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2011 г. № 51 (ред. от 06.06.2014 г.) «О рассмотрении дел о банкротстве индивидуальных предпринимателей» // Вестник ВАС РФ, № 9, сентябрь 2011.

¹⁵⁰ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 05.05.2014 г.) // Российская газета, № 238-239, 08.12.1994.

соответствующего судебного акта ввиду оценочного характера указанного термина.

Между тем, норма о злоупотреблении правом, по нашему мнению, позволяет надлежащим образом разрешать спорные ситуации исходя из принципа справедливости.

Учитывая вышеизложенное, считаем необходимым обратиться к опыту зарубежных законодателей стран англо-саксонской и романо-германской систем права. Идеи и концепции, к которым обратились иностранные государства, уже сейчас могут быть, по нашему мнению, применены в отечественном законодательстве.

Предлагаем в рамках настоящей статьи рассмотреть концепцию злоупотребления правами физическим лицом в рамках процедуры банкротства, как ее видит законодатель в США.

Категория «злоупотребление правом» в странах англо-саксонской правовой семьи (общее право).

В странах указанной правовой семьи доктрина «злоупотребления правом» в том виде, в котором она используется в Российском законодательстве, не существует. Как отмечает зарубежный исследователь *Michael Byers* в своей статье, посвященной, в том числе, истории развития упомянутого института¹⁵¹, в ней просто нет необходимости.

Автор также подмечает, что в таких странах законодатель старается избегать формулировок, предполагающих широкое толкование в отношении предоставляемых прав. Таким образом, злоупотребить правами, предоставляемыми статутным правом, становится невозможным.

Злоупотребить выводами суда по конкретному делу к собственной выгоде также не представляется возможным в силу того, что при рассмотрении конкретной ситуации суд оперирует исключительно обстоятельствами каждого конкретного дела.

¹⁵¹ Michael Byers. Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age. // (2002) 47 McGill L.J. 389.

Между тем, отмечает *Michael Byers*, данная категория послужила почвой для развития деликтного права.

Категория «злоупотребление правом» в США.

В несколько ином, нежели в Российской Федерации, виде предстает доктрина злоупотребления правом в рамках института банкротства физических лиц в США.

Так, Акт 2005 года о предотвращении злоупотреблений процедурой банкротства и защите потребителей (*The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*)¹⁵² (далее - *ВАРСПА*), внес существенные изменения в так называемый Банкротный Кодекс США (*Bankruptcy Code*). Указанное название носит 11-й титул Кодекса США¹⁵³. Злоупотребление (*abuse*), о котором идет речь в наименовании *ВАРСПА*, касается института банкротства в целом. Назначение *ВАРСПА* – предотвратить такое злоупотребление. Имеется в виду, прежде всего, возможность для гражданина воспользоваться двумя принципиально разными процедурами банкротства, отличающимися последствиями:

1) в результате рассмотрения заявления о признании должника банкротом, поданного на основании главы 7 Банкротного Кодекса США, происходит списание части задолженности, погасить которую не имеется возможности;

2) в результате рассмотрения заявления о признании должника банкротом, поданного на основании главы 13 Банкротного Кодекса США, утверждается план реструктуризации задолженности. То есть, всевозможные долги выплачиваются за счет части будущих доходов гражданина, которые последний получает в течение нескольких лет.

¹⁵² The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (ВАРСПА) of 2005, Pub. L. No. 109-8, § 418, 119 Stat. 23, 108–09 (codified at 28 U.S.C. § 1930(f)).

¹⁵³ 11 U.S.C.

ВАРСРА, используемый с 17 октября 2005 г., затруднил подачу должниками заявлений в порядке, установленном главой 7 Банкротного Кодекса США.

Основные нововведения *ВАРСРА*, касающиеся вопросов злоупотребления правом, будут рассмотрены ниже.

Презумпция злоупотребления. Возможность прекратить производство по делу, возбужденному на основании главы 7, либо переквалифицировать требования согласно главе 13 Банкротного Кодекса США, связана с установлением презумпции злоупотребления. Презумпция устанавливается на основании метода расчета текущего ежемесячного дохода должника (*current monthly income*). Доход подлежит сравнению со средним доходом граждан в штате, где проживает должник. Только в случае, если такой доход превышает средний уровень, а также по результатам применения теста на наличие средств к существованию (*means test*) должнику может быть отказано в применении порядка, предусмотренного главой 7 Банкротного Кодекса США.

С учетом поправок, внесенных *ВАРСРА*, правила главы 7 Банкротного Кодекса США не применяются, если будет выявлено злоупотребление должником (супругами, при совместном банкротстве последних) правами, когда основная часть их долга является задолженностью по потребительскому кредиту. В то время, как в редакции §707(b) Кодекса, до принятия *ВАРСРА*, речь шла исключительно о «существенном характере злоупотребления» (*substantial abuse*). Проверка наличия признаков злоупотребления могла быть инициирована судом, либо доверенным лицом США (*United States trustee*). *ВАРСРА* устранил указанные ограничения.

§707(b) Кодекса в редакции *ВАРСРА* оперирует двумя определениями «злоупотребления».

1) Злоупотребление усматривается в случае, когда презумпция злоупотребления не может быть опровергнута.

2) Злоупотребление также усматривается в случае выявления недобросовестности (*bad faith*) – термин, границы которого определены в §707(b)(3) Банкротного Кодекса США.

Тест на наличие средств к существованию (*means test*). Только в отношении граждан, чей средний ежемесячный доход превышает средний доход граждан в штате, где проживает должник, может быть применен *means test* и, впоследствии, установлена презумпция злоупотребления. Только такие граждане могут быть подвергнуты проверке на наличие признаков злоупотребления в их действиях согласно §707(b)(2) Кодекса.

Прежде чем должник будет подвергнут *means test*, определяется его текущий ежемесячный доход.

Содержание понятия «текущий ежемесячный доход» содержится в §101(10A) Банкротного Кодекса США – средний ежемесячный доход должника (а также его супруга при рассмотрении дела о банкротстве обоих), рассчитанный за шесть месяцев, предшествующих подаче заявления о признании должника банкротом. Некоторые разновидности доходов не учитываются при определении текущего ежемесячного дохода, например, социальные пособия.

Следует иметь в виду, что *means test* применим лишь в случае, если задолженность гражданина возникла вследствие просрочки по потребительским кредитам.

Формула расчета среднего ежемесячного дохода включает также показатель количества членов в семье должника. Чем больше семья, тем выше уровень среднего ежемесячного дохода, применяемого для целей банкротства, что, в свою очередь, ведет к повышению уровня заработка, при превышении которого возникает презумпция злоупотребления процедурой банкротства.

Указанные правила предполагают дальнейшее сравнение текущего ежемесячного дохода гражданина со средним уровнем ежемесячного дохода

граждан штата, в котором проживает должник. Если размер дохода должника превышает такой усредненный доход по штату, применяется *means test*.

Расчет в рамках *means test* производится следующим образом. Из среднего ежемесячного дохода вычитаются определенные разновидности расходов, перечень и отдельные показатели в отношении которых устанавливаются внутренней налоговой службой США (IRS). Вовсе необязательно, чтобы каждая из таких разновидностей расходов производилась ежемесячно.

Перечень расходов содержится в §707(b)(2)(A) Банкротного Кодекса США и включает в себя, например, расходы на проживание, стандартный перечень которых устанавливается IRS, регулярные расходы на содержание трудоспособных членов семьи и др.

После применения *means test* суд констатирует наличие презумпции злоупотребления законом о банкротстве при наличии совокупности финансовых условий, установленных в § 707 Закона о банкротстве, одно из которых – превышение среднего ежемесячного дохода должника над уровнем среднего дохода по штату местожительства. Остальные условия касаются конкретных финансовых показателей.

При наличии определенных условий презумпция злоупотребления законом о банкротстве не возникает. Среди таких условий – тяжелое состояние здоровья должника, призыв в вооруженные силы США и др. (§ 707(b)(2)(B) Банкротного Кодекса США).

Злоупотребление законом о банкротстве при отсутствии признаков презумпции. Даже в ситуации, когда наличие признаков презумпции не установлено, возможность прекратить производство по делу о банкротстве, возбужденному в порядке главы 7 Банкротного Кодекса США, либо переквалифицировать требования остается.

Если средний ежемесячный доход должника менее среднего размера дохода по штату, как было рассмотрено выше, исключительно суд, либо

доверенное лицо США (а также управляющий в деле о банкротстве) могут быть инициаторами прекращения дела, либо переквалификации требований.

Применение презумпции злоупотребления законом о банкротстве. В случае, когда средний ежемесячный доход выше среднего размера дохода по штату, а также после применения *means test*, обратиться с требованием о прекращении дела, либо переквалификации требований вправе любое заинтересованное лицо.

Основанием для прекращения дела, а также переквалификации требований является заявление о наличии признаков недобросовестности (*bad faith*), либо такая совокупность обстоятельств касательно финансового положения должника¹⁵⁴, которая не вызывает сомнений в наличии злоупотребления.

¹⁵⁴ Для этих целей обращают внимание, в том числе, на то, отказался ли должник от различного рода, например, бытовых услуг, которыми пользовался на постоянной основе и т.д.

Семейное право Китая¹⁵⁵

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 семейного права Китая, дана характеристика семейного законодательства КНР.

Ключевые слова: семейное право, Китай, брак, развод.

Традиционная для Китая концепция общественного строя развивалась до XIX века, что без какого-либо иностранного влияния. В Древнем Китае считалось, что человеческие отношения регулируются законами природы. Это нашло свое отражение в учении Конфуция (551-479 г.г. до н.э.). Гармония, являющаяся основой равновесия в мире, рассматривается в двух аспектах – как гармония человека и природы, и как гармония, лежащая в основе взаимоотношений людей между собой. Дальнейшее развитие идеи Конфуция получили в трудах известного китайского философа Тун Чуншу (176-104 г.г. до н.э.), который разработал доктрину космической гармонии.¹⁵⁶ Ее основная идея базируется на постулате о существовании космогонического строя, в котором взаимодействуют земля, небо и люди.¹⁵⁷

Следуя идеям Конфуция император Воу-Ти (140-87 г.г. до н.э.) провозгласил конфуцианство государственной идеологией. Учение Конфуция составляло основу государственной идеологии Китайской империи вплоть до революции 1911 г., согласно которому на переднем плане должны находиться воспитание и убеждение, а не власть и принуждение.¹⁵⁸ Для правовой культуры Китая в течение длительного времени остается характерным преобладание

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ К.Цвайгерт, Х.Кётц. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том I. М. Международные отношения. 1998. С.430

¹⁵⁷ Подробнее см.: Gernet J. Le monde chinois. 1972

¹⁵⁸ Правовые системы стран мира. Отв.ред. д.ю.н., проф. А.Я.Сухарев. М. Норма. 2001. С.319

норм морали над нормами права при регулировании любых вопросов общественной жизни. Появляющиеся со временем законы содержали в основном административные предписания или нормы уголовного права. До 1911 г. брачно-семейные, как и наследственные, торговые и другие отношения регулировались нормами обычного права, отличающиеся партикуляризмом.

Только после революции 1911 г. в Китае начался процесс модернизации традиционного права. Было разработано несколько кодексов по западным образцам при преобладающем влиянии Германского гражданского уложения и права Японии. Брачно-семейные отношения регулировались нормами Гражданского кодекса (главы "Семья" и "Наследование"). В нем закреплялся принцип свободы заключения и расторжения брака, устанавливался возраст лиц, вступающих в брак (для мужчин – 18 лет, для женщин – 16 лет), запрещался брак между близкими родственниками, незаконными признавались браки с несколькими женщинами.

В 1934 г. принимается самостоятельный Закон о браке, заменивший собой Временное положение о браке 1931 г. Им провозглашалась свобода заключения и расторжения брака, устанавливался запрет полигамных браков, упразднялась система заключения брака по соглашению родителей, увеличивался брачный возраст – для мужчин – 20 лет, для женщин – 18 лет. Закон устанавливал обязанность для мужчин в случае развода оказывать материальную поддержку жене и детям. Уравнивались в правах с законнорожденными дети, появившиеся на свет у родителей, не состоявших в зарегистрированном браке. Законом вводилась обязательная регистрация брака в местных органах власти, что должно было способствовать сокращению внебрачных сожительств (которое было особенно распространено в сельских общинах).

Семейное право КНР оформилось в самостоятельную отрасль права в период реформ после революции 1949 г. 1 мая 1950 г. был обнародован Закон о браке, который впервые урегулировал не только вопросы, относящиеся к браку,

но и затрагивал сферу семейных отношений (между родителями и детьми, воспитание и содержание детей, в том числе и после расторжения брака между родителями). В нем закреплялся принцип равенства мужчин и женщин в браке (который был провозглашен и в Конституции 1954 г.), незаконными объявлялись браки, заключенные вопреки воле самих вступающих в брак, уравнивались дети рожденные в браке и вне брака, устанавливалась обязанность родителей воспитывать и содержать своих детей. В области имущественных отношений закреплялся принцип равенства супругов в вопросах владения и распоряжения имуществом семьи, а также его взаимного наследования. Законом запрещалось заключение брака через посредников, двоеженство, не разрешалось иметь наложниц, устранялся запрет на вступление в брак вдовам, вводилась процедура обязательной регистрации брака в уполномоченных государственных органах. Как указывают исследователи, Закон о браке 1950 г. "заложил демократические (но в принципе абсолютно чуждые китайскому менталитету) основы института брака и семьи в КНР".¹⁵⁹ Он сыграл важную роль в формировании правового института брака, закрепив основные принципы защиты прав граждан в области брачно-семейных отношений.¹⁶⁰ Однако несмотря на большую социальную значимость, Закон 1950 г. не затрагивал многих отношений, вытекающих из факта заключения брака. В нем отсутствовали положения, регулирующие личные отношения участников семейных отношений, а также нормы, определяющие порядок владения общим имуществом супругов, не устанавливались различия между общими и личными долгами супругов. В Законе не затрагивались отношения супругов после расторжения брака, вопросы осуществления совместной опеки над детьми после развода и др. Многие его положения были сформулированы настолько в общем виде и в значительной степени абстрактно, что это давало возможность достаточно широкой и вольной их интерпретации.

¹⁵⁹ Почагина О. Семья в Китае: новые формы – новые ценности // Отечественные записки. -2008. - №3

¹⁶⁰ Zhang Xuejuen. Amendment of the marriage law in China//International Journal of law, policy and the family.- 16.- (2002).- 399-409

Начавшееся в 1978 г. реформирование китайского законодательства затронуло все сферы жизни китайского общества в том числе и брачно-семейные отношения. В 1980 г.¹⁶¹ на третьей сессии Всекитайского собрания народных представителей 5-го созыва был принят новый Закон о браке (вступил в силу с 1 января 1981 г.), который в основном унаследовал основные принципы и содержание закона 1950 г., но в то же время содержал и значительные нововведения. Был увеличен брачный возраст на 2 года для мужчин и женщин (22 года для мужчин и 20 лет – для женщин), уточнен перечень запретов на вступление в брак, введена ответственность за нарушения Закона о браке, закреплено положение о планировании семьи, были включены новые статьи, посвященные взаимоотношениям бабушек, дедушек и внуков, а также старших и младших братьев и сестер. Впервые закон закрепил положение о том, что родители выступают законными представителями своих несовершеннолетних детей. За ущерб, причиненный детьми государству, коллективу или отдельным лицам, ответственность возлагалась на их родителей (ст. 17 Закона о браке). Как и в предыдущем в Законе 1980 г. закреплялось право супругов на свободное расторжение брака.

Тем не менее, Закон о браке 1980 г. недостаточно четко урегулировал ряд важных вопросов, например, о разводе, имуществе супругов, ответственности. По-прежнему нерешенными оставались проблемы опеки, последствий регистрации брака с нарушением условий его заключения.¹⁶²

Начиная с середины 80-х годов было принято несколько законов, в значительной степени восполнивших пробелы Закона 1980 г. Вопросы опеки были урегулированы принятыми в 1986 г. Общими положениями гражданского права.¹⁶³ В 1992 г. вводится в действие Закон об усыновлении (принят 29.12.1991 г., действует с поправками 1998 г.)¹⁶⁴, которым определяются общие

¹⁶¹ <http://chinalawinfo.ru/all>

¹⁶² Манухина О.В. Процесс изменения семейного права в Китае (1911-2001 г.г.) //О.В.Мухина //Проблемы Дальнего Востока.- 2006. -№6.-С. 128

¹⁶³ <http://chinalawinfo.ru/all>

¹⁶⁴ <http://chinalawinfo.ru/all>

правила усыновления (удочерения) в КНР. В соответствии с ним усыновлению подлежат дети в возрасте до 14 лет, которые являются: а) сиротами; б) дети брошенные своими родителями; в) дети, чьи родители не могут их содержать в силу особых жизненных трудностей. В качестве усыновителей могут выступать лица, которые: а) достигли возраста 30 лет; б) не имеют детей; в) обладают возможностями дать усыновляемому ребенку образование и воспитывать его; г) отсутствуют заболевания, при которых усыновление не допускается. Усыновитель может усыновить только одного ребенка. Данное ограничение не распространяется на случаи усыновления сирот, детей-инвалидов или детей, оставленных родителями и находящихся на содержании организации социального благосостояния. Законом также определяются обстоятельства, являющиеся основаниями прекращения усыновления, регулируются отношения алиментирования между усыновителями и усыновленными, а также порядок возмещения расходов в случае прекращения отношений усыновления. Глава V Закона устанавливает юридическую ответственность за куплю-продажу и оставление детей.

С 1994 г.(в редакции 2003 г.)¹⁶⁵ действует Положение о регистрации браков. Регистрация браков между гражданами Китая осуществляется органами гражданской администрации народных правительств уездной ступени или народными правительствами волостей и поселков по месту постоянной регистрации одного из супругов. Если одним из супругов является иностранный гражданин, то компетентными признаются органы регистрации браков по месту постоянной регистрации китайского супруга. Для регистрации брака гражданин Китая обязан предоставить: а) удостоверение личности; б) подписанное заявление об отсутствии у супруга другого нерасторгнутого брака, а также кровного родства по прямой или боковой линии, включая третью степень родства. Орган регистрации браков осуществляет проверку представленных документов, а также соблюдение сторонами предписанных

¹⁶⁵ <http://chinalawinfo.ru/all>

законом условий вступления в брак и отсутствие препятствий к его заключению. Если все требования закона соблюдены, то производится регистрация брака с выдачей подтверждающего документа. В противном случае орган регистрации отказывает в регистрации с разъяснением причин.

В течение последующих двадцать лет практика показала эффективность и действенность основных принципов и положений Закона 1980 г. Однако произошедшие изменения в политической и социально-экономической жизни Китая оказали существенное влияние на институт брака и семьи. Резко увеличилось количество разводов, незарегистрированных брачных сожительств, участились случаи насилия в семье и т.д. В 2001 г. в Закон КНР о браке 1980 г. были внесены существенные поправки, вступившие в силу с 28 апреля 2001 г.¹⁶⁶ В последующие годы Верховный народный суд принял разъяснения (№1-2001 г., №2-2003 г., №3-2011 г.)¹⁶⁷ "О некоторых вопросах применения Закона КНР о браке", которые в значительной степени дополняли и разъясняли многие положения закона.

Закон о браке в редакции 2001 г. состоит из 6 глав, содержащих 51 статью:

- I. Общие положения
- II. Брак
- III. Семейные отношения
- IV. Расторжение брака
- V. Меры по оказанию помощи и ответственность
- VI. Дополнительные положения

В общих положениях закрепляются основные принципы, на которых строятся брачно-семейные отношения: свобода брака, моногамия, равенство полов (ст.2 Закона). Прямо закреплен запрет на вмешательство кого-либо с целью принудить стороны к вступлению в брак, включая родителей

¹⁶⁶ <http://chinalawinfo.ru/all>

¹⁶⁷ <http://chinalawinfo.ru/all>

(запрещены браки по договору родителей, а также иные действия, препятствующие свободе брака – ст.3. Закона).

Впервые законом запрещается не только двоеженство (двоемужество), но и сожительство одного из супругов с другим лицом, насилие и жестокое обращение в отношении супруга или иных членов семьи. В случае двоеженства, семейного насилия или жестокого обращения, оставлении семьи при наличии состава преступления виновное лицо в соответствии с законодательством привлекается к уголовной ответственности (ст.45 Закона). Во всех перечисленных случаях, а также при сожительстве одного из супругов с другим лицом в случае расторжения брака, невиновная сторона вправе требовать возмещения вреда. В соответствии с Разъяснениями Верховного народного суда №1 (п.28,29) возмещение ущерба включает компенсацию как психического, так и физического вреда. При этом при определении размера компенсации психического вреда суду надлежит руководствоваться толкованиями Верховного суда по проблемам определения размера компенсации за моральный вред в случаях наступления ответственности за гражданско-правовой деликт. Правом на соответствующую компенсацию обладает только невиновный супруг при условии одновременного предъявления требования о расторжении брака. Суд не вправе будет удовлетворить требование о компенсации при отсутствии искового заявления о разводе.

Статья 4 Закона о браке зафиксировала принципы, на которых должны строиться отношения между супругами и иными членами семьи. Это преданность и уважение супругов по отношению друг к другу, уважение к старшим, забота о младших, взаимная помощь, поддержание равных, гармоничных и цивилизованных семейных отношений. Данные положения базируются на нормах морали и не подлежат принудительному исполнению. В Разъяснении Верховного народного суда №1 указывается, что, если любая из сторон подаст иск на основании ст.4 Закона о браке, то суд такой иск не

принимает. Если все же народным судом было принято заявление, то он обязан вынести постановление об отказе в иске.

Достаточно подробно Законом регулируются вопросы заключения брака. Условиями вступления в брак названы добровольное согласие лиц, вступающих в брак, и достижение ими брачного возраста (для мужчин – 22 года, для женщин – 20 лет). Законом не устанавливается возможность снижения брачного возраста.

Подчеркивается, что поощряются поздние браки и позднее деторождение (ст. 6 Закона). Увеличение численности населения Китая потребовало от государства принятия ряда мер с тем, чтобы рост населения соответствовал социально-экономическому развитию страны. С 1982 г. планирование рождаемости становится одним из важнейших направлений государственной политики Китая. В развитие положения, закрепленного в ст.2 Закона о браке ("Осуществляется планирование рождаемости"), в 2001 г. был принят Закон КНР "О народонаселении и планировании рождаемости" (вступил в силу с 1.09.2002 г.)¹⁶⁸, который установил общий принцип "одна семья – один ребенок". Исключения из этого правила могут быть установлены иными законами и подзаконными актами. В случае нарушения политики по планированию рождаемости на граждан возлагается обязанность уплатить специальный сбор, размер которого увеличивается в зависимости от количества "внеплановых" детей.

Препятствиями к заключению брака может служить одно из следующих обстоятельств:

- наличие прямого кровного родства или родства по боковой линии в пределах трех степеней родства;
- наличие заболевания, при котором с медицинской точки зрения не допускается заключение брака (ст.7 Закона).

¹⁶⁸ <http://chinalawinfo.ru/all>.В данный закон были внесены поправки в 2014 г.

Регистрация брака осуществляется органами регистрации браков, в который будущие супруги обязаны обратиться лично. Если соблюдены все требования закона, то орган регистрирует брак и выдает свидетельство о браке. С момента регистрации брака между мужчиной и женщиной возникают супружеские отношения.

Реформа 2001 г. дополнила вторую главу Закона о браке положениями о недействительности брака. Обстоятельствами, при наличии которых брак признается недействительным, являются:

- двоеженство (двоемужество);
- наличие родственных связей, при которых заключение брака запрещено;
- наличие до заключения брака заболевания, при котором с медицинской точки зрения не допускается заключение брака, если данное заболевание не было вылечено после заключения брака;
- недостижение установленного законом брачного возраста.

В случае, если брак был заключен по принуждению, то сторона, вступившая в брак по принуждению, вправе в течение 1 года со дня заключения брака обратиться в орган регистрации брака или народный суд с требованием об аннулировании брака.

Недействительный или аннулированный брак признаются ничтожными с момента их заключения и не порождают никаких прав и обязанностей между супругами. Судьба имущества, которое приобрели супруги во время совместного проживания, решается на основании их соглашения, а при отсутствии такового – по решению народного суда, который выносит решение в соответствии с принципом защиты стороны, не имеющей вины (ст.12 Закона).

Наиболее значительные изменения претерпели статьи, регулирующие имущественные отношения супругов. В статье 17 Закона о браке перечисляются виды имущества и доходов, которые относятся к общему супружескому имуществу. К ним отнесены: заработная плата, премии, доходы

от производственной и иной предпринимательской деятельности, доходы от использования объектов интеллектуальной деятельности, имущество, полученное в дар или по наследству (исключение составляет имущество, полученное во время брака одним из супругов по завещанию или в дар, если получателем установлен только данный супруг), а также иное имущество, которое должно быть отнесено к совместной собственности супругов.

К личному имуществу каждого из супругов закон относит: добрачное имущество каждого из супругов, выплаты на лечение, пособие по инвалидности, другие платежи, получаемые одним из супругов в связи с причинением вреда здоровью, бытовые предметы, предназначенные для использования исключительно для использования одним из супругов, имущество, полученное одним из супругов в дар или по завещанию, если в качестве получателя установлен только данный супруг, а также иное имущество, которое должно быть отнесено к имуществу одного из супругов (ст. 18 Закона) .

Закон о браке признает законность заключения соглашения супругами относительно как общего имущества, так и имущества , приобретенного до брака. Стороны вправе установить любой режим в отношении своего имущества (раздельной или совместной собственности). Соглашение заключается в письменной форме. В случае неясности его положений будут применяться правила законного режима имущества супругов, установленного статьями 17 и 18 Закона.

Закон устанавливает обязанность супругов содержать друг друга. Аналогичная обязанность закреплена в отношениях между родителями и детьми. В случае уклонения от исполнения соответствующих обязанностей, нуждающаяся в содержании сторона вправе требовать предоставления необходимого содержания в принудительном порядке (ст.20, 21 Закона).

Расторжение брака возможно по обоюдному согласию супругов, а также по требованию одной из сторон. Закон устанавливает ограничения для

определенных лиц. Так, лицо, обращающееся с требованием о расторжении брака, супруг которого находится на действительной военной службе, должен получить согласие супруга-военного за исключением случаев, когда существенная вина лежит на данном супруге-военном (ст.33 Закона). Не вправе требовать расторжения брака муж в течение 1 года после рождения ребенка или в течение 6 месяцев после прекращения беременности жены (ст.34 Закона).

Реформой 2001 г. в Закон о браке была введена новая 5 глава "Меры по оказанию помощи и ответственность", которая посвящена проблемам домашнего насилия и жестокого обращения в семье. Устанавливается право потерпевшей стороны обращаться в различные государственные и судебные инстанции с требованием о прекращении соответствующих противоправных действий. Компетентные органы обязаны в пределах предоставленных им полномочий принимать соответствующие меры по пресечению насильственных действий в отношении членов семьи, в том числе возбуждать уголовное и административное преследование в отношении виновных лиц.

Альтернативные способы разрешения споров в Арбитражном центре интеллектуальной собственности Японии*

Е.П. Русакова

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

В статье анализируются процедуры медиации и консультации Арбитражного центра интеллектуальной собственности Японии.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, промышленная собственность, Арбитражный центр интеллектуальной собственности Японии, медиация, консультация.

Арбитражный центр был создан в марте 1998 года как Арбитражный Центр промышленной собственности Японской Ассоциации Патентных Поверенных и Японской Федерации ассоциации адвокатов для разрешения споров связанных с промышленной собственностью. Арбитражный центр по интеллектуальным спорам начал рассматривать споры с 1 апреля 1998 года, как альтернативный способ разрешения споров¹⁶⁹.

Процедура медиации начинается с подачи заявления в Центр. Данное обращение может быть подано самими сторонами или через их представителей, при условии, что представитель является адвокатом или адвокатом, специализирующемся на патентных делах либо другими лицами, предусмотренными в законе или судебной практике, а также лицами, которых посчитает таковыми Центр.

Список лиц, которые могут выступать в качестве посредников Центра, включает адвокатов, адвокатов, специализирующихся по патентным делам, а также ведущих ученых. Лица, назначенные медиаторами должны разрешить

* 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).

¹⁶⁹ Данные официального сайта Арбитражного центра интеллектуальной собственности: <http://www.ip-adr.gr.jp/eng/>

спор посредством процедуры медиации, используя свои знания и опыт. До утверждения их кандидатур в качестве посредников и начала процедуры медиации, они считаются лишь кандидатами в посредники.

В заявлении должно содержаться следующее: имена (названия), адрес места жительства (регистрации), контактная информация (номера телефонов, факсов, адреса электронной почты); имена и адреса представителей, если таковые имеются; краткое содержание спора; суть спора, из-за которого подано заявление в арбитраж; а также указание о предпочтительном количестве посредников для разрешения спора (одного или трех). Необходимо также подтвердить квалификацию представителей заявителя или ответчика, если одна из них является юридическим лицом; предоставить доверенность, если заявление было подано представителем; приложить к заявлению письменные доказательства публикации патента или торговой марки, которые указывают на объем прав, которые стали основанием для спора и другие доказательства, нотариально заверенный документ, дающий полномочия агенту на совершение определенных действий в интересах принципала, копии всех письменных доказательств в зависимости от количества ответчиков и посредников.

Все вышеуказанные документы должны быть в Юридическом Бюро, которое занимается проверкой документов в течение 3 месяцев. Все документы должны быть поданы одновременно с заявкой.

Кроме того, заявитель должен внести определенные денежные средства на депозитный счет Центра, для того, чтобы спор был рассмотрен. Каждое заседание оплачивается отдельно сторонами и мировое соглашение также. Все расходы, связанные с ведением процесса оплачиваются сторонами. Стоимость процедуры зависит от количества посредников. Физические лица, малые и средние предприятия, а также общественные организации могут обратиться в центр с заявлением о снижении суммы сбора.

В Центре действуют специальные Правила ведения процедуры медиации, которые начали действовать с ноября 2004 года, с изменениями 2006-2007 гг.

Что касается количества посредников, то по общему правилу их должно быть два, за исключением если стороны указали на то, что спор должен быть рассмотрен одним либо тремя посредниками. В случае, если стороны пришли к соглашению о том, что спор должен быть рассмотрен одним посредником его кандидатура должна быть одобрена обеими сторонами.

Посредник должен следовать Правилам ведения медиации и приложить все усилия для того, чтобы спор разрешен мировым соглашением, а также быть независимым, справедливым и беспристрастным. В случае наличия любых обстоятельств, которые ставили бы под сомнение, указанные выше профессиональные качества посредника, об этом должен быть уведомлен Центр, а Центр должен поставить в известность об этом стороны. Кроме того, если стороны назначат в качестве медиатора лицо, которое имеет личную заинтересованность в исходе дела, такое лицо не сможет участвовать в процессе, да и сам медиатор может отказаться от ведения дела при наличии достаточных на то причин. В такой ситуации Центр предоставляет сторонам нового посредника, а также, в случае, если одна из сторон в течение 14 дней с момента назначения посредника отклонила данную кандидатуру.

В Центре также предусмотрена возможность назначение помощников посредника из специального списка таких кандидатур. Помощники исполняют обязанности, в соответствии с инструкцией: присутствуют на слушании; изучают определенные вопросы (факты по делу, законодательство, судебные прецеденты) для того, чтобы сделать правовую записку для посредника; предлагают свое решение спора, а также делают все возможное для более быстрого решения спора.

Центр предлагает сторонам также процедуру Консультаций по разрешению споров связанных с интеллектуальной собственностью. Данную процедуру проводят адвокат, специализирующийся по таким спорам и патентный поверенный. Консультация проходит в месте, которое укажет Центр и чаще всего это конференц-зал Центра. Ведет эту процедуру адвокат и (или)

патентный поверенный, включая медиатора, арбитра и кандидаты из списков помощников медиатора и арбитра.

За такую услугу предусмотрена почасовая оплата, но каждый последующий час стоит меньше. Стоимость услуги зависит от количества консультантов, если их двое, то оплата увеличивается в среднем на 80%. Кроме того, если консультация не закончена за один раз, то она может быть продолжена позже по желанию клиента. Очень сложно определить стороне, какие документы должны быть представлены или дело требует более полного изучения. По желанию клиента консультация может быть записана, она содержит краткий обзор дела, а также ответы на вопросы.

Компании, которые делают заключения, по вопросам связанным с интеллектуальной собственностью, сталкиваются с трудностями из-за отсутствия информации, на которой можно основывать свое решение. Например, бывают ситуации, когда компании не нуждаются в письменном заключении эксперта, но хотела бы собрать больше информации или исследовать вопрос посредством получения ответов на заданные вопросы. В таких ситуациях, более предпочтительным, является как раз «консультационный отчет», это упростит внутреннее делопроизводство.

Медиация в Арбитражном центре интеллектуальной собственности Японии*.

к.ю.н., доц. Е.В. Ситкарева, к.ю.н. Е.П. Русакова
*Преподаватели кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
Тел.: +7 (495) 433-1428, email: kafedra_gtp@mail.ru*

В статье анализируются процедура медиации Арбитражного центра интеллектуальной собственности Японии.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, промышленная собственность, Арбитражный центр интеллектуальной собственности Японии, медиация.

Для того, чтобы спор был рассмотрен посредством применения процедуры медиации, заявитель должен в письменном виде оформить заявление с приложениями по числу лиц участвующих в деле (в зависимости от количества ответчиков и посредников), и предоставить это в канцелярию Арбитражного центра по интеллектуальным правам Японии.

Сама процедура происходит следующим способом: стороны извещаются о месте проведения слушаний, кроме того сторонам отправляется список вопросов на которые они должны ответить.

Уведомления отправляются на адрес места постоянного жительства или почтовый адрес «адрес уведомления», за исключением заказных писем с уведомлением о вручении.

Место проведения слушаний определяются сторонами, а также предусмотрена возможность проведения слушаний посредством телеконференции или любым другим способом.

Принцип конфиденциальности процесса посредничества также соблюдается Центром. Все слушаний проведенные Центром, отчеты, посредники помощники, кураторы, руководство Центра, секретариат и представители сторон обязаны соблюдать данный принцип.

Далее посредник и стороны составляют план проведения данной процедуры, для этого посредник согласовывает график слушаний. Вся процедура должна занять максимум 6 месяцев от даты первого слушания и не более 3 слушаний. Посредники могут потребовать, чтобы стороны провели необходимую подготовку в рамках незапланированных встреч, для предоставления дополнительных доказательств.

Кроме того, в рамках слушаний существуют «условия для защиты тайн», стороны, прежде чем представить очередные материалы, могут предложить посреднику держать особые части доказательств в секрете от другой стороны, а тот в свою очередь должен выполнить данное требование.

Медиатор в процессе урегулирования спора обязан учесть интересы всех заинтересованных лиц. Все слушания должны быть зафиксированы медиатором в отчете, а стороны должны под ним поставить свои подписи. В нем должно содержаться: тип слушания, дата, время, место проведения и лица, участвующие в деле.

Медиация завершается, если: 1) у ответчика нет, намерения заключить соглашение, 2) заявление о проведении данной процедуры было отклонено центром, 3) дело невозможно разрешить мирным путем, 4) стороны заключили мировое соглашение, 5) стороны решили передать спор в арбитраж.

Идеальным окончанием процесса является заключение сторонами мирового соглашения, а посредники выступают свидетелями его исполнения, которое скрепляется подписями и печатями.

Затраты на данную процедуру по общему правилу распределяются между сторонами пропорционально.

Однако возможны случаи перехода из медиации в арбитраж, если:

1) стороны достигли мировое соглашение, в ходе процедуры медиации, то стороны могут ходатайствовать о вынесении арбитражного решения, которое бы воспроизводило текст соглашения и спор передают в арбитраж. В арбитражном процессе арбитрами будут выступать посредники, что при

процедуре посредничества, 2) стороны сами приняли решение о переводе спора в арбитраж, то, как только данное заявление попадает в центр, об этом выносится определение. Во всех вышеуказанных случаях по заявлению сторон посредники в арбитражном разбирательстве могут быть арбитрами. И в первом случае стороны освобождаются от уплаты арбитражного вноса. Все расходы на медиацию делятся между сторонами, если иное не предусмотрено соглашением.

Нужно отметить, что процедура медиации проходит под четким руководством Центра, так называемым «руководящим комитетом», вся административная работа осуществляется секретариатом Центра.

Руководящий комитет должен после получения обращения о проведении процедуры медиации назначить куратора, который будет управлять конкретным делом.

В обязанности куратора входит ускорение процедуры. Для этого, он может посещать слушания по мере необходимости. По окончании процедуры куратор обязан подготовить письменный отчет для Центра.

Если рассматривать данную процедуру с другими центрами, можно констатировать тот факт, что при проведении данной процедуры задействовано большое количество лиц преследующих одну цель: быстрого профессионального разрешения спора.

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

Косвенные доказательства: взгляд компаративиста

Д.И. Смольников

*Аспирант кафедры судебной власти и организации правосудия
факультета права НИУ ВШЭ
ул. Малая Ордынка, д. 17, Москва, 119017*

В статье рассматривается история института косвенных доказательств в России и за рубежом (до XIX века).

Ключевые слова: косвенное доказательство, прямое доказательство, формальное доказательство.

A comparatist's view of the circumstantial evidence

D.I. Smolnikov, post-graduate

Department of Judicial Power and Justice Administration

Faculty of law

National Research University Higher School of Economics

17 Malaya Ordynka Str. Moscow, 119017

The article concerned the history of circumstantial evidence in Russia and in foreign countries (until the XIX century).

Keywords: circumstantial evidence, direct evidence, formal proof.

Косвенные доказательства в науке гражданского процесса всегда оставались малоизученными. Как бы это не могло показаться удивительным, пристальное внимание к косвенным доказательствам было обращено и продолжает удерживаться теоретиками уголовного процесса. Причем не только в России, но и за рубежом.

Из приводимых российскими и зарубежными историческими исследователями примеров можно сделать вывод, что косвенными доказательствами (*circumstantial* или *indirect evidences*) были доказательства, которые не подтверждали безусловно виновность лица в совершении преступления. Это некие признаки, приметы, на основе которых путем умозаключения можно было прийти к выводу о преступлении.

Косвенные доказательства берут истоки еще в Римском праве¹⁷⁰. Ритор Марк Фабий Квинтилиан в своих судебных речах разработал концепцию искусственных доказательств (*conception of artificial proofs*). Например, пятна крови на одежде у подозреваемого могут свидетельствовать о том, что произошло убийство. Впрочем, не исключено что их появление стало результатом кровотечения из носа. Однако вместе с другими косвенными доказательствами (например, обнаружение подозреваемого на месте преступления, высказыванием им угроз в адрес убитого) они могли стать решающими в доказывании вины¹⁷¹.

В истории судопроизводства был период, когда истина устанавливалась с помощью ордалий (или испытаний). Однако в этом периоде собственно само испытание и было доказательством. Суд что-либо не исследовал – он лишь следил за правильностью поединка и констатировал, что доказательство есть. Поэтому этот период в статье не рассматривается. В случае с формальными доказательствами судья также исключен из оценки доказательств. Вместо него доказательства уже заранее оценил законодатель, определив их силу¹⁷².

Косвенные доказательства появились во многом благодаря традициям римско-канонического права. В Средневековье юристы разработали систему полных, или формальных, доказательств. Каждому из доказательств была присвоена доказательственная сила. Осудить человека можно было только на основе полных доказательств – свидетельских показаний двух хороших свидетелей (в ту эпоху это были мужчины) либо собственного признания обвиняемого. Также появились и дробные доказательства – «половина», «четверть» доказательства (показания одного свидетеля, показания женщины). Они-то и стали прообразом косвенных доказательств (и в дальнейшем ученые

¹⁷⁰ Здесь и далее за основу взята работа *Shapiro, B. J. Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991.

¹⁷¹ *Shapiro, B. J. Ibid.* P. 202.

¹⁷² Об этом см., Фойницкий, И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Том II. – СПб: Сенатская типография, 1910. – С. 196. Такого же мнения придерживался и П.И. Люблинский, см. Стифен Дж., Очерк доказательственного права. / Перевод с англ.яз. с вступительным словом П.И. Люблинского. – СПб.: Сенатская типография, 1910. – С. XV. К тому же не ставится цель определить точный век появления косвенных доказательств – важнее определить условия и причины зарождения института.

не раз назовут неполные доказательства – или недостаточные – косвенными). Но на основе таких неполных доказательств осудить человека долгое время было нельзя.

Впрочем, такие косвенные доказательства (или признаки, *indicia*) хоть и не рассматривались как доказательства, но они могли стать основой для применения к подозреваемому пытки, а это позволило бы получить прямое доказательство, признание. Существовавший в это время строгий стандарт доказывания (внутренняя убежденность судьи) привел к тому, что на практике его было очень тяжело достичь без полного доказательства, как правило, признания, добываемого с помощью пыток. В итоге в отдельных итальянских коммунах судьи на рубеже XII-XIII веков стали осуждать на основе лишь косвенных доказательств. В работах итальянских юристов появляются упоминания, что для осуждения необходимы несомненные признаки¹⁷³. Однако наказания могли быть лишь денежные либо телесные – смертная казнь на основе косвенных доказательств (признаков) не применялась.

В XIV веке итальянские судьи осуждают на основе убедительных признаков (*conclusive indicia*), ссылаясь на работы известного юриста Бартоло да Сассоферрато. Он приводит пример, когда убийцей можно признать человека, убегающего с окровавленным мечом из дома, в котором находят убитого. Этот пример станет классическим на века. Здесь же юристы используют понятие презумпций или предположений, с помощью которых они приходят к выводу о виновности человека на основе убедительных признаков (косвенных доказательств). Данное обстоятельство очень важно – косвенные доказательства позволяют прийти к главному факту именно на основе предположения (презумпции).

Косвенные доказательства допустили и в ряде иных случаев. Например, при совершении громкого и общеизвестного преступления или для применения института *poena extraordinaria* – осуждения по подозрению. *Poena*

¹⁷³ Shapiro, B. J. Ibid. P. 204.

extraordinaria позволяла применить лишь мягкие виды наказания (штрафы). Этот институт на долгие годы станет одним из основных в правовой системе Франции. Схожую оценку зарождению косвенных доказательств можно найти и у профессора И.Я. Фойницкого¹⁷⁴.

В Англии дело с косвенными доказательствами обстояло иначе. Это объяснялось тем, что там оценкой доказательств занимались суды присяжных, которые были свободны от строгой формальной системы доказательств. Профессор Шапиро не исключает, что косвенные доказательства использовались на практике, не имея при этом теоретической основы. Например, обнаружение украденной вещи могло послужить основой для осуждения в краже¹⁷⁵. Но здесь, вероятно, присяжные руководствовались здравым смыслом. Впрочем, были и те, кто решительно выступал против использования косвенных доказательств.

В работах английских юристов того времени не раз встречается указание на косвенные доказательства. Например, когда отсутствовали прямые свидетельские показания, то внешний облик человека был весомым основанием («*strong presumption*») для выяснения его возраста. Пример с окровавленным мечом также нашел свое место в английском праве – его ввел сэр Эдвард Кок (*Sir Edward Coke*). Окровавленный меч стал примером убедительного доказательства в совершении преступления.

На развитие института косвенных доказательств повлияло, быть может, сильнее всего колдовство. Английские юристы, как и их коллеги с континента, заметили, что прямые доказательства есть не во всех делах. Например, в делах о колдовстве, очевидно, что магические ритуалы совершаются без свидетелей. Юристы с континента признавали, что по таким преступлениям (а также по иным тайным преступлениям) невозможно применить высокий стандарт доказывания, достигнуть которого можно, лишь представив свидетелей. Поэтому допустимо использовать улики. Английские юристы также понимали,

¹⁷⁴ Фойницкий, И.Я. Указ. соч. С. 197.

¹⁷⁵ *Shapiro, B. J. Ibid. P. 207.*

что в таких делах есть лишь косвенные доказательства, приводящие на основе презумпций к убежденности в виновности. Практикующие юристы в своих работах их прямо допускают. Однако на практике доказательства приходилось оценивать присяжным, которые ученых трудов не читали. Профессор Шапиро заключает, что для рядовых англичан XVII века косвенные доказательства оставались загадочными, однако их использовали, чтобы обвинить человека в совершении преступления¹⁷⁶.

Не трудно заметить, что для разделения доказательства на прямые и косвенные использовались различные основания. Во-первых, в период инквизиционного процесса под ними понимали полные и неполные доказательства: были собственно доказательства и некие признаки, улики, части доказательства. Из этого же основания развивается иное деление: на прямые свидетельские показания (это и есть прямое доказательство) и на обстоятельственные (или косвенные) доказательства. Во втором случае градация происходила в зависимости от того, как воспринимался искомый факт. Свидетель сам видит факт и говорит о нем суду. Косвенные же доказательства появлялись из вещественных доказательств, из предположений, из улики. Они основывались на каких-то обстоятельствах, фактах.

А вот XVIII век стал для косвенных доказательств в праве Англии переломным (как минимум, в оценках практикующих юристов). По неизвестной причине среди юристов зародилась дискуссия, какие доказательства – прямые (именно прямые свидетельские показания) или косвенные – лучше. И в итоге предпочтение было отдано последним. Непогрешимым на многие года стало выражение «обстоятельства или факты не могут лгать» (*«facts can not lie»*)¹⁷⁷. В отличие от свидетелей. Суд присяжных не раз осуждал на основе косвенных доказательств, понимая, что в отдельных случаях нужны неоспоримые прямые доказательства. Иногда это

¹⁷⁶ Shapiro, B. J. Ibid. P. 211.

¹⁷⁷ Shapiro, B. J. Ibid. P. 217.

минимизировали с помощью презумпций права¹⁷⁸. Презумпция права позволяла судье, давая напутствие присяжным, признать факт доказанным на основе лишь косвенных доказательств, поскольку именно такое правило содержалось в законе.

В России о косвенных доказательствах в научной литературе практически не упоминается. Причем долгое время судопроизводство не разделялось на виды – на гражданский процесс и процесс уголовный. Изначально не было и собственно процесса – из-за тесных родовых связей любое разбирательство спора проходило открыто, публично, а о самом нарушении было широко известно. Часто судебных доказательств вообще не требовалось, потерпевшему верили на слово (несправедливое обвинение влекло позор и на самого заявителя, и на его род). Заявителю было необходимо представить лишь признаки нарушенного права, например телесные повреждения. Эти признаки с большой долей условности можно назвать косвенными доказательствами (хотя доказательств тогда не было).

В последующем, когда родовые связи стали слабеть, а вместе с этим стало ослабевать и общее доверие, процесс стал формализоваться, появилась необходимость в судебных доказательствах (четкого исторического момента такого перехода не было). Ими были свидетельские показания, ордалии (или суд Божий), собственные показания потерпевшего. Что интересно, доказательствам заявителя верили, ответчиком же доказательства не представлялись. Никакого состязания не было. В уже формализованном процессе осталось место и признакам (или следам) нарушенного права. Думается, не случайно С.В. Пахман называет их «уликами». Они признавались бесспорными доказательствами¹⁷⁹ (хотя, по сути, являлись лишь косвенными). Например, собственник движимой вещи, лишившийся владения и объявив об этом немедленно на торгу, мог изъять эту вещь у лица, у которого она будет обнаружена, а также 5 гривен за обиду. Вервь (община) была обязана заплатить

¹⁷⁸ Shapiro, B. J. Ibid. P. 242.

¹⁷⁹ См., Пахман, С.В. Указ. соч. С. 37-40.

за кражу бобра, если были обнаружены орудия для его ловли. Достаточность таких признаков сохранялась долгое время – упоминание о них можно найти в Двинской уставной грамоте конца XIV века. Однако С.В. Пахман называет их анахронизмами¹⁸⁰ – это признаки явно не вписывались в строго формальные судебные доказательства.

С начала XV века и вплоть до Соборного Уложения 1649 года основными доказательствами станут свидетельские показания. Началось зарождение следственного процесса и отделение процесса гражданского от процесса уголовного. Это лишь отчасти повлияет на сами доказательства (например, в гражданском процессе вместо пытки допустили присягу)¹⁸¹. Есть упоминания и о неполных доказательствах в тот период. Поначалу ими были письменные доказательства – для их подтверждения необходимо было представить свидетелей¹⁸². Чем-то они напоминают косвенные доказательства, особенно, если вспомнить систему формальных доказательств. Правда, некоторые исследователи отмечают, что в тот период были популярны внесудебные способы разрешения частных споров, поскольку судебный процесс был крайне формализованным¹⁸³. Вероятно, такие способы допускали менее формализованные «доказательства» (в том числе, и косвенные). Однако вряд ли для внесудебного разрешения спора уместно использовать этот термин.

В дальнейшем (если рассматривать период до Судебной реформы 1864 года) косвенные доказательства как самостоятельная категория в гражданском процессе так и не появились. Хотя встречалось упоминание о совершенном доказательстве¹⁸⁴, следовательно, были и иные, «несовершенные» доказательства. В уголовном процессе при Петре Великом появляются формальные доказательства. В законодательстве XIX века встречались

¹⁸⁰ Там же, С. 124.

¹⁸¹ Там же, С. 144.

¹⁸² Там же, С. 204.

¹⁸³ Малешин, Д. Я. Самобытность развития российского гражданского процесса // Правоведение. – 2010. – № 4. – С. 220.

¹⁸⁴ Дегай, П.И. Учебная книга российского гражданского судопроизводства губерний и областей на общих правах состоящих, составленная для Императорского Училища правоведения Павлом Дегаем. – СПб: привилегированная тип. Фишера, 1843. – С. 65

упоминания об уликах – они, как и на Западе, не были достаточны для применения наказания. На основании улик можно было лишь оставить в подозрении (из 100% приговоров только 12,5 были обвинительными, остальные 87,5% - об оставлении в подозрении)¹⁸⁵.

Проделанный беглый анализ зарождения института косвенных доказательств позволяет сделать несколько выводов. Без использования косвенных доказательств не могла обойтись ни одна правовая система. Это универсальный институт. Причем появление косвенных доказательств было вызвано наличием системы формальных доказательств. Косвенные доказательства не признавались собственно доказательствами. И здесь намечается тенденция к появлению различных оснований для деления доказательств на прямые и косвенные.

Также становится очевидно, что если использовать лишь прямые и неопровержимые доказательства, то рано или поздно юристы столкнутся с проблемой: в удовлетворении массы требований, которые не подтверждаются прямыми доказательствами, придется отказать. Однако человеческое познание несовершенно, и в любом случае приходится довольствоваться лишь оценочными суждениями. Более того, оценивая прямые доказательства, например, свидетельские показания, судья должен решить, достоин ли свидетель доверия, иными словами, являются ли его показания достоверными. Но доверие судьи всегда останется вероятным. Также история права показала, что косвенные доказательства связаны с презумпциями. Без презумпции (или предположения) нельзя сделать вывод и прийти к главному факту.

¹⁸⁵ Фойницкий И.Я.. Курс уголовного судопроизводства. Том I. – СПб: Сенатская типография, 1912. – С. 36.

Преюдициально установленные факты в гражданском процессе Гонконга, Сингапура и Малайзии

В.А. Черепанов

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: vlad21profi@mail.ru*

В данной статье автором исследуется вопрос о понятии термина *res judicata* (запрете оспаривания ранее установленных фактов), его содержании, источниках, а также дается общий анализ отдельных законодательных положений и судебных прецедентов Гонконга, Сингапура и Малайзии в части *res judicata*.

Ключевые слова: *res judicata*, запрет (истопл), доказательства, факты, закон, прецедент, гражданский процесс.

Основа доктрины о запрете оспаривания фактов, установленных ранее в судебных решениях (преюдиция, *res judicata*), была заложена еще в римском праве. Ее суть сводилась к двум постулатам: «никто не должен быть судим дважды по одному и тому же основанию» (*nemo debet vexari pro una et eadem causa*) и «публичный интерес требует, чтобы тяжбе был положен конец» (*interest reipublicae ut sit finis litium*).¹⁸⁶

Несмотря на то, что в действующем законодательстве Гонконга, Сингапура и Малайзии можно встретить упоминания термина *res judicata*, его содержание не раскрывается.¹⁸⁷ В правоприменительной практике суды часто используют определения, данные английскими учеными или судьями.¹⁸⁸ Например, в решении малазийского суда по делу *Rauyan Jenayah No. 05-137-2008 (W)* суд сослался на работу английских юристов: «В английском праве *res*

¹⁸⁶ David A R Williams, QC & Mark Tushingham. The Application of the Henderson v Henderson Rule in International Arbitration, (2014) № 26 Singapore Academy of Law Journal, P. 1037.

¹⁸⁷ Например, ст. 25 Закона о судопроизводстве Малайзии 1964 г. (во взаимосвязи с Приложением к ст. 25 (2) в части п. 11) <http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%202/Act%2091.pdf>

¹⁸⁸ Корнев А.В. Правоприменительные и правотворческие аспекты правосудия // Вестник РУДН. Серия "Юридические науки". 2014. № 3. С. 13-23

judicata это окончательное судебное решение, вынесенное компетентным судом в отношении сторон в рамках основания и предмета судебного разбирательства, которое раз и навсегда разрешает спорные правоотношения, вследствие чего они не могут быть в дальнейшем пересмотрены теми же сторонами или заинтересованными лицами».¹⁸⁹ В решении суда Сингапура *res judicata* определяется со ссылкой на решение английского суда как «средство, с помощью которого закон препятствует повторному рассмотрению споров, за исключением их пересмотра в порядке апелляционного производства».¹⁹⁰

В правоприменительной практике судов Гонконга, Сингапура и Малайзии принято выделять две формы *res judicata*: 1) *cause of action estoppel* (запрет нового иска по рассмотренным ранее основаниям) и 2) *issue estoppel* (запрет возражений по решенному вопросу).

В первом случае, как указано в решении сингапурского суда, *cause of action estoppel* означает «...запрет стороне утверждать или отрицать существование определенного основания для иска, отсутствие или наличие которого было ранее установлено компетентным судом в предыдущем судебном разбирательстве между теми же сторонами».¹⁹¹ Другими словами, это форма *res judicata* представляет собой запрет повторного разбирательства по тем же основаниям иска, если совпадают стороны и предмет спора. Как отмечал Пучинский В.К., решение поглощает и тем самым разрушает основание иска и поэтому нельзя использовать для нового процесса ту же группу фактов, даже если им дана иная юридическая квалификация.¹⁹²

Сложнее дело обстоит с пониманием преюдиции в форме *issue estoppels*. По сути дела данная форма *res judicata* представляет собой запрет возражений по ранее разрешенным вопросам (*issue*), которые рассматривались в рамках

¹⁸⁹ Решение малайзийского суда по делу Rayuan Jenayah No. 05-137-2008 (W) P. 5.

www.kehakiman.gov.my/directory/judgment/file/05-137-2008%2520_W_.pdf+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ru

¹⁹⁰ Решение сингапурского суда по делу Lee Seng Eder v Wee Kim Chwee and others [2015] SGHCR 2 at 12. http://www.lawnet.com.sg/legal/ln2/rss/judgment/16889.html?utm_source=rss%20subscription&utm_medium=rss

¹⁹¹ Решение сингапурского суда по делу Tan Hup Yuan Patrick v The Griffin Coal Mining Co Pty Co. [2014] at 17. <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/high-court-judgments/15677-tan-hup-yuan-patrick-v-the-griffin-coal-mining-co-pty-ltd-administrators-appointed-and-others-2014-sghc-156>

¹⁹² Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М.: Зерцало, 2008. С. 208.

вопросов, составляющих необходимый элемент основания иска.¹⁹³ Если в последующих судебных спорах между теми же сторонами кто-либо из участников процесса попытается заявить о повторном рассмотрении того же вопроса, то правила о *issue estoppels* не позволят ему этого сделать.¹⁹⁴ Главное отличие *cause of action estoppel* от *issue estoppels* заключается в том, что в последнем случае запрет на повторное рассмотрение вопроса распространяется даже на иски, имеющие отличное от первого дела основание.¹⁹⁵

Таким образом, в действующем праве Сингапура, Малайзии и Гонконга *res judicata* проявляется в двух формах. В обоих случаях можно выделить субъективные и объективные пределы преюдиции судебного решения:

(1) Объективные пределы: решение окончательно и вступило в законную силу; решение принято компетентным судом, имевшим полномочия по рассмотрению данного спора; предмет спора в первом и втором судебном процессе должен быть идентичным.¹⁹⁶

(2) Субъективные пределы: в первом и последующем процессе стороны должны быть одними и теми же.¹⁹⁷

Допустимость преюдиции решений судов во многом взаимосвязана с особенностями прецедентного (общего) права, в том числе и с правилами о показаниях с чужих слов (*hearsay evidence*).¹⁹⁸ Показательно в этом плане решение Апелляционного суда Англии по делу *Hollington v. Hewthord & Co., Ltd.* Истец представил в суд решение по уголовному делу, в рамках которого

¹⁹³ Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Под ред. Р.М. Ходыкина. М., 2012. С. 226.

¹⁹⁴ Решение малайзийского суда по делу *Rayuan Sivil No. W-02-(IM)-859-2011* at 9.
http://malaysianlaw.my/attachments/W-02-%28IM%29-859-2011_64938.pdf

¹⁹⁵ Решение сингапурского суда по делу *Freddie Koh Sin Chong v Singapore Swimming Club* [2014] SGHC 276 at 107.

http://www.lawnet.com.sg/legal/ln2/rss/judgment/16825.html?utm_source=rss%20subscription&utm_medium=rss

¹⁹⁶ Решение суда Сингапура по делу *Lee Seng Eder v Wee Kim Chwee and others* [2015] SGHCR 2 at 13.

http://www.lawnet.com.sg/legal/ln2/rss/judgment/16889.html?utm_source=rss%20subscription&utm_medium=rss;
Решение суда Гонконга по делу: *A Solicitor v The Law Society of Hong Kong* [2012] HKCU 2618 at 12
<http://www.sfks.com.hk/upload/newsfile/0000000025.pdf>;

Решение суда Малайзии по делу *Rayuan Jenayah No. 05-137-2008 (W)* at 5

http://www.kehakiman.gov.my/directory/judgment/file/05-137-2008%20_W_.pdf.

¹⁹⁷ Там же.

¹⁹⁸ Показания с чужих слов (*hearsay evidence*) уникальный институт общего права, представляющий собой запрет стороне или свидетелю ссылаться на показания с чужих слов (устные или письменные), если невозможно вызвать заявившего эти слова лицо и допросить его.

была установлена ответственность работника ответчика. Однако данный судебный акт был отклонен лишь на том основании, что «... осуждение есть только мнение жюри или судьи о виновности и его недопустимо использовать в другом деле согласно правилу hearsay. Гражданские судьи не должны находиться под влиянием чьего-либо мнения, им надлежит самим исследовать и оценивать доказательства».¹⁹⁹

Поскольку решение представляет собой вывод (мнение) суда на основании определенных фактов, то судебное решение формально не может считаться доказательством. Преюдициальным значением будут обладать не выводы суда, а только установленные в судебном решении факты.²⁰⁰

В законодательстве исследуемых правовых систем встречаются следующие примеры *res judicata*. В соответствии со ст. 40 Закона Малайзии о доказательствах 1950 г. (далее – Закон Малайзии) и ст. 42 Закона о доказательствах Сингапура 1996 г. (далее – Закон Сингапура) «наличие любого решения, определения, приказа, которые согласно закону освобождают суд от обязанности рассмотрения дела или проведения судебного заседания, является относимым к делу, если возник вопрос о необходимости проводить такое заседание или рассматривать дело».

Одним из таких случаев являются положения п. 1 ст. 41 Закона Малайзии и п. 1 ст. 43 Закона Сингапура. Согласно этим нормам вступившие в силу судебные решения, приказы и определения по делам об исполнении завещаний, о разводах, разрешении споров в суде адмиралтейства или по делам о банкротстве, в рамках которых устанавливается наличие или отсутствие правового статуса лица либо его права на определенную вещь, являются относимыми и неопровержимыми доказательствами (*conclusive proof*) наличия такого правового статуса или права лица на вещь.

В последующих судебных разбирательствах данные судебные акты не могут быть опровергнуты стороной путем ссылки на дополнительные

¹⁹⁹ Пучинский В.К. Указ. соч. 209

²⁰⁰ Pinsler Jeffrey, S.C. Evidence and the Litigation Process, 4th ed., Singapore: LexisNexis, 2013. P.277.

доказательства. Более того, согласно п. 2 ст. 41 Закона Малайзии и п. 2 ст. 43 Закона Сингапура такие судебные акты являются неопровержимыми доказательствами (*conclusive proof*), по сути являясь правовыми презумпциями, обязательными как для участников судебного разбирательства, так и для третьих лиц. Установленные в таких решениях факты не могут быть опровергнуты не только стороной спора, но и любыми другими лицами.²⁰¹

Также преюдициальными свойствами обладают решения, приказы и определения суда, касающиеся вопросов общественного характера (ст. 42 Закона Малайзии и ст. 44 Закона Сингапура). Однако в отличие от предыдущей группы судебных актов, такие решения хоть и являются обязательными для сторон в последующих судебных разбирательствах, но не являются неопровержимыми доказательствами (*conclusive proof*), как в первом случае. Примером может быть ситуация, когда спор касается прав на определенный земельный участок. Имеется судебный акт, по которому за стороной «А» признано право прохода по земельному участку «В». В последующих судебных спорах между «А» и «В» установленные данным решением факты не могут быть оспорены путем представления дополнительных доказательств. Однако в судебном разбирательстве между «В» и «С» о праве прохода по земле данное решение не будет иметь преюдициального характера (в силу различия сторон).

Важно отметить, что в перечисленных выше случаях закон допускает возможность опровержения фактов, установленных в принятых ранее судебных решениях, если сторона сможет доказать, что такие судебные акты были приняты некомпетентным судом или получены путем обмана (ст. 46 Закона Сингапура и ст. 44 Закона Малайзии). Однако если сторона знала, что судебный акт был получен обманным путем, но не заявила об этом в предыдущем судебном разбирательстве или не оспорила его в порядке апелляционного производства, то такая сторона лишается права возражать против применения *res judicata*.²⁰²

²⁰¹ Pinsler Jeffrey, Указ. соч. С. 283.

²⁰² Pinsler Jeffrey, Указ. соч. С. 294.

Остальные же судебные решения, определения и приказы признаются не относящимися к делу и, соответственно, не имеющими преюдициальных свойств, если только существование таких судебных актов не входит в предмет доказывания или в законе прямо не указано об их относимости к делу (ст. 45 Закона Сингапура и ст. 43 Закона Малайзии). Таким образом, законодатель ограничил перечень судебных решений, факты в которых могут быть признаны преюдициальными, определенной категорией дел (ст. ст. 42-46 Закона Сингапура и 40-44 Закона Малайзии).

В Гонконге вопрос о преюдиции в большей части урегулирован прецедентным правом.²⁰³ Объясняется это тем, что гражданское судопроизводство Гонконга во многом построено по образцу источников права Великобритании, регулирующих эту область.²⁰⁴

Лишь в отдельных случаях можно найти примеры *res judicata* в законодательных актах. Так, ст. 13 Закона о бракоразводных процессах Гонконга 1997 г. устанавливает, что лицо не должно быть ограничено в праве подать заявление о разводе, а суду не может быть запрещено вынести определение о разводе только потому, что ранее этому лицу по тем же основаниям было выдано определение суда о раздельном проживании супругов. При этом суд вправе рассматривать такое определение как убедительное доказательство тех фактов, на основании которых оно было вынесено.²⁰⁵

Другие примеры *res judicata* могут быть найдены в ст. ст. 62-64 Ордонанса о доказательствах Гонконга 1997 г. (далее - Ордонанс), затрагивающих вопрос о значении решений по уголовным делам в гражданском

²⁰³ Решение суда Гонконга по делу: *A Solicitor v The Law Society of Hong Kong* [2012] HKCU 2618 at 12 <http://www.sfks.com.hk/upload/newsfile/0000000025.pdf>;

²⁰⁴ Ермакова Е.П. Источники правового регулирования гражданского судопроизводства Гонконга // Электронный журнал "Правовая инициатива", 2014, № 2; Также: Ермакова Е.П. Гражданский процесс, арбитраж и медиация в Гонконге, Индонезии, Малайзии, Сингапуре и Филиппинах. Монография. М., Юрлитинформ, 2015. С. 9

²⁰⁵ *Matrimonial causes ordinance of Hong Kong (Chapter 179)* [http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/EF17B3FD55EACC5D482575EE004A3491/\\$FILE/CAP_179_e_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/EF17B3FD55EACC5D482575EE004A3491/$FILE/CAP_179_e_b5.pdf)

судопроизводстве.²⁰⁶ Так, ст. 62 Ордонанса устанавливает, что факт осуждения лица за совершенное преступление должен рассматриваться в качестве доказательства в гражданском процессе в целях подтверждения того, что лицо совершило данное преступление. Схожее положение установлено в ст. 45А Закона Сингапура.

Преюдициальное значение также имеет факт супружеской измены (ст. 63 Ордонанса), установленный ранее судебным решением по уголовному делу. Данный факт служит доказательством неверности супруга при последующих судебных разбирательствах в гражданском процессе.

По гражданским делам о клевете или оскорблении, где спорным вопросом является утверждение о том, совершало ли лицо преступление, решение суда о признании такого лица виновным в преступлении будет неопровержимым доказательством (conclusive proof) совершения такого преступления при последующих судебных разбирательствах (ст. 64 Ордонанса). Такое доказательство может быть опровергнуто лишь при условии, что решение было принято не компетентным судом или путем обмана.²⁰⁷

Следует обратить внимание, что решения судов по гражданским делам в уголовном процессе доказательственного значения не имеют. Объясняется это тем, что в гражданском судопроизводстве согласно «стандарту доказывания» (standard of proof) суд выносит решение в пользу истца при условии предоставления доказательств, с высокой степенью вероятности подтверждающих обоснованность требования стороны (basis of probability). В уголовных делах данный стандарт значительно выше, то есть у суда не должно остаться каких-либо сомнений в виновности лица (beyond reasonable doubt), чтобы вынести обвинительный приговор. Поэтому вполне возможно, что по одному и тому же вопросу два суда придут к разным выводам. Например, в деле Emperor vs Khwaja Nazir Ahmed суд заключил, что решения по

²⁰⁶ Evidence Ordinance 1997 (Chapter 8)
[http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/4f0db701c6c25d4a4825755c00352e35/CE4256C073D50D37482575EE002E0400/\\$FILE/CAP_8_e_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/4f0db701c6c25d4a4825755c00352e35/CE4256C073D50D37482575EE002E0400/$FILE/CAP_8_e_b5.pdf)

²⁰⁷ Hong Kong Evidence Law Handbook (3rd Edition), LexisNexis Hong Kong 2009. P. 130.

гражданским делам не являются обязательными для последующих разбирательств в уголовных делах.²⁰⁸

Завершая изучение института *res judicata* в гражданском процессе Гонконга, Сингапура и Малайзии, полагаем возможным сделать следующий вывод. В настоящее время существует два источника правового регулирования преюдиции: судебный прецедент и закон.²⁰⁹ В первом случае дается общее понятия *res judicata*, его объективные и субъективные пределы, а также выделяются две его основные формы: *cause of action estoppel* (запрет нового иска по рассмотренным ранее основаниям) и *issue estoppel* (запрет возражений по решенному вопросу).

Вторым источником является закон, в котором закрепляются особенности применения *res judicata* по определенным категориям дел. В частности, выделяется круг лиц, для которых принятый ранее судебный акт будет обязателен (на примере ст. 43 Закона Сингапура и ст. 41 Закона Малайзии, ст. 64 Ордонанса), ограничивается круг фактов, обязательных для суда (например, решения по уголовным делам в гражданском процессе преюдициальны только в части факта совершения преступления). В законодательстве Малайзии и Сингапура прямо установлено, что не все решения могут быть относимым к делу и, соответственно, преюдициальными, а только те, которые прямо указаны в законе. В праве Гонконга такого ограничения формально не существует. Также в законе закрепляются основания для игнорирования судом принятых ранее судебных актов (решение получено путем обмана или вынесено судом, не имевшим полномочие рассматривать данное дело).

Все вышесказанное свидетельствует о том, что доктрина *res judicata* о запрете повторного рассмотрения фактов, установленных ранее судебным решением, в праве Гонконга, Сингапура и Малайзии имеет определенные особенности, которые необходимо учитывать в правоприменительной практике.

²⁰⁸ *Emperor vs Khwaja Nazir Ahmed* 1944, PC 18 at 28 <http://indiankanoon.org/doc/1708066/>.

²⁰⁹ Чухвичев Д.В. Источники права и сравнительно-правовые исследования. // Вестник РУДН. Серия "Юридические науки". 2014. N. С. 112-119.

Понятие и существенные условия кредитного договора в праве Индии.

И.Н.Чумаченко

*Аспирант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
тел. 8(916)3785105, email: 89ivan2007@rambler.ru*

В статье рассматривается понятие, природа, принципы, а также основные условия кредитного договора в праве Индии.

Ключевые слова: кредитный договор, право Индии, Индия, заемщик, кредитор, банковское право, существенные условия кредитного договора, принципы кредитного договора, процентная ставка, форма кредитного договора, ростовщик.

Первые частные банки в Индии появились в 1786 году. В 1955 все коммерческие банки Индии были национализированы и более 80% всех кредитных организаций в Индии вплоть до 1991 года были государственными. В 1991 году правовое регулирование всего банковского сектора Индии было изменено. Результатом деятельности комитета под руководством Narasimham M. была либерализация законодательства в банковском секторе и, в частности, в рамках такого института, как кредитный договор.²¹⁰

При определении кредитного договора индийскими учеными, в частности Aslan M.J., Sukhvinder Mishra, Gupta Vijay²¹¹, используется сравнительный правовой анализ сходных или прямо противоположных институтов одной отрасли права.

Автор рассматриваемой статьи абсолютно разделяет подход вышеназванных авторов о необходимости использования метода сравнительного анализа при исследовании кредитного договора ввиду

²¹⁰ India finance and investment guide// http://finance.indiamart.com/investment_in_india/banking_in_india.html

²¹¹ ASLAM M.J. использует сравнительный правовой анализ в своей книге «Legal aspects of Bank Lending», в частности в главе 1 (сравнение кредита и предварительного кредита), Sukhvinder Mishra . использует сравнительный правовой анализ в своей книге Banking law and practice, в частности в главе 25 (сравнение соглашения о возмещении убытков и договора о предоставлении банковской гарантии).

сложности, а также постоянного совершенствования подходов к его изучению. Вследствие этого необходимо провести сравнительный анализ институтов кредитного договора (loan), а также института предварительного кредита (advance).

Понятие кредитный договор было впервые закреплено в акте о кредитовании индийского региона Бенгалии²¹² 1940 года (ст. 2(4) содержала понятие кредитный договор) – кредитный договор есть такой договор, по которому любому лицу предоставляются денежные средства, которые могут быть использованы им исключительно для коммерческих целей, в частности для торговли, горнодобывающей, аграрной промышленности или иной промышленности, для страхования, транспорта, для банковского дела или развлечений, или с целью фрахта пристани, грузчиков или подрядчиков, или для любых других возмездных целей, в качестве собственника или принципала, или агента, или гаранта.

Рассматривая понятие кредитного договора в праве Индии следует сравнить его соответствующим понятием в английском праве. Впервые английское право в Индии напрямую стало применяться введенными Уставом компании 1726 года Судами Мэра. Причем, в первое время после своего учреждения Суды Мэра применяли исключительно английское право в Индии. Английское право включало в себя, как общее право (прецедентное право), так и статутное право. Параллельно все нормы общего и статутного права, которые были приняты в Англии в 1726 году, действовали в трех основных городах Индии.²¹³ Отдельные нормы английского колониального права, а также современного английского статутного и прецедентного права действуют в Индии до сих пор.

Если рассматривать понятие кредитного договора в рамках английской правовой системы, то под кредитным договором согласно Закону о

²¹² Бенгалия (бенг. বাংলা, англ. Bengal) — исторический регион в северо-восточной части Южной Азии. Сегодня Бенгалия разделена между Индией (Западная Бенгалия — штат на востоке Индии) и государством Бангладеш (Восточная Бенгалия).

²¹³ Kulshreshthas V.D. /Landmarks in Indian Legal and constitution history /P.72

потребительском кредитовании 1974 г. понимается денежный займ или любая иная форма предоставления денежных средств. В случае если кредит предоставляется в иной валюте, нежели фунты стерлинги, считается, что кредит предоставлен в фунтах стерлингов в размере, эквивалентном размеру кредита в иной валюте.²¹⁴

Под договором предварительного займа подразумевается предварительное предоставление денежных средств или вещей, до какого либо заключения договора. Данное понятие подразумевает предоставление денежных средств заемщику (по требованию, в качестве кредитной линии). В рамках кредитного договора подразумевается получение денежных средств, во-первых - для временного использования, во-вторых - для определённой цели.²¹⁵

Поскольку в Индии не существует общего понятия кредитный договор, то, исходя из сравнительного анализа приведенных выше понятий кредитный договор в праве Индии можно определить как договор, которому любому лицу (юридическому лицу, неразделенной семье в целом или отдельному физическому лицу – заемщику на возмездной основе предоставляются денежные средства, которые могут быть использованы им как для личных нужд, так и для предпринимательской деятельности, и которые он обязан вернуть по истечении определённого времени.

Исходя из сравнительного анализа приведенного определения кредитного договора в праве Индии, а также определения кредитного договора в рамках английского права, то можно сделать вывод о сходности данных определений ввиду общих исторических корней, а также ввиду сходности подходов обеих правовых систем к определению кредитного договора. Однако в Индии данное определение более широкое, так как может подразумевать под собой несколько видов (договор потребительского кредита, договор об овердрафтном кредите, договор займа денежных средств, предоставленных ростовщиком).

²¹⁴ The UK Consumer Credit Act 1974 // <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/39/contents>

²¹⁵ ASLAM M.J. / Legal aspects of Bank Lending/ ASIA LAW HOUSE/ HYDERABAD/ P. 10/2010

Также можно сделать вывод о том, что понятие кредитный договор и договор предварительного кредита являются с одной стороны сходными – оба договора предполагают предоставление на временной основе денежных средств, с другой стороны являются разными договорами исходя из момента предоставления денежных средств, а также по форме предоставления денежных средств (кредитный договор не может быть заключен по первому требованию).

В современной Индии кредит является второй по популярности банковской операцией после расчетно-кассового обслуживания и депозитарных операций. В тоже время, депозитные операции, и кредитование Банком являются опосредованно связанными между собой операциями. «Предоставляя кредит заемщику банк в большинстве случаев использует средства, предоставленные ему по договору банковского вклада (депозита), и тем самым увеличивает свою ответственность по отношению к вкладчикам».²¹⁶

Стороны. В рамках кредитного договора в Индии, как и в любой другой стране, является классическим (кредитор и заемщик).

Заемщиком по кредитному договору может быть физическое лицо, группа лиц, партнерство, неразделенная семья²¹⁷ в целом или компании с ограниченной ответственностью. В случае обращения за кредитом всей семьи (неразделенной семьи), заявка на кредит должна быть надлежащим образом подписана главой семьи и всеми другими взрослыми членами семьи. В случае обращения за кредитом группой лиц, банк должен получить подписи всех членов группы лиц.²¹⁸

Согласно пункту «с» ст. 6 части II Закона о банковском регулировании 1949 года банковские (кредитные) организации могут предоставлять, как

²¹⁶ Sukhvinder Mishra/ Banking law and practice/ S.Chand and company ltd./ p.628

²¹⁷ Неразделенная семья подразумевает наличие семейных связей между членами семьи с момента рождения или наличие общих семейных связей, которые объединяют членов семьи (Все члены мужского пола прямые родственники и все женщины являются либо матери, жены, незамужние дочери, или овдовевших родственники, все связаны общей [sapinda] отношений). Данное понятие дано в CIT v/s Veerappa Chettiar, 76 ITR 467 (SC), Supreme Court, the Hindu Marriage Act.

²¹⁸ UCB Channel / Legal Aspects & Documentation / Aug. 2007 / Eng. / 5 pgs / Version 1/http://www.cab.org.in/Lists/Knowledge%20Bank/Attachments/36/LEGAL%20ASPECTS.pdf

публичные, так и частные кредиты, а также заключать кредитные договоры.²¹⁹ ст. 20 данного Закона 1949 года прямо запрещает небанковским организациям, а также организациям, не являющимся дочерними обществами банка, зарегистрированного в соответствии с законом о компаниях предоставлять кредиты или авансовые займы. Однако, в рамках такой сделки, как «Usurious Loans» или ростовщические займы выделяется понятие ростовщик, не, являющийся банковской организацией.

В обзоре законодательства, посвященного кредитованию в различных юрисдикциях Резервным Банком Индии (указывается следующее: «определение термина «ростовщик, заемщик» в законодательстве, как правило, является понятием собирательным, и подразумевает под собой лицо, которое осуществляет предоставление для коммерческих целей денежных средств (кредиты). Тем не менее, законодательство многих стран прямо содержит исключения из рассматриваемого определения. В законодательстве данных стран существуют органы или учреждения, не подпадающие под данное определение, однако предоставляющие кредиты или квази-кредиты и в рамках банковской деятельности, и в страховании, на рынке ценных бумаг и т.д., которые формально регулируются контролирующими органами в данных сферах. Есть и другие субъекты кредитования, такие как, зарегистрированные кооперативы, которые также не подпадают под понятие ростовщик».²²⁰

Основным источником ссудной задолженности для предоставления кредита являются средства вкладчиков будущего кредитора. Использование заемных средств вкладчиков при кредитовании налагает на кредитора дополнительные обязанности по обеспечению безопасности и сохранности вкладов на случай, если любой вкладчик захочет потребовать досрочного возврата внесенных на депозит денежных средств.

²¹⁹ The banking regulation act, 1949 // <http://www.pnbindia.in/Upload/En/BANK%20REGULATION%20ACT.pdf>

²²⁰ Report of the Technical Group Set up to Review Legislations on Money Lending // The Reserve Bank of India <http://www.rbi.org.in/scripts/PublicationReportDetails.aspx?ID=513#money>

Процесс кредитования в Индии строится на принципах: сохранности, ликвидности, прибыльности кредита, минимизации рисков при кредитовании, а также на принципе целевого назначения кредита. Данные принципы позволяют кредитору минимизировать, как свои прямые риски, связанные с невозвратом кредита и неполучением прибыли в виде чистой маржи, так и косвенные риски своих вкладчиков, которые будут получать проценты по внесенным ими вкладам. Если соотносить данные положения кредитования с российским правом, то они абсолютно созвучны с принципами кредитования в Российской Федерации (принцип, возвратности, принцип платности, принцип срочности, принцип целевого назначения кредита и его обеспеченности.²²¹

Условия кредитного договора

Кредитный договор, как классический пример обязательственного правоотношения в индийском праве должен включать в себя ряд условий, которые можно условно разделить на два вида.

1. Существенные условия кредитного договора, отсутствие или формальное не соответствие закону которых может повлечь недействительность кредитного договора в силу закона (положения о существенных условиях, порядке заключения договора, о форме договора содержатся в Законе о контрактах Индии от 1872.²²²

2. Так называемые ковенантные условия кредитного договора. Среди существенных условий кредитного договора особо следует выделить наличие процентной ставки в рамках заключаемого между сторонами кредитного договора. Понятие процентной ставки было известно еще в средневековой Индии. Ливанцев К. в своей книге «История средневекового государства и права» указывает на следующее: «проценты договору займа в средневековой Индии не могли превышать удвоенной суммы долга. Это объясняется тем, что индусское договорное право не знало ограничений сроков взыскания долга. Кроме того, как указывалось, потомки по мужской линии были обязаны

²²¹ Данные принципы закреплены в ГК РФ (ст.ст. 818, 820 ГК РФ)

²²² The Indian Contract Act, 1872// <http://www.indiankanoon.org/doc/171398/>

выплачивать долги своих родителей. Все это могло привести к непосильному росту суммы долга по процентам».²²³

В современной Индии широкое распространение получило законодательство в сфере защиты заемщиков от чрезмерных процентных ставок, устанавливаемых кредиторами. В частности, в 1918 году в Индии был принят Закон о ростовщических займах 1918 года. Данный Закон был принят с целью защиты заемщиков от скупых ростовщиков, которые, пользуясь тяжелым положением последних (часто таковыми были члены бедных аграрных общин) остро нуждавшихся в деньгах, устанавливали чрезмерно высокие процентные ставки.

Ст.3 (1) данного закона предусматривает, что данный Закон может быть применен судом в случаях, если:

- а) что процентная ставка является чрезмерной, и
- б) что сделка между сторонами существенно несправедлива.²²⁴

Несколько штатов в Индии приняли специальные нормативные акты, регулирующие деятельность ростовщиков, а также ограничивающие размер процентных ставок по займам и кредитам, предоставляемым ростовщиками.

Например, в соответствии с Законом штата Бомбей о ростовщиках 1946²²⁵ максимальный размер процентной ставки для всех видов бизнеса при предоставлении в кредит денежных средств в данном штате кроме земледельцев, не должен превышать 12% в год для обеспеченных кредитов и 15% в год для необеспеченных кредитов. Другие индийские штаты также приняли подобные законы.²²⁶ Однако следует обратить внимание на то, что рассматриваемые положения не применяются к кредитным организациям.

Отдельно стоит отметить так называемые отлагательные условия, которые, безусловно, характерны для института кредитного договора во всем

²²³ Ливанцев К. История средневекового государства и права/ Санкт-Петербург 2000/ Санкт-Петербургский государственный университет. Юридический факультет.

²²⁴ Usurious Loans Act of India, 1918// http://punjabrevenue.nic.in/usurios_loan_act.htm

²²⁵ the Bombay Moneylenders Act 1946 // <http://bombayhighcourt.nic.in/libweb/acts/1947.31.pdf>

²²⁶ Lending and taking security in India: overview // <http://us.practicallaw.com/9-504-4730?source=relatedcontent>

мире. Данный вид условий широкой используется кредитором и имеет своей целью обеспечить возможность выдачи кредитором заемщику денежных средств для целей кредита (например, регистрация залога недвижимости, предоставление заемщиком страховки).

Положения о договорах, заключённых под отлагательным условием, содержатся в Законе Индии о контрактах 1872 года. Согласно ст. 31 вышеназванного Закона Индии о контрактах 1872 года договор, заключенный под отлагательным условием ("Contingent contract") представляет собой договор, вступает в силу в зависимости от того: наступит ли определенное событие, являющееся основанием для вступления в силу данного договора, или нет.²²⁷

Надлежащим образом составленный проект договора должен быть скреплен печатями сторон. Раздел 17 Закона о гербовом сборе 1899 года²²⁸ определяет, что все возмездные договоры, заключенные на территории Индии, должны быть скреплены печатями до или во время исполнения договора. По сути, данное требование к кредитному договору отображает требование к форме документа, и надлежащим образом оформленное отражение воли сторон.

Термин ковенант (с англ. Covenant – акт за печатью, соглашение, обязательство). Как указывает Л.А. Попкова в своей статье «Ковенанты в кредитных договорах: зарубежный опыт и российская практика»: «в современной англосаксонской правовой доктрине термин «ковенант» обозначает закрепленное в договоре обязательства совершить определенные действия или воздержаться от их совершения, имеющее для сторон юридическую силу».²²⁹

Изначально ковенанты применялись в США, однако затем, зарекомендовав себя, как надежный элемент исполнения обязательств по

²²⁷ The Indian Contract Act, 1872// <http://www.indiankanoon.org/doc/171398/>

²²⁸ Indian Stamp Act, 1899// <http://www.advocatekhaj.com/library/bareacts/indianstamp/index.php?Title=Indian%20Stamp%20Act,%201899>

²²⁹ Л.А. Попкова / Ковенанты в кредитных договорах: Зарубежный опыт и российская практика/ Банковское право, 2013 № 4.

кредитному договору получили широкое распространение и в странах континентальной Европы, в том числе и в России.

Исходя из положений, применяемых англосаксонской правовой доктриной ковенанты следуют отличать от отлагательных (предварительных) условий, а также от заверений гарантий, которые также могут быть частью кредитного договора.

Заверения и гарантии призваны подтвердить правоспособность заемщика, его финансово-экономические показатели на момент заключения договора, а предварительные же условия, как правило, призваны обеспечить кредитору возможность выдать кредит физически или считать кредитный договор заключенный. Ковенанты же действительны в течение всего срока действия кредитного договора, целью установления ковенант для кредитора можно назвать обеспечение устойчивого погашения кредита и в тоже время платежеспособности заемщика.

Английские ученые Давд Портеус и Дженифер Исерн выделили 84 идентифицированных типа ковенант, 28 из которых финансовых.²³⁰

В Индии, также, как и в других странах, азиатско-тихоокеанского региона получила широкое распространение практика включения ковенантных условий.

²³⁰ Porteteous D., Isem J. Commercial banks and microfinance: evolving models of success //Focus Note Journal. 2005 N 28. June. 1- 3.

Международный коммерческий арбитраж в Египте

С.Ш. Шакиров
*аспирант кафедры гражданского и трудового права
юридического института
Российского университета дружбы народов
Тел.: 8 (495)433-14-28*

Аннотация: В статье исследована эволюция правового регулирования международного коммерческого арбитража в Египте. Дан обзор нормативно-правовых документов, регулирующих деятельность международного коммерческого арбитража. Рассмотрены арбитражные центры Египта и приведена статистика деятельности Каирского регионального центра международного коммерческого арбитража (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration - CRCICA).

Ключевые слова: Египет, закон, источники правового регулирования, международный коммерческий арбитраж, право, ЮНСИТРАЛ.

Интерес рассмотрения правовой системы Египта, в общем, и правового регулирования международного коммерческого арбитража в частности объясняется рядом причин. Так, одной из причин является особое место Египта в Арабском мире и тем, что развитие законодательства Египта повлияло на развитие правовых систем многих стран Ближнего Востока. Многие кодексы и иные законы арабских стран были разработаны по образцу египетского законодательства. Кроме того, арбитраж становится все более популярным способом разрешения споров в странах Азии и Арабского востока, как альтернатива длительного и сложного рассмотрения споров в государственных судах.

Россия в последние годы переживает кризис в сфере третейского разбирательства споров и международного коммерческого арбитража, доверие зарубежных предпринимателей к третейским судам России снизилось в последние годы, а страны Азии и Арабского востока напротив, демонстрируют наибольшие успехи предоставления услуг в сфере альтернативного разрешения

коммерческих споров²³¹. Таким образом, изучение зарубежного правового опыта Египта, как одного из центральных государств арабского мира, может способствовать внесению позитивных изменений в отечественное законодательство и практику, а также обеспечить качественную защиту отечественных предпринимателей, ведущих торговые и иные экономические взаимоотношения с египетскими компаниями, как в случаях рассмотрения возникающих споров на территории Египта, так и в случаях применения арбитражного законодательства Египта.

На территории древнего Египта существовали многие великие цивилизации: египетские фараоны, Римская империя, исламская цивилизация. С начала 19 века в Египте традиционно существовало две правовые системы: право шариата и европейское право. Поначалу право Египта находилось под сильным влиянием исламского права, которое было кодифицировано в «Маджалле» в 1869-1877 гг. В числе прочего, «Маджалла» содержала в себе положения и нормы, затрагивающие коммерческий арбитраж. Впоследствии правовая система Египта подвергалась обширному влиянию европейского права, которое стало применяться консульскими и смешанными судами в Египте²³².

В «Маджалле» оговаривалось, что в частном праве арбитраж в форме третейского суда «применяется к имущественным искам». Решение судьи – арбитра признавалось имеющим обязательную силу лишь для данного дела и его участников. Предусматривалось назначение нескольких судей – посредников, но в таком случае решение их должно быть единогласным. Кроме того, каждая из сторон могла до вынесения решения заявить об отсутствии полномочий у назначенных арбитров. Решение арбитров утверждалось верховным судьей страны, который должен был проверить отсутствие в

²³¹ Ермакова Е.П. Развитие института третейских разбирательств в странах Азии и Арабского Востока // Журнал «Третейский суд». – М., 2011. № 6 (78). – С. 92-97

²³² Arbitration with the Arab countries – Third revised and expanded edition – Abdel Hamid El – Ahdab, Jalal El – Ahdab, Kluwer law International BV, The Netherlands, 2011, p. 155

третейском постановлении отклонений от фикха (мусульманская доктрина о правилах поведения), после чего решение приобретало силу закона²³³.

Как отмечает в своей работе Н.А.Ковыршина, зарождение исламского арбитража восходит еще к временам пророка Мухаммеда и образованию религии ислам. Арбитры, разрешая споры, должны были руководствоваться не буквой закона, а принципом общей справедливости. Мусульманский арбитр выполнял посреднические функции, при этом учитывая, что частные интересы согласовывались бы не в ущерб общественному порядку и стабильности²³⁴.

В мусульманском праве арбитраж традиционно является скорее примирительной процедурой (arbitration in equity), нежели процедурой, следствием которой является принудительное исполнение арбитражного решения (arbitration in law)²³⁵.

В основном специалисты сходятся во мнении, что в соответствии с традициями Шариата, арбитражное разбирательство проводится методами дружественного посредничества, и только в особых случаях на методах исключительного применения закона.

В дальнейшем на развитие правовой системы Египта больше влияние оказало континентальное право, и она развивалась по французскому образцу.

Египетская правовая система построена на комбинации Исламского (шариат) права и Кодекса Наполеона, который был впервые представлен во время оккупации Наполеона Бонапарта Египта и последующего образования и обучения египетских юристов во Франции²³⁶.

В 1875 году, основываясь на французской правовой традиции, в Египте было принято несколько кодексов, в частности Гражданский кодекс, Торговый кодекс, Кодекс торгового мореплавания, Гражданский процессуальный кодекс

²³³ Ионова А.И. Судебная практика и арбитраж в исламе. Вестник Московского Университета, сер. 13, Востоковедение. 1995, № 1

²³⁴ Ковыршина Н.А. Гражданское судопроизводство в монархиях Арабского востока: Монография – М.: РУДН, 2013. С. 129

²³⁵ Rad-Al-Muhtar: Tom IV,482. Al-Fatua Al-Hindiyya: Tom 3,468

²³⁶ http://www.nyulawglobal.org/globalex/Egypt.htm#_The_Egyptian_Legal_System /By Dr. Mohamed S. Abdel Wahab http://www.nyulawglobal.org/globalex/Egypt.htm#_The_Egyptian_Legal_System

и Уголовно-процессуальный кодекс. В данных нормативно-правовых актах содержались нормы, регулирующие арбитражные разбирательства и в них также прослеживалась преемственность от французского арбитражного законодательства.

Так, в главе 6 части 10 Гражданского процессуального кодекса Египта 1875г. содержались положения, озаглавленные «Арбитражное рассмотрение» (ст.ст. 707 – 727 ГПК). В этих статьях законодатель установил развитую и всеобъемлющую систему арбитража. Было закреплено, что арбитражная оговорка должна быть засвидетельствована в письменном виде. ГПК зафиксировал порядок назначения арбитров и порядок оспаривания арбитражных решений.

Эти положения были заменены в 1949 году и вопросы, касающиеся проведения арбитражного разбирательства, были указаны в части 3 книги III (статьи 818 – 850).

Следующим документом регламентирующим арбитраж был новый Кодекс о гражданском и торговом процессе, принятый в 1968 году. Положения, регламентирующие арбитраж, содержались в статьях с 501 по 513 кодекса.

Как отмечается египетскими юристами, что новый кодекс содержал меньше положений, был менее комплексный с точки зрения, возможности решения проблем, которые обычно возникают на практике с момента принятия арбитража качестве одного из средств разрешения споров. Это было связано со многими причинами. С практической точки зрения, главная из них, вероятно, потому - что арбитраж не был широко принят и вряд ли когда-либо использовали для разрешения споров²³⁷.

При этом в ходе реализации на практике закрепленных в кодексе норм возникло множество проблем.

Так, действовавшая ранее статья 502 ГПК Египта предписывала следующее: «Если иное не предусмотрено в специальном законе, арбитры

²³⁷ Mahmoud Samir El-Sharkawi 'New Trends in Egyptian Arbitration Law' (1999) 16 Journal of International Arbitration, Issue 1, pp. 5–24

должны назначаться поименно в арбитражной оговорке или в отдельном соглашении». Это представляло собой определенную сложность для институциональных арбитражей, в которых арбитражный центр обычно сам назначал, по крайней мере, третьего арбитра, если стороны конфликта или сами арбитры по тем или иным причинам не смогли назначить третьего арбитра. Арбитражные оговорки, не предусматривавшие имена арбитров, признавались недействительными, даже если в них содержалось указание на арбитражный центр, в котором надлежало урегулировать возникший спор.

Данная проблема усугубилась, когда египетские суды начали отменять решения арбитражей, ссылаясь на то обстоятельство, что арбитражные оговорки, сделанные сторонами, не предусматривали поименного обозначения арбитров, которым надлежало разрешить спор (признание недействительным арбитражной оговорки автоматически вело к признанию недействительным решения арбитража). Данные действия судов, в свою очередь, внесли колоссальную путаницу в сферу международных инвестиций и торговли, которая объективно не могла развиваться без международных коммерческих арбитражей. Таким образом, старый закон привел к возникновению множества проблем не только непосредственно в сфере арбитражных разбирательств, но и на инвестиционном поле. Следовательно, необходимость реформирования арбитражного законодательства стала очевидной.²³⁸

Если до принятия нового закона египетские суды вынуждены были изменить свой подход к толкованию статьи 502 ГПК. Вместо прямого следования положениям данной статьи они стали прибегать к ее ограниченному толкованию. Постановлением Кассационного суда Египта было признано, что назначение арбитров в арбитражной оговорке не является вопросом, непосредственно затрагивающим публичный порядок государства и, следовательно, арбитражная оговорка, широко определяющая место проведения арбитражного разбирательства (в т.ч. если местом проведения

²³⁸ Arbitration with the Arab countries – Third revised and expanded edition – Abdel Hamid El – Ahdab, Jalal El – Ahdab, Kluwer law International BV, The Netherlands, 2011, p.156-157

арбитража является иностранное государство) не противоречит положениям Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года²³⁹.

Кассационный суд также отметил, что если арбитражное разбирательство происходит на территории иностранного государства, то это не противоречит статье 502 ГПК Египта, даже если одной из сторон является физическое или юридическое лицо из Египта.

В 20 веке нормативное регулирование арбитражных процедур в Египте подверглось воздействию социалистической концепции, в соответствии с которыми при плановой экономике арбитраж, учрежденный государством, издающим правила и нормы, регулирующие арбитражные процедуры, имел своей целью не только урегулирование конфликтов. Арбитраж также должен был служить проводником для государства, которое может получить выгоду от практического опыта, приобретенного за счет арбитражных разбирательств, и впоследствии применять этот опыт при реализации общественных проектов²⁴⁰.

Таким образом, можно прийти к выводу, что система арбитражей и право, регулирующее арбитражные процедуры базируется на трех основах: право шариата, французское право, социалистическая арбитражная система.

18 апреля 1994 года был принят Закон Египта об арбитраже № 27/1994 (закон об арбитраже). Этим законом были отменены статья 501-513 Кодекса о гражданском торговом процессе, принятого на основании Закона № 13 1968 года. Закон об арбитраже был принят на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год).

Типовой закон содержит 36 статей, в то время как египетский закон содержит 58 статей. Данное различие носит скорее технический характер, т.к. Типовой закон имеет несколько иное внутреннее структурное деление. Если Типовой закон разделен на главы, то египетский Закон об арбитраже не имеет

²³⁹ Кассационный суд Египта, постановление от 26.04.1982 г., дело № 714/47 юр. год. также постановлением от 23.12.1991 г.

²⁴⁰ Arbitration with the Arab countries – Third revised and expanded edition – Abdel Hamid El – Ahdab, Jalal El – Ahdab, Kluwer law International BV, The Netherlands, 2011, p.156-157

такого деления. Статьи Закона об арбитраже Египта не имеют собственного наименования. Закон включает в себя 58 статей, объединенных в 7 частей:

- Первая часть – Общие положения;
- Вторая часть – Арбитражное соглашение;
- Третья часть – Арбитражный суд;
- Четвертая часть – Проведение арбитражного разбирательства;
- Пятая часть – Арбитражное решение и прекращение процедуры арбитража;
- Шестая часть – Порядок отмены арбитражного решения;
- Седьмая часть – Признание и исполнение арбитражных решений.

Необходимо отметить, что данный закон не выделяет национальный и международный коммерческий арбитраж в две разные категории.

Кроме того, положения рассматриваемого закона применяются только к арбитражным процедурам, имеющим место в Египте или к арбитражным разбирательствам, происходящим на территории другого государства, но подчиняющихся египетскому праву. Данный нормативно – правовой акт не распространяется на решения арбитражей, принятых в иностранных государствах, когда к ним не применяется египетское право в качестве *Lex loci arbitri* (право места арбитража)²⁴¹.

В случае если международное арбитражное решение было принято в иностранном государстве и к нему не применяется закон об арбитраже Египта, исполнение такого арбитражного решения будет производиться в соответствии с Кодексом о гражданском и торговом процессе 1968 года (положения, затрагивающие исполнение иностранных арбитражных решений, не были аннулированы законом об Арбитраже Египта)²⁴².

Законом об арбитраже предусмотрен примирительный арбитраж (*Arbitration in equity*) и формальный арбитраж (*Arbitration in law*). В п. 4 ст. 39

²⁴¹ Апелляционный суд Каира, 91 коммерческое подразделение, дело №. 92/123, 16.01.2008. Арабские арбитражные ведомости 2009 (Бейрут, на англ. языке), выпуск №.2, стр. 125

²⁴² Articles 296 – 301 Egyptian Code of Civil and Commercial procedure 1968 Кассационный суд Египта, коммерческое подразделение, дело №. 2010/64, 22.01.2008. Арабские арбитражные ведомости 2009 (Бейрут, на англ. языке), выпуск №.1, стр. 174

закона предусмотрена возможность для арбитража принимать решения *ex aequo et bono* или в качестве «дружественного посредника», если это было оговорено сторонами. Когда речь идет о строго формализованном арбитраже, арбитры должны применять к обстоятельствам дела правила, применение которых согласовали стороны (п.1. ст. 39 Закона)

Указанный Закон об арбитраже в основном включает в себя положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985), с учетом некоторых моментов. Среди наиболее заметных отклонений от Типового закона можно отметить следующее:

1) закон об арбитраже применяется как к внутренним, так и к международным арбитражам;

2) закон об арбитраже принимает дополнительные критерии для установления международного характера арбитража;

3) закон об арбитраже применяется экстра-территориально, чтобы процессуальных действий за границей, если стороны договорились о таком применении;

4) предварительная арбитражное решение по вопросу о юрисдикции не могут быть оспорены в компетентный Египетский суд пока не вынесено окончательное решение;

5) в соответствии с Законом об арбитраже, если стороны не договорились язык судопроизводства, арабский.

Участие Египта в международных конвенциях и соглашениях по вопросам коммерческого арбитража

Нью-Йоркская конвенция о признании и исполнении иностранных арбитражных решений 1958 г., была ратифицирована Египтом в 1959 году. Нью-Йоркская конвенция является частью национальной правовой системы Египта, её применение является обязательным, даже если это противоречит национальному законодательству²⁴³.

²⁴³ Кассационный суд Египта, коммерческое подразделение, дело № 201/64, 22/01/2008, Арабские арбитражные ведомости 2009 (Бейрут на англ. языке), Выпуск № 1, стр. 174

Помимо Нью-Йоркской конвенции Египет ратифицировал ряд других международно-правовых источников, таких как Вашингтонская конвенция, о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. (Египет ратифицировал данную конвенцию 03.05.1972 г.).

Кроме того, Египет имеет двусторонние соглашения о сотрудничестве судебных органов, которые относятся к взаимному сотрудничеству в признании и приведении в исполнение арбитражных решений. К ним относятся: Договор между Францией и Египтом подписанный 15 марта 1982 года (Указ Президента № 331 (1982)); Договор между Китаем и Египтом подписанный 21 апреля 1994 года (Указ Президента № 361 (1994)); Договор между Бахрейном и Египтом подписанный 17 мая 1989 года (Указ Президента № 260 (1989)); Договор между Кувейтом и Египтом подписанный 6 апреля 1977 года (Указ Президента № 293 (1977)), а также ряд других двусторонних соглашений.

Действующие центры международного коммерческого арбитража в Египте

Каирский региональный центр международного коммерческого арбитража (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration - CRCICA) является на сегодняшний день крупнейшим и наиболее значительным в Египте центром, представляющим услуги в сфере альтернативного разрешения споров. За ним закреплен статус некоммерческой организации.

Указанный центр был создан в 1979 году по решению Азиатско-Африканской юридической консультативной организации (AALCO). С 1990 по 2004 годы Каирским центром совместно с различными организациями создано 9 отделений:

- 1) Институт арбитража и инвестирования;
- 2) Общество арабских и африканских арбитров;
- 3) Отделение морского арбитража в Александрии;
- 4) Арабский союз международного арбитража
- 5) Каирское отделение Королевского института арбитров;

- 6) Александрийский центр международного коммерческого арбитража;
- 7) Центр медиации и ADR;
- 8) Институт развития права на Среднем Востоке;
- 9) Отделение по коммерческим спорам в Порт Саиде²⁴⁴.

Центр обладает привилегиями и иммунитетами, предоставляемыми международной организации в Египте. В качестве примера, показывающего независимость Центра, указывается то, что момента своего основания Центр администрировал несколько международных и внутренних арбитражных разбирательств, инициированных частными лицами против Египта и ряда других Арабских государств. Согласно статистике Центра, большинство таких арбитражей закончились вынесением решений в пользу частных лиц²⁴⁵.

Согласно общим статистическим данным, размещенным на сайте Центра в его информационных бюллетенях, по состоянию на 31 октября 2012 года общее количество дел (включая относящиеся к международному арбитражу), находящихся и находившихся в производстве Центра, достигло 859. В 3 квартале 2012 года арбитражи включали в себя в частности стороны, зарегистрированные на территории США, Кувейта, России, Великобритании, Ливана, Италии, Канады, Швейцарии. Разнообразной была и национальность арбитров. Так, помимо граждан Египта, арбитрами выступали граждане Швеции, Германии, Иордании, ОАЭ, Великобритании, Ливана²⁴⁶.

В 2011 году вступил в силу новый Арбитражный регламент, основанный на Типовом регламенте ЮНСИТРАЛ. В частности, новые правила гарантируют коллегиальность при принятии решений по отдельным ключевым процессуальным вопросам, таким как отказ в назначении предложенной кандидатуры арбитра, отвод арбитра и прекращение полномочий арбитра, уклоняющегося от исполнения своих полномочий (ст. 12). Правила в новой редакции также расширяют полномочия Центра, касающиеся назначения

²⁴⁴ Ермакова Е.П. Развитие института третейских разбирательств в странах Азии и Арабского Востока // Журнал «Третейский суд». – М., 2011. № 6 (78). – С. 92-97

²⁴⁵ Краткий обзор Каирского регионального центра международного коммерческого арбитража (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration) – URL:<http://gaslimited.ru/news/?new=10>

²⁴⁶ CRCICA Arbitration Rules http://cricica.org.eg/arbitration_rules.html

арбитров в случае многосторонних арбитражных разбирательств (ст. 10), предоставляют Центру полномочия отказать в продолжении разбирательства в случае очевидной отсутствия компетенции (ст. 6)²⁴⁷.

Можно выделить еще несколько наиболее активных и известных арбитражных центров Египта: Арбитражный центр университета Ain Shams (Ain Shams University Arbitration)²⁴⁸ и Доктор А. Хейр & арбитражный центр (AKLAC)²⁴⁹ являющийся независимой некоммерческой неправительственной организацией.

В заключение можно сделать некоторые выводы:

1. Развитие арбитражного законодательства Египта происходило под воздействием различных источников: права шариата, европейского права (в большей степени французского), социалистического права, что в свою очередь отразилось на специфике действующего арбитражного законодательства и практике его применения.

2. Закон Египта об арбитраже № 27/1994, принятый 18 апреля 1994 г. принят был разработан на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., но содержит некоторые отклонения от Типового закона.

3. Египет участвует в основных действующих международных конвенциях и других международных соглашениях в области коммерческого арбитража, а также имеет действующие двусторонние соглашения, регулирующих вопросы международного коммерческого арбитража.

4. На территории Египта действуют центры центры международного коммерческого арбитража, наиболее крупным из которых является Каирский региональный центр международного коммерческого арбитража.

²⁴⁷ CRCICA Arbitration Rules http://cricica.org/arbitration_rules.html

²⁴⁸ <http://www.asu.edu.eg/article.php?action=show&id=459#>

²⁴⁹ <http://www.kheirlaw.com.eg/docs/aklac/aklac.htm>

МОЛОДЫЕ ГОЛОСА!

Австрийский арбитражный закон

А.А. Архангельская
Российский Университет Дружбы Народов, 2 курс магистратуры,
кафедра гражданского и трудового права
Angie_star@inbox.ru

Ключевые слова: арбитраж, ГПК, ААЗ, ВМАЦ, Типовой закон, разбирательство.

Австрия довольно давно задействована в международный коммерческий арбитраж. Первые положения, касающиеся Арбитража, были включены в австрийский Гражданский процессуальный кодекс в 1895 году (4 раздел). Австрия очень выгодно расположена в центре Европы, от чего получает отличную репутацию нейтральной стороны в арбитражных разбирательствах, о чем свидетельствует продолжающийся рост числа международных коммерческих арбитражей с выбором места в Вене. Во многих случаях, Австрия не выступает в качестве одной из сторон спора. Международный Арбитражный Центр при австрийской федеральной Торговой Палате, более известный, как Венский Международный Арбитражный Центр (VIAC), является весьма привлекательным местом в Вене и наименее дорогим, по сравнению с арбитражными центрами в Цюрихе, Париже и Стокгольме. К тому же, он недавно отпраздновал свое 35-летие.

После нескольких частичных поправок старых положений, касающихся арбитража, с последним крупным изменением в 1983 году, новый Австрийский арбитражный Закон (Schiedsrechts Änderungsgesetz)²⁵⁰, вступил в силу 1 июля 2006 года. Всесторонне были внесены изменения в старый закон об арбитраже. Основной целью Нового австрийского закона является создание современного

²⁵⁰ Federal Law Gazette I 2006/7

арбитражного закона, который включает в себя основные черты Типового закона (Model Law, 2006).

Австрийский арбитражный закон не был кодифицирован в отдельном акте, и по-прежнему является частью Австрийского ГПК. Бывшие положения статей 577-599 ГПК были заменены новыми положениями статей 577-618 ГПК. Арбитражные соглашения, которые были заключены до 1 июля 2006 года, по-прежнему регулируются бывшими положениями статей 577-599 ГПК.

Первоначально, австрийский арбитражный закон был предназначен только для внутренних арбитражей, но на протяжении многих лет он оказался достаточно гибким в том числе и для международных арбитражных разбирательств.

В 1975 году Федеральная Торговая Палата Австрии установила Венский Международный Арбитражный Центр. Несомненно, успех арбитражного центра, со своей собственной процедурой и Арбитражным Регламентом, был связан с тем, что Вена представляла собой удобную золотую середину во время оттепели в отношениях Востока и Запада в 1970 и 1980 годах.

В отличие от Типового закона (2006), положения Австрийского арбитражного Закона не различаются между внутренним и международным арбитражем или между коммерческими и некоммерческими арбитражными разбирательствами. Положения статей 577 австрийского ГПК применяются ко всем арбитражным спорам. Общие принципы, лежащие в основе Австрийского Арбитражного Закона: равенство и объективность, независимость и должный процесс.

Равенство и объективность: все участники должны относиться к арбитражному разбирательству справедливо и имеет право быть выслушанными²⁵¹.

²⁵¹ Zivilprozessordnung, art.594 (2)

Независимость (автономия): стороны пользуются большой автономией. Есть только несколько обязательных правовых положений, которые не могут быть отменены по соглашению сторон²⁵².

Должный процесс: все стороны должны иметь возможность представить свои интересы.

Статья 583 австрийского ГПК регламентирует все арбитражные соглашения, заключенные на момент или после 1 Июля 2006 года, содержит формальные требования в виде письменной формы арбитражного соглашения. Документ должен либо подписываться сторонами соглашения, либо это может быть переписка между сторонами, которая обеспечивает фиксацию такого соглашения (например, письма, факсы, электронная почта или другие средства связи).

В соответствии с Австрийским Арбитражным Законом, арбитражное соглашение может также быть действительным, если оно было подписано представителем одной из сторон, но не руководителем или сотрудником компании (Prokurist), только если это лицо имеет специальную доверенность с указанием его прав и обязанностей, чтобы заключить арбитражное соглашение.

Арбитражный суд также принимает решение по вопросу о его юрисдикции (competencecompetence). В соответствии со статьей 592 (1) австрийского ГПК, решение принимается по существу, или в отдельном решении. Это положение соответствует формулировке статьи 16 Типового закона (2006). Выслушав обе стороны, арбитражный суд вправе распорядиться о принятии обеспечительных или защитных мер против одной из сторон, если он считает это необходимыми в отношении предмета разбирательства.

Австрийский Арбитражный Закон не определяет начало арбитража. В соответствии с Арбитражным регламентом ВМАЦ, арбитраж начинается, как только исковое заявление было подано в Секретариат ВМАЦ²⁵³.

²⁵² Zivilprozessordnung, art.585

²⁵³ Zivilprozessordnung, art.585

Помимо ограниченного числа обязательных положений австрийского арбитражного Закона, стороны могут договориться о процедуре необходимо разбирательства при проведении самого разбирательства. Таким образом, стороны могут обратиться к правилам арбитражного института. При отсутствии такого соглашения, применяется ли обязательный закон или нет, - арбитры могут свободно проводить производство по своему усмотрению.

Дела Сторон должны быть рассмотрены в независимом порядке. Это требование вытекает из статьи 6 Европейской Конвенции по правам человека, а также содержит требование: равное отношение к сторонам. Кроме того, каждая из сторон имеет право быть услышанным. Это не означает, что устные слушания являются обязательными, а только то, что стороны должны иметь возможность изложить свое дело²⁵⁴.

²⁵⁴ О.А. Василенко, Кодекс корпоративного управления Австрии, Вестник РУДН №2, юридические науки, 2010

Гражданско-правовая природа инвестиционного договора

М.А. Ахмадова

Магистр кафедры гражданского и трудового права

Российского университета дружбы народов

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

email: 4ernijkvadrat95@gmail.com

В статье автором проводится анализ различных экспертных точек зрения относительно гражданско-правовой природы инвестиционного договора, как основного элемента инвестиционного процесса. Предмет исследования приобретает особую актуальность в условиях распространения практики заключения инвестиционных договоров.

Ключевые слова: инвестиционный договор, правовая природа инвестиционного договора, соглашения о разделе продукции, договор коммерческой концессии.

Инвестиционная деятельность осуществляется на практике через определенные правовые формы, например, путем формирования уставного фонда предприятия или заключения договора на создание объектов инвестиционной деятельности, на передачу их использования и пр. Наиболее распространенной формой реализации инвестиционной деятельности является договор, как наиболее «гибкая правовая форма, в которую могут облекаться различные по характеру общественные отношения»²⁵⁵. Ряд ученых справедливо указывают на особую роль договора в исследуемой сфере. Так, С.П. Мороз отмечает, что «главным основанием возникновения, изменения и прекращения инвестиционных правоотношений является договор»²⁵⁶. А.В. Майфат относит к одному из основных признаков инвестирования то, что «в основании инвестирования лежит договор»²⁵⁷.

²⁵⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга 1. Общие положения. М., 2007. С.45.

²⁵⁶ Мороз С.П. Инвестиционное право. Алматы. 2006. С. 294.

²⁵⁷ Майфат А.В. Признаки инвестирования и юридическая конструкция инвестирования. СПС КонсультантПлюс.

Подтверждение этому можно найти также в ст. 8 Закона об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений от 25.02.1999 г.²⁵⁸ посвященной регулированию отношений между субъектами инвестиционной деятельности, в соответствии с которой осуществляются на основе договора и (или) государственного контракта, заключаемых между ними в соответствии с ГК РФ.

Отсюда видно, что законодатель не называет конкретные договоры, регулирующие отношения между субъектами инвестиционной деятельности. Однако некоторые авторы находят в этом положительные моменты. Так, И.Ю. Целовальникова называет положительным тот факт, что субъекты гражданского оборота, осуществляющие свою деятельность в инвестиционной сфере, не связаны с определенным перечнем видов договоров, используемых исключительно инвесторами при осуществлении капиталовложений, а существует возможность свободно развиваться любым договорным формам осуществления инвестиционной деятельности, в том числе и договорам, в содержание которых включаются элементы различных договоров (так называемые смешанные договора)²⁵⁹.

Для определения гражданско-правовой природы договоров в сфере иностранной инвестиционной деятельности, что является предметом исследования автора, представляется необходимым установить соотношение частноправового и публично-правового регулирования в этой сфере, характер исследуемых правоотношений и пр. На сегодняшний день в юридической доктрине в отношении данного вопроса существует несколько точек зрения.

Апологеты первой точки зрения относят инвестиционные соглашения к области административного (публичного) права. Наиболее последовательно идею об административно-правовом характере описываемых явлений

²⁵⁸ Закон об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений от 25.02.1999 N 39-ФЗ (ред. от 28.12.2013). СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_156882/?frame=1#p116 (дата обращения: 20.12.2014).

²⁵⁹ См.: Целовальникова И.Ю. Гражданско-правовое регулирование инвестиционной деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2005. С.128-129.

отстаивает в своих работах В.П. Мозолин, который отрицает договорную природу инвестиционных соглашений, полагая, что правовой базой для выдачи соответствующих документов являются «бланкетные полномочия, заранее предоставляемые государствами своим правительственным органам, или же постановления индивидуального характера, принимаемые высшими органами государств по конкретным иностранным инвестициям»²⁶⁰.

Сторонники второй точки зрения исходят из гражданско-правовой трактовки инвестиционных соглашений. В отечественной юридической доктрине данная позиция поддерживается в работах Л.А. Лунца, Н.Н. Вознесенской и Н.Г. Дорониной. Эти авторы рассматривают инвестиционные соглашения в качестве разновидности гражданско-правовых договоров, обладающих определенной спецификой.

Третья позиция заключается в приравнивании инвестиционных соглашений к международным договорам, из чего следует включение данного института в рамки международного публичного права. Такой позиции придерживается целый ряд зарубежных авторов (Л.Сон, Р. Бакстер, Б. Уортли). Справедливо будет отметить, что этот подход, в отечественных юридических кругах, был подвергнут объективной критике. Так, Л.А. Лунц писал: «Доктрина, по которой соглашение между частным лицом, иностранной компанией и государством выводится из сферы гражданского права и переносится в область международного публичного права, имеет своей предпосылкой тезис о возможности для частноправовой организации и для отдельного физического лица быть субъектом международно-правовых отношений, - тезис, стоящий в прямом противоречии с принципом государственного суверенитета»²⁶¹.

Фундаментальные отличия в существующих точках зрения к вопросу о правовой природе инвестиционных соглашений стали почвой для формирования комплексного подхода у ряда ученых. Так, А.С. Богатырев

²⁶⁰ Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. М.: 1974. С.98.

²⁶¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 59.

указывает на то, что «в силу сложности и комплексности отношений регулирования, вероятно, и невозможно прямолинейно отнести инвестиционные соглашения-контракты к категории договоров и соглашений международного публично-правового характера или административного и гражданского характера в национальном праве»²⁶². Данная позиция получила поддержку и со стороны других ученых. В частности, И.И. Басыров полагает, что «инвестиционный договор – это комплексный правовой институт, в рамках которого возникают как частноправовые, так и публично-правовые отношения, поэтому его следует признать договором со смешанной правовой природой»²⁶³.

Безусловно, «инвестиционные договоры – это сложные по своей природе сделки», которые не представляется возможным относить только к договорам гражданско-правового характера, тем самым отрицая наличие в них публично-правовой составляющей. Поскольку при реализации инвестиций, заключаемые между сторонами соглашения, могут быть осложнены наличием публичного элемента. Так, если стороной такого соглашения выступает государство, наряду с условиями, характерными для большинства гражданско-правовых договоров, в нем должно быть предусмотрено следующее²⁶⁴:

- Порядок участия государства;
- Способы взаимоотношений инвестора и государства по поводу предмета договора;
- Лицензирование;
- Распределение доходов (продукции);
- Перемещение товаров (работ, услуг) за пределы таможенной границы государства.

В своей правовой оценке форм участия государства в инвестиционных договорах М.И. Кулагин писал, что «основное содержание инвестиционных соглашений в части обязанностей государства заключается в предоставлении

²⁶² Богатырев А.Г. Инвестиционное право. – М., 1992. С. 74

²⁶³ Басыров И.И. Природа инвестиционного договора (контракта) // Юрист. – 2009. - №3. С.34.

²⁶⁴ См.: Веселкова Е. О некоторых аспектах инвестиционных договоров // Хозяйство и право. 2012. №7. С. 81-85.

государством иностранному вкладчику дополнительных гарантий (от национализации, свободного перевода за границу прибылей и репатриации капитала), а также дополнительных льгот (налоговых, таможенных и др.). Нередко государство гарантирует вкладчику стабильность инвестиционного режима. Все эти права и льготы являются публично-правовыми, а гражданский договор не может заключаться по поводу публичных прав»²⁶⁵.

Вместе с тем, следует помнить, что оставаясь властвующим субъектом публичного права, в интересах привлечения иностранных инвестиций в экономику страны, государство выступает как равноправный субъект, не обладающий особым иммунитетом, согласно общему правилу, которое получило закрепление в ст. 124 ГК РФ.

Так, например, наиболее ярко публичный аспект проявляется при использовании такой формы участия в инвестиционной деятельности, как соглашение о разделе продукции. Статья 2 ФЗ "О соглашениях о разделе продукции" от 30.12.1995 (ред. от 19.07.2011)²⁶⁶ декларирует, что соглашение о разделе продукции (далее - соглашение) является договором, в соответствии с которым Российская Федерация предоставляет субъекту предпринимательской деятельности (далее - инвестор) на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск. Соглашение определяет все необходимые условия, связанные с использованием недр, в том числе условия и порядок раздела произведенной продукции. Указанный нормативно-правовой акт достаточно детально регулирует такие вопросы как порядок заключения соглашения, согласования условий в контракте и пр. Подобная регламентация законодателем связана с

²⁶⁵ Кулагин М.И. Правовая природа инвестиционных соглашений, заключенных развивающимися странами // Политические и правовые системы стран Азии, Африки и Латинской Америки. С. 52.

²⁶⁶ Федеральный закон от 30.12.1995 N 225-ФЗ (ред. от 19.07.2011) "О соглашениях о разделе продукции". URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_117376/#p39 СПС КонсультантПлюс. (дата обращения: 20.12.2014).

особенностью и государственной значимостью предмета таких соглашений - природные ресурсы страны.

Более того, в своих работах известные цивилисты М.И. Брагинский и В.В. Витрянский также приводят в качестве примера различные формы договоров о разделе продукции с участием государства, которые основываются на общегражданском принципе равенства сторон. Такие договоры, считают они, по своему характеру являются обычными гражданско-правовыми договорами²⁶⁷.

Процесс осуществления инвестиционной деятельности иностранными инвесторами представляется достаточно сложным, поэтому при реализации инвестиции могут заключаться не один, а целый ряд договоров. К числу таких могут быть отнесены отдельные договоры: купля-продажа (в частности продажа недвижимости, продажа предприятия, продажа ценных бумаг), финансовая аренда (лизинг), строительный подряд, возмездное оказание услуг, коммерческая концессия, доверительное управление имуществом, направленные наряду с инвестированием на достижение иных юридических целей (передача имущества в собственность и пр.).

В связи с множественностью договоров, используемых при реализации инвестиций, в юридической доктрине предложены различные классификации договоров, заключаемых между участниками инвестиционного процесса. Так, В.Н. Лисица приводит классификацию по субъектам, являющимся их сторонами²⁶⁸. На этом основании автор относит к инвестиционным все договоры, где одной из сторон является инвестор.

Проведенный автором анализ позволяет установить, что основная масса инвестиционных договоров носит гражданско-правовой характер. Как отмечают обоснованно И.З. Фархутдинов и В.А. Трапезников: «Правовое содержание инвестиционных правоотношений и инвестиционной деятельности определяется тем, что они являются разновидностью гражданско-правовых

²⁶⁷ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга 1. Общие положения. М., 2005. С.24.

²⁶⁸ Лисица В.Н. Инвестиционный договор // Закон. 2003. №6. С.116

отношений и обладают общими с ним чертами. Поэтому их можно определить как общественные отношения, связанные с инвестиционной деятельностью, урегулированные нормами гражданского права, в результате чего у участников этих правоотношений возникают имущественные и личные неимущественные права и обязанности»²⁶⁹.

Таким образом, признавая объективно наличие в определенных инвестиционных соглашениях публичного элемента, следует отметить, что большая часть инвестиционных отношений регулируется нормами гражданского права, гражданско-правовыми договорами, заключаемыми между субъектами инвестиционной деятельности, и «данные отношения по количественному критерию преобладают над публичными инвестиционными отношениями»²⁷⁰.

²⁶⁹ Инвестиционное право: учебно-практич. пособие / И.З. Фархутдинов, В.А. Трапезников. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 432.

²⁷⁰ Басыров И.И. Природа инвестиционного договора (контракта) // Юрист. – 2009. - №3. С. 36.

**Арбитражное соглашение.
Форма и оценка действительности.**

Д.М. Балич

*Студентка 4-го курса
Юридический институт
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д. 6*

В статье затронута проблема природы арбитражного соглашения, представлен краткий анализ требований к форме арбитражного соглашения на основе законодательств различных стран, отмечена неоднородность отношения различных юрисдикций к требованиям формальной действительности арбитражных соглашений как необходимого условия рассмотрения дела коммерческим арбитражем.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, формальная действительность

Ни для кого не секрет, что в современных условиях ведения бизнеса, и, особенно, в международной предпринимательской практике, гораздо эффективнее решать споры и разногласия без обращения к судебным процедурам. Обращение в суд должно являться «крайней мерой», которая, фактически, ставит точку на дальнейших деловых отношениях сторон. Альтернативным, а главное, наиболее «эффективным» способом разрешения споров является международный коммерческий арбитраж, «регламент которого содержит много правовых и иных инструментов, применение которых направлено на повышение эффективности арбитражного производства и снижение рисков, связанных с отменой и отказом в признании и приведении в исполнение арбитражных решений»²⁷¹.

²⁷¹Ситкарева Е.В. «Эффективность разбирательства в международном коммерческом арбитраже- сторонам есть о чем договориться» - «Пробелы в российском законодательстве. № 3 - М.: Медиа-ВАК, 2012. - 310 с.; Ситкарева Е.В., Трофимчук С.В. К вопросу о внесении изменений в закон РФ «О Международном коммерческом арбитраже» // Правовая инициатива.- 2014.- №3.; Чиркин В.Е. Правовые системы современности: взаимовлияние, сближение и антагонизмы // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2014. № 2, С.118-131.

Необходимым условием рассмотрения дела коммерческим арбитражем является заключение сторонами арбитражного соглашения.

Под арбитражным соглашением следует понимать заключенный между сторонами внешнеэкономической сделки гражданско-правовой договор об установлении процессуально-правовых прав и обязанностей, направленных на передачу возможных споров в избранное по взаимному согласию, негосударственное арбитражное учреждение или арбитраж *ad hoc*.²⁷²

В.В. Ярков²⁷³, характеризуя природу арбитражного соглашения, говорит о двойственности этого юридического факта, имеющего одновременно и материальный, и процессуальный характер.

В.А. Шенинг охарактеризовал третейское соглашение как договор, и что при всей сложности понятия арбитражного соглашения нельзя отрицать его гражданско-правовой характер, ввиду того, что арбитражное соглашение обладает тремя составными элементами договора: субъекты соглашения, объект соглашения и его внешняя форма.

Е.В. Кудрявцева пишет о том, что “по своей юридической природе третейское соглашение нужно отнести к классу правовых сделок, хотя и процессуального характера”²⁷⁴, в то же время, приходя к выводу, что “при оспаривании применимы соответствующие правила ГК РФ: не соблюдена письменная форма соглашения, оно подписано неуполномоченным лицом, заключено под влиянием обмана, заблуждения, насилия, угрозы, недееспособной стороной и т.п.”²⁷⁵

К арбитражному соглашению предъявляются следующие требования

²⁷² Николокин С.В. «Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража»//Дисс.,Москва,2007

²⁷³ Ярков В.В. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство ;(Цит. по:А. Г. Котельников, «Правовая природа арбитражного соглашения и последствия его заключения», //Дисс.,С.67, Екатеринбург, 2008 г.)

²⁷⁴ Кудрявцева Е.В. Оспаривание решений третейских судов//Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве/ Под. ред. М.К. Треушникова. М.: Издательский дом «Городец», 2004.- с.174.

²⁷⁵ Кудрявцева Е.В. Оспаривание решений третейских судов//Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве/ Под. ред. М.К. Треушникова. М.: Издательский дом «Городец», 2004.- с.174.

материально-правового характера:

“спор должен вытекать из гражданских правоотношений и подпадать под объект арбитражного соглашения;

соглашение должно быть заключено в письменной форме;

лица, подписавшие договор, должны быть дееспособны,

подписывающие соглашение от имени организаций лица должны иметь на то полномочия, либо иным образом подтвержденное право”²⁷⁶.

К процессуальным требованиям, предъявляемым к арбитражному соглашению, относятся:

“ спор должен быть одновременно подведомственен арбитражному суду;

соглашение сторон о передаче спора на разрешение третейского суда должно быть достигнуто до принятия решения арбитражным судом, т.е. до окончания разбирательства дела по существу;

соглашение должно точно определить компетентный арбитраж или третейский суд, которым будет рассматриваться спор, место рассмотрения спора, а также процедуру его разрешения”²⁷⁷

Форма арбитражного соглашения.

За редким исключением, законодательство большинства стран требует письменной формы арбитражного соглашения. Однако, неоднозначным остается вопрос о том, что понимается под письменной формой соглашения.

Алан Редферн и Мартин Хантер²⁷⁸ приходят к выводу, что «смягчение» требований к форме арбитражного соглашения будет большим шагом и означать отказ от презумпции “против” передачи спора на рассмотрение в арбитраж. При этом, не шагом, вынуждающим стороны обращаться в арбитраж, о котором они не договаривались, а шагом, дающим

²⁷⁶ А. Г. Котельников, «Правовая природа арбитражного соглашения и последствия его заключения», //Дисс., С.67, Екатеринбург, 2008 г.,

²⁷⁷ Ярков В.В. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство.

²⁷⁸ Alan Redfern & Martin Hunter, The Law and Practice of International Commercial Arbitration (3d ed).

арбитрам возможность самостоятельно оценивать все имеющиеся доказательства при определении наличия у них юрисдикции”.²⁷⁹

Большинство специалистов считают, что в Статье II (2) Нью-Йоркской конвенции изложены «*эксклюзивные, исключительные*», единые правила формальной действительности арбитражных соглашений.²⁸⁰ В Статье II (2) говорится, что для того, чтобы арбитражное соглашение считалось заключенным "в письменной форме", арбитражное соглашение должно включать в себя арбитражную оговорку, включенную в договор, или представлять из себя отдельное арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в письмах или телеграммах. Другие утверждают, что требования Конвенции являются устаревшими и не отражают реалий современной коммерческой практики.

Следует упомянуть, что согласно разработанным Рабочей Группой II (Арбитраж и Согласительная процедура) Рекомендациям относительно толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 2006 года, следует применять пункт 2 статьи II «исходя из признания того, что содержащееся в нем описание обстоятельств не носит исчерпывающего характера».

Таким образом, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже с изм., внесенными в 2006 году, ставит вопрос о действительности арбитражной оговорки в прямую зависимость от положений применимого законодательства конкретного государства.²⁸¹

Показательны примеры имплементации новых положений Типового закона ЮНСИТРАЛ в национальном законодательстве разных стран.

²⁷⁹ Janet Walker, Agreeing to Disagree: Can We Just Have Words?, Journal of Law and Commerce [Vol. 25:153 2006-06], pp. 153-165. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abs>

²⁸⁰ Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials 23 (2d ed. 2001)

²⁸¹ Dmytro V. Vorobey "CISG and Arbitration Clauses: Issues of Intent And Validity", Journal of Law and Commerce, Vol. 31 (2012-2013), pp.136-161 <http://jlc.law.pitt.edu>

Так, после принятия Декрета об арбитраже 13 января 2011 года (decretNo. 2011-48 portantreformedel'arbitrage) французское законодательство претерпело значительные изменения в сторону либерализации в части требований, предъявляемых к форме арбитражного соглашения. Ст. 1443 ГПК Франции 1981 года содержала требования к форме арбитражного соглашения, а именно, чтобы быть действительным, «арбитражное соглашение должно быть в письменной форме и быть частью договора или частью другого документа, на который есть ссылка в договоре», а также, в арбитражном соглашении должен был быть определен арбитр или состав арбитров, либо определен способ их назначения. Вышеупомянутым декретом были внесены изменения, согласно которым, никаких требований относительно формы к арбитражному соглашению не предъявляется (требование письменной формы арбитражного соглашения, упомянутое в ст. 1433 необходимо только для государственных арбитражей), что, по мнению многих комментаторов было сделано для поддержания статуса Франции, как ведущего государства в области арбитража.²⁸²

Законодательство Швеции, например, будучи не столь либеральным в области формальной действительности арбитражного соглашения, вовсе не содержит норм, предъявляющих требования к действительности арбитражного соглашения. В связи с этим, следует применять нормы договорного права. Однако, зачастую это приводит к проблемам на этапе исполнения.²⁸³ При наличии арбитражного соглашения, заключенного в устной форме, для того, чтобы решение могло быть исполнено за рубежом на основании Нью-Йоркской Конвенции, оговорка должна отвечать требованиям Конвенции. Поэтому, решая вопросы доказывания существования соглашения, и его

²⁸²Dmytro V. Vorobey "CISG and Arbitration Clauses: Issues of Intent And Validity", Journal of Law and Commerce, Vol. 31 (2012-2013),pp.136-161 <http://jlc.law.pitt.edu>

²⁸³Jean-Francois Poudret&SebastienBesson, Comparative Law of International Commercial Arbitration 163 (2007)

действительности арбитрам остается обращаться лишь Шведскому национальному законодательству в сфере договорного права.²⁸⁴

По законодательству КНР, к арбитражному соглашению предъявляется требование соблюдения письменной формы (ст. 16 Закона «Об Арбитраже» КНР). Критерии действительности арбитражного соглашения содержатся в статьях 16-18 закона «Об Арбитраже». Отдельно стоит отметить такое требование, предъявляемое к действительности арбитражного соглашения, как требование указания точного названия арбитражной комиссии, которая будет рассматривать спор между сторонами, в противном случае арбитражное соглашение будет считаться недействительным.²⁸⁵ Так, в случае *FIDIC Construction company v. Engineering company*, истец обратился в арбитражный суд Китайской Народной Республики для подтверждения действительности арбитражного соглашения, однако Верховный Народный суд провинции Джиангсу вынес решение, признав арбитражную оговорку недействительной в соответствии с законодательством КНР. В связи с этим, суд Германии отказал в приведении в исполнение арбитражного решения.²⁸⁶

Согласно ч.2 ст. 7 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-I “О международном коммерческом арбитраже” к арбитражному соглашению предъявляется требование о заключении его в письменной форме и считается заключенным, в случае, если оно является частью документа, подписанного сторонами или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

Несмотря на то, что оценка действительности арбитражного соглашения невозможна без привязки к какой-либо определенной правовой системе,

²⁸⁴Dmytro V. Vorobey “CISG and Arbitration Clauses: Issues of Intent And Validity”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 31 (2012-2013), pp.136-161 <http://jlc.law.pitt.edu>

²⁸⁵Русакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж в Китае // *Вестник Российского университета дружбы народов*. - М.: РУДН, 2012, № 4. - С. 159-164;

²⁸⁶Kammergericht [Court of Appeal], Berlin, 18 May 2006, *Construction company v. Engineering company*, reported in *Y.B. Comm. Arb.* XXXII (2007) pp. 347-50 (Germany No. 102).

представляется возможным выделить наиболее общие основания признания арбитражного соглашения недействительным.

«Так, арбитражное соглашение может быть признано недействительным в случае, когда оно:

- было заключено с пороком воли (под влиянием обмана, заблуждения, насилия и т.д.);
- было совершено лицом, не обладающим необходимой правоспособностью или дееспособностью;
- совершено без соблюдения установленной законом формы;
- не содержит в себе все существенные условия, установленные для арбитражного соглашения, в том числе не содержит явно выраженного намерения передать спор на разрешение арбитража;
- противоречит императивным нормам применимого законодательства об арбитраже
- заключено по вопросам, которые не могут являться предметом третейского разбирательства».²⁸⁷

Итак, ввиду того, что в некоторых случаях заключение арбитражного соглашения может обеспечить защиту прав более эффективно, чем обращение в суд, вопрос природы арбитражного соглашения, и вытекающие из него вопросы действительности и формы арбитражного соглашения напрямую влияют на определение компетенции конкретного международного коммерческого арбитража и последующее исполнение арбитражного решения. Требование к форме арбитражного соглашения имеет принципиальную важность, так как несоблюдение формы приводит к его недействительности, а, значит, не является основанием для принятия арбитражем спора к рассмотрению. В данном случае, единственным императивным правилом является требование заключения арбитражного соглашения в той форме, которая предусмотрена законом места проведения арбитражного соглашения.

²⁸⁷Хвалей В. «Как убить арбитражное соглашение»;СПб.:АНО «Редакция журнала «Третейский суд». №5. 2003. 157

Проанализировав законодательства различных стран в части требования соблюдения письменной формы арбитражного соглашения можно отметить неоднородность отношения различных юрисдикций к требованиям формальной действительности арбитражных соглашений: от требования строго соблюдения письменной формы (Австрия²⁸⁸, Бельгия, Бразилия²⁸⁹, Индия, Япония, Швейцария и т.д.), или подтверждения факта заключения арбитражных соглашений иными письменными доказательствами (Испания, Сингапур, Нидерланды) до разрешения заключения соглашения в устной форме (Новая Зеландия, некоторые провинции в Канаде²⁹⁰ и некоторые округа²⁹¹ в США).²⁹²

Учитывая неоднородность в подходах к требованиям к арбитражному соглашению, сторонам гораздо труднее добиться желаемого результата. Так, решение Апелляционного суда Норвегии является ярким примером, иллюстрирующим это явление: суд отказал в приведении к исполнению арбитражного решения, ссылаясь на статью II Нью-Йоркской Конвенции, несмотря на то, что арбитражное соглашение было признано действительным и соответствующим законодательству места рассмотрения спора.

Несоблюдение письменной формы арбитражного соглашения в нынешних условиях больше не может быть основанием для отказа в приведении к исполнению арбитражного решения и существующие тенденции к либерализации требований к письменной форме арбитражного соглашения могут значительно способствовать привлечению сторон к обращению в арбитраж.

²⁸⁸ Австрия: Гражданский Процессуальный Кодекс Австрии, Раздел Четвертый (в редакции Закона об изменении арбитражного законодательства 2006 г.) ст. 583(1): «Арбитражное соглашение должно содержаться или в документе, подписанном сторонами, или в письмах, телефаксах, электронных сообщениях или других видах передачи сообщений, которыми стороны обменялись и которые свидетельствуют о наличии соглашения».

²⁸⁹ Закон Бразилии 9307, ст. 4(1), а также: Гр. и Торг. Проц. Кодекс Аргентины, ст. 739, Торговый Кодекс Мексики, ст. 1423 содержат аналогичные нормы.

²⁹⁰ Закон об Арбитраже провинции Альберта (Канада) в ст. 5:1 прямо предусматривает отсутствие строгого требования соблюдения письменной формы.

²⁹¹ Powell v. R.J. Anderson, Inc.: в общем праве арбитражное соглашение в устной форме является действительным относительно всех споров, кроме тех, где предметом спора являются отношения, связанные с правоустанавливающими документами на землю.

²⁹² В 2006 году Рабочей Группой II (Арбитраж и Согласительная процедура) был проведен обзор практики по данному вопросу U.N. Doc. A/CN.9/WGII/WP.139 available at [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/ 2 Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2_Arbitration.html).

Источники правового регулирования международного коммерческого арбитража в Германии

Э.Р. Даутов
*Студент юридического института
Российский университет дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
e.dautov1994@gmail.com*

Источниками международного коммерческого арбитража являются международные договоры, законы об арбитраже.

Иерархию немецких источников регулирования международного коммерческого арбитража можно изобразить в таком виде:

1. Международные конвенции и соглашения, регулирующие правоотношения в сфере международного коммерческого арбитража, двусторонние и многосторонние межгосударственные договоры и соглашения в которых участвует Германия, содержащие положения об арбитраже;

2. Нормы, определенные в Основном Законе ФРГ от 23.05.1949, касающиеся основ функционирования частных судебных институтов, их взаимосвязь с национальной правовой системой;

3. Гражданское Процессуальное Уложение ФРГ (Zivilprozessordnung, ZPO) в редакции от 12.09.1950 года, в частности Десятая Книга «Арбитражное разбирательство», федеральные законы, регулирующие вопросы арбитражных разбирательств.

Важное значение имеют уставы и регламенты Германии, так как в них закреплены все процедурные вопросы, связанные с проведением арбитража.

Если стороны пришли к согласию передать спор на рассмотрение арбитража, то в своем соглашении они могут предусмотреть весь ход процедуры. Если стороны предусмотрели разрешение возможных споров арбитражем ad hoc (по случаю), то в качестве регламента они могут указать, например, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. В отличие от арбитража ad hoc при желании сторон поручить рассмотрение споров институциональному

арбитражу им достаточно сделать в соглашении короткую ссылку на уже существующий регламент одного из постоянно действующих арбитражных институтов.

В Германии совсем недавно была проведена реформа законодательства об арбитраже — в конце 1997 года был принят новый Закон, включенный в качестве десятой части в Гражданско-процессуальный кодекс. Законодательство об арбитраже, действовавшее до сих пор, базировалось на праве второй половины XIX века (немецкий ГПК вступил в силу в 1877 году и многие его предписания действуют до сих пор), его положения не соответствовали современному уровню развития законодательства и интересам участников торгового оборота. Новая десятая часть ГПК в значительной степени базируется на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 года. При проведении реформы арбитражно-процессуального права был создан закон, регулирующий внутренний и международный арбитражный процесс, который отвечает сегодняшним стандартам в этой области.

Майшев М.В. анализируют основные акты «мягкого права» в области арбитража: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (в редакции 2006 г.) и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г. (в редакции 2010 г.).

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ достаточно распространен в мире и используется в большинстве случаев, когда стороны не желают обращаться в государственные суды, а отдают предпочтение арбитражу. Также многие арбитражи указывают в своих собственных регламентах, что применяется этот регламент. Однако регламент применяется только при наличии арбитражной оговорки. При этом стороны могут изменять или не применять отдельные его положения.

То есть следует отметить, что Регламент ЮНСИТРАЛ не имеет обязательной силы и может быть применяться сторонами с возможными

изменениями, которые их устраивают, согласно соглашению. С целью сокращения до минимума процедурных споров эти условия могут быть согласованы сторонами до заключения контракта и определены в арбитражной оговорке.

Регламент регулирует порядок арбитражного производства, формирование состава арбитражного суда, процедуру арбитражного разбирательства, порядок принятия арбитражного решения и возмещение арбитражных расходов. Но следует иметь в виду, что в отличие от постоянно действующих арбитражей, рассмотрение спора в так называемом арбитраже (ad hoc) требует от истца гораздо больше усилий и времени для организации и оформления процесса.

В отношении Германии Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже 1985 г.» явился основой для арбитражного национального законодательства. Основные положения этого документа, носящего характер рекомендаций, легли в основу новой редакции Десятой Книги ГПУ ФРГ, вступившей в силу лишь в 1998 году. Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. исходит из принципа универсального признания решений арбитражей, не разделяя их на внутренние или внешние.

В Германии обращение к исполнению арбитражных решений находится в компетенции Высших Судов Земель. Принудительное исполнение осуществляется при этом, как и в отношении обычных исполнительных листов - согласно положениям Книги 8 ГПУ ФРГ.

Целью разработки Типового закона, прежде всего, было желание не столько усовершенствовать существующие нормы об арбитраже, сколько разработать «наднациональное» универсальное регулирование, что стало бы ориентиром для национального законодательства. С этой точки зрения, нет необходимости вносить любые изменения, поскольку каждая страна во время разработки собственных законодательных актов имеет возможность модифицировать Типовой закон и приспособить его к своим потребностям.

Кроме этого, следует помнить, что «Типовой закон ЮНИСТРАЛ» - это по сути квинтэссенция норм международного права и международной практики арбитража, которая нарабатывалась в течение долгих лет международного регулирования на базе практики международных арбитражных судов. Сам факт того, что соответствующие нормы были внесены в Типовой закон, подтверждает их соответствие общественным отношениям в этой сфере.

Судебные решения как источник гражданского права РФ

С.Е. Джонов

*Студент 2 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д. 6
email: Sino_CR7@mail.ru*

В статье рассматривается проблема отнесения судебных решений к источникам гражданского права в Российской Федерации.

Ключевые слова: Российская Федерация, гражданское право, источник права, источники гражданского права, судебные решения.

В настоящее время вопрос о том, стоит ли относить судебные решения к источникам гражданского права, является весьма дискуссионным.

К примеру, если рассмотреть страны с англосаксонской правовой семьей или семью общего права, то можно обнаружить, что для этой правовой системы характерны судебные прецеденты как основной источник права. Имеется в виду, что данная правовая семья пытается найти юридически справедливые ответы в процессе правоприменения, и поэтому многие ученые данную правовую семью называют прецедентным правом, правом судей. Здесь следует отметить, что речь идет о решениях судов высшей инстанции. Однако можно наблюдать, как в семье общего права наряду с судебными решениями большое значение начинает приобретать статутное право.

Если обратиться к романо-германской правовой семье, то видим, что юридически справедливое решение находят здесь, применяя закон. Однако в данной правовой семье судебная практика играет не малую роль в формировании права, значение судебных решений по тому или иному спору весьма велико. Исходя из всего вышесказанного, можно отметить, что как бы не разграничивали правовые семьи, они все равно начинают приобретать общие черты, признаки. Обсуждаемые явления не мало влияют, в том числе, и на

тенденции формирования системы источников отечественного гражданского права. Можно заметить, что обозначенная проблема довольно полно раскрыта многими учеными, изучена со всевозможных ракурсов в рамках различных научных дисциплин при помощи разнообразных инструментов и методов, но даже сегодня есть, что добавить к необъятному материалу этих исследований.

Сначала определимся с термином источник права. Из теории права известно, что основу новым нормам права дают источники права. Источник права - понятие многозначное. Существует множество доктринальных представлений, высказываний по этому поводу. Сам термин источник права пришел к нам из римского права. И когда мы используем термин источник права, мы в данном случае имеем в виду форму выражения правовых норм, которые общеобязательны для соблюдения. Также следует помнить о том, что источник большую юридическую значимость имеет тогда, когда устанавливается или признается государством. Таким образом, источник права - исходящие от государства или признаваемые им официально документированные формы выражения и закрепления норм права, придания им юридического общеобязательного значения. Наиболее значимыми и известными являются следующие источники права: правовые обычаи, нормативно-правовые акты государственных органов, правовые договоры, судебные решения²⁹³. И как было сказано выше, весьма спорным является вопрос отнесения судебных решений к источникам гражданского права. Рассматривая данную проблему, хотелось бы отметить, что среди всех судов нужно особо выделить суды высшей инстанции. Ведь, именно их решения в значительной мере влияют на формирование норм гражданского права.

Нужно понимать, что под судебной практикой мы имеем в виду нормативно-правовые положения, которые выработались в процессе судебной деятельности (определения, постановления), и ни что иное.

²⁹³ См.: Чухвичев Д.В. Источники права и сравнительно-правовые исследования // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия Юридические науки. – 2014 - № 1. - С. 112-119.

Традиционная точка зрения не относит судебные решения к источникам гражданского права, прежде всего, опираясь на статью 10 Конституции РФ, которая устанавливает принцип разделения властей (законодательная, исполнительная, судебная). Сторонники этой позиции утверждают, что все органы осуществляют свою деятельность по принципу разделения властей. Однако, такой аргумент, на мой взгляд, фактически не убедителен, т.к. каждая из ветвей власти самостоятельно существует только формально, поскольку, как показывает опыт, прямого четкого разделения властей в реальной жизни нет, каждая из них самостоятельно в действительности не существует. Это наблюдается также в тех странах, которые установили данный принцип в Основном законе. Можно сказать, что разделение властей в теории не соответствует практике. И эту точку зрения разделяет М.Н. Марченко.²⁹⁴

Следующий аргумент, который приводят в доказательство сторонники традиционной точки зрения по исследуемой проблеме, - содержание статьи 120 Конституции РФ, которая подразумевает верховенство закона. Таким образом, опираясь на данную статью Конституции, представители традиционной точки зрения утверждают, что суды высшей инстанции с законодательной функцией значительно уменьшают силу и значение закона, и это будет заставлять суды нижестоящей инстанции покоряться постановлениям других судов, в то время как судьи в РФ независимы и должны подчиняться исключительно закону. На самом деле, если посмотреть глубоко на данную ситуацию и не понимать данный принцип в буквальном смысле, то можно как раз таки заметить, что судебные решения могут быть вспомогательными источниками при решении таких проблем, которые не урегулированы нормами права.

Судебные решения могут заполнять пробелы в законодательстве, совершенствовать его. Они никаким образом не уменьшают значимость закона, не умаляют его, потому что судебные решения, то есть решения судов высшей инстанции, основываются на самом законе. Практика демонстрирует, что все

²⁹⁴ Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. М., 2001. С. 540.

суды низшей инстанции при вынесении какого-либо решения, в первую очередь, основываются, ссылаются на закон, а затем уже учитывают решения судов высшей инстанции. Таким образом, из этих всех фактов мы наблюдаем, что судебные решения не противоречат принципу верховенства закона. Данную точку зрения разделяет Акопов Д.Р.²⁹⁵

Стоит отметить, что выработанные в процессе судебной деятельности нормативно-правовые положения, определения, постановления, правила, указания обладают определенной степенью обобщенности, общепризнанности и (во всяком случае, некоторые из них) обязательности, что свидетельствует о возможности признания судебных решений источниками гражданского права.

Таким образом, анализируя все вышеизложенное, можно прийти к выводу, что судебное решение - это особый, даже "эксклюзивный" источник гражданского права. Будет разумно, если легализовать судебное решение судов высшей инстанции как особый источник гражданского права. Оно должно занимать подчиненную позицию по отношению к другим источникам гражданского права, а также применяться в случае не противоречия абсолютно никаким принципам гражданского права. Задача судов высшей инстанции, в первую очередь - это применение права, а правотворческая функция должна являться второстепенной. Судебные решения как источник гражданского права должны применяться в тех случаях, когда отсутствует какая-либо норма закона, то есть быть вспомогательным источником.

²⁹⁵ Акопов Д.Р. Подзаконные источники трудового права и акты судебного нормативного толкования // Журнал российского права - 2006 - №7 - С. 37.

Правовое регулирование интеллектуальной собственности: миф оригинального автора

М.Р. Диас

*Магистр права, аспирант Кафедры гражданского и трудового права
Российский университет дружбы народов (117198, г. Москва, ул. Миклухо
Маклая д. 6) Эл. Почта: rafaelmagister@gmail.com*

Аннотация. В статье анализируется современный подход охраны интеллектуальной собственности. Ведется анализ роли творческой деятельности автора и роли общества в прогрессе. Ставится под сомнение разумность нынешней системы охраны интеллектуальной собственности.

Ключевые слова. Интеллектуальная собственность, роль общества в творческой деятельности, авторское право, автор.

Результаты интеллектуальной деятельности являются крайне важными составляющими экономики современного мира, споров об этом нет и вряд ли будут в перспективе. Как результаты интеллектуальной деятельности, так и их правовое регулирование просто необходимы для общего прогресса общества. Однако, правовое регулирование должно содействовать тому, чтобы поощрять творческую деятельность с одной стороны, а с другой, чтобы такие интеллектуальные ресурсы распределялись эффективно (социальные интересы). Однако, нормы об интеллектуальных правах часто оставляют впечатление об отсутствии социальной направленности содержащего в них регулирования, что означает кардинальный переворот направления правового регулирования рынка результатов творчества, так как исторически, интерес общества всегда был главным. Наверное это одно из главных причин появления системы копирайта.

Так, в Англии первоначальное регулирование рынка результатов творчества называлось копирайтом – *copyright* – и появилось еще в XVI веке в связи с пиратством. Для того, чтобы защитить интересы издателей, в Англии установили схемы лицензирования в шестнадцатом веке, которые предоставили монопольные права на воспроизведение и распространение определенных

работ на определенный срок.²⁹⁶ По сути, в английской модели регулирования рынка результатов творчества издатели сыграли огромную роль. В то время издательское дело требовало очень большое денежное вложение и пиратство ставило их интересы под угрозу²⁹⁷. Вследствие этого им предоставлялась привилегия в отношении определенных произведений в том смысле, что только они имели право на воспроизведение и распространение.

Несмотря на то, что такое правовое регулирование нам может показаться анахроническим и неуместным, оно в свое время сыграло важнейшую социальную роль, так как ущерб издателям означал бы снижение поступающих на рынок интеллектуальных трудов, и поэтому тогда предоставили им исключительное право на определенное время. Интересы автора вообще не учитывались. Авторы продавали рукопись своего произведения издателям, речь не шла о договоре уступки, а именно о купле-продаже, т.е., результат творчества был в синкретизме с носителем.

Во Франции, также, первоначальное регулирование заинтересованно было только имущественными правами, касающимися произведений. Но судебная практика стала принимать довод ученых, которые говорили о якобы неимущественных правах автора – *droit moral*. После 1880 г. судебная практика во Франции стала массивно признавать не имущественные права авторов. Именно здесь появляется разница между системами копирайта и авторского права²⁹⁸. Такие изменения также сопровождались другими, связанными с революцией, после победы которой были упразднены все привилегии. Появились множество работ, утверждающих явный личный характер этих прав²⁹⁹. Только после этого стали признаваться другие права автора, которые

296 E. S. Drone. A treatise on the law of property. Boston: Little, Brown, and Company, 1879.

297 E. W. Ploman. L. C. Hamilton. Copyright: Intellectual Property in the Information Age. London: Routledge & Kegan Paul Books, 1980.

298 C. Chinni. L. DROIT D'AUTEUR VERSUS THE ECONOMICS OF COPYRIGHT: IMPLICATIONS FOR AMERICAN LAW OF ACCESSION TO THE BERNE CONVENTION // Western New England Law Review. Springfield: The Western New England Law Review, 1992.

299 См.: F. Renouard. Essai Sur La Nature du Droit D'Auteur improprement désigné Sous Le Titre de Propriété Littéraire. Genève: Imprimerie Ramboz et Schuchardt, 1869.

сегодня, в большей или меньшей степени признаются даже в странах, придерживающихся системе копирайта.

Итак, сегодня признаются широкие права авторов, и мало кто спрашивает о разумности таких прав, так как вроде все убеждены в правильности нынешних норм об интеллектуальной собственности. Однако, даже если все правильно в отношении правового регулирования, всегда остается или должен оставаться под вопросом факт о том, как лучше сделать. В условиях капитализма рынок результатов творчества несомненно занимает особое место, но стоит ли охранять личные (особенно имущественные) права автора, часто игнорируя интересы общества? Другой вопрос: разумно ли предоставление таких широких прав авторам?

Так, в современности, среди функций гражданско-правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности выделяются: 1) защита прав авторов; 2) стимулирование авторов; 3) создание нормального оборота таких результатов; 4) доступ общественности³⁰⁰. Первый и второй пункты могут быть объединены, так как оба направлены на поощрение творческой деятельности; в четвертом пункте речь идет о справедливом распределении интеллектуальных ресурсов. Третий пункт без остальных лишен смысла и прежде всего представляет собой воспроизведенную функцию, т.е., существует для того, чтобы удовлетворять интересы авторов с одной стороны, а с другой – общественности. Тут возникает вопрос: насколько эти интересы легитимные? Наша задача заключается в том, чтобы определить как значение таких интересов, так и их обоснованность. Конечно же, их значение можно оценить по-разному, но некие объективные данные и констатации помогут нам в этом.

С появлением правового регулирования рынка результатов творчества, стало очевидным его социальное направление. Конечно же нам не привычно, что издателям предоставлялась привилегия и они оказывались в

300 Е.А. Суханов. 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. - 3-е изд., стереотип. - М.: Статут, 2013. - 958 с.

привилегированном положении, но это способствовало защите интересов общества, прогресс которого терпел бы ущерб при снижении интеллектуальных трудов в обороте. Сегодня, как уже сказано, доступность общественности также является функцией правового регулирования. Кстати, поощрение творческой деятельности призвано стимулировать авторов производить больше интеллектуальных работ, чтобы общество развивалось быстрее, т.е., по простой логике доступность общественности – это главная цель правового регулирования. Однако, насколько же этому содействуют нормы в деле?

Тема очень широка, но в данной статье мы обратим ваше внимание особенно на фигуру автора, являющегося самым устоем авторского права. Несмотря на то, что мы будем говорить собственно об авторских правах, так или иначе, вся система охраны результатов творчества основана на том, что существует «творец», которого иногда именуют автором, изобретателем и т.п. Неоспорим факт того, что эти творцы заслуживают охрану своих интересов. Согласно этому, после установления почти что глобального правового регулирования результатов творчества, кажется, что еще не хватает учения об основаниях такой охраны. На наш взгляд утверждение того, что необходимо защищать интересы авторов, является очень упрощенным объяснением. Дело в том, что при этом упрощенном понимании, кажется, что автор всегда создает нечто 100% новое, но это конечно же не так.

Проблема определения оригинальности произведений давно ощущается в судебной практике, а наука оказывается в разнородных неудобствах при попытке установления признаков оригинальности результатов интеллектуальной деятельности. Г.Ф. Шершеневич гласит: *«Предполагая участие духовных сил со стороны своего творца, литературное произведение всегда предполагает большую или меньшую степень оригинальности, так что последнее свойство не составляет особого признака в понятии о сочинении, но вытекает само собою из необходимости духовного творчества. Даже в таком произведении, в котором нет и следов новой мысли, изыскания новых фактов,*

даже в нем существует оригинальность, потому что оно излагает чужие мысли и известные факты своими словами, потому что эти мысли и факты прошли сквозь его мыслительный орган и там отлились в ту форму, в какой предстали перед публикой»³⁰¹.

Русский дореволюционный автор показывает интересный момент, который часто лишают значения в обсуждениях об авторских правах – степень оригинальности. Конечно же, сам упомянутый автор дает понять, что главное, чтобы была какая-то степень оригинальности, хоть и не большая, но самого факта, что «творец» использовал духовные силы достаточно, чтобы результат его творчества подлежал охране. Если установить оригинальность уже не легко, тем более установить степень ее. Наверно именно поэтому закон не отличает регулирование в зависимости от степени оригинальности. Однако, такой фактор заставляет нас думать о том, откуда приходит неоригинальная часть произведений?

Действительно, нет никакого полностью оригинального произведения. В первую очередь, творчество зависит от опыта человека, так как его знания зависят от его опыта³⁰². Фон жизни человека дает ему материал на создание произведений. Чему научился, что читал, где жил и был, люди, с которыми он знакомился, чем увлекался – все это составляет сложную совокупность элементов, позволяющих ему создать произведение. Например, как же представить создание произведения «Война и мир», если Л.Н. Толстой не знал историю Наполеона? Роль автора в создании нового неоспорима, но стоит ли приписывать ему полную заслугу за произведение? Как уже сказано, чтобы заслужить охрану, достаточно иметь какую-то степень оригинальности. При выполнении этого условия авторы получают чрезмерно широкую, предоставленную законом охрану.

³⁰¹ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. С. 155. Цит. по Лабзин М.В. Оригинальность объекта авторского права // Патенты и лицензии. 2007. №7, с. 16-20. №8, с. 20-27.

³⁰² Кант И. Критика чистого разума — М.: Мысль, 1994.— 591 с.

Так, если автор написал книгу, исключительное право на нее действует в течении всей его жизни и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора (ст. 1281 ГК РФ). Если автор написал книгу в 40 лет и жил еще 30, получается, что исключительное право будет действовать 100 лет. Кажется, что это довольно долгое время даже если такое произведение было 100% оригинальным, а тем более если знаем, что степень оригинальности намного ниже, иногда не значительная.

К этому, еще добавим и то обстоятельство, что все произведения создаются на основе полученных автором знаний не только жизненных, но и формально-образовательных. Тем или иным образом, общество играет также важную роль. Итак, мы утверждаем, что всякое произведение, в большей или меньшей степени является кристаллизированной социальной работой³⁰³. Несмотря на это, акцент делается на автора и больше ни на что.

Мы уже говорили, что доступ общественности является очень важной функцией правового регулирования рынка результатов творчества и именно для защиты интереса общества (доступ к произведениям и соответствующий прогресс его), и хотя сегодня объявляют доступность общественности как функцию правового регулирования рынка результатов творчества, кажется, что больше учитываются лишь экономические интересы. Ради экономических соображений мы запираем обществу доступ к многим произведениям, которые созданы автором, но с огромным вкладом общества.

По оценкам, около 1%-4% произведений издаются больше одного раза, тогда как остальные 96%-99% остаются забытыми или вообще теряются³⁰⁴. Стоит ли препятствовать прогрессу общества за счет экономических интересов авторов 1%-4% произведений? Следует упомянуть, что среди этих произведений издатели прежде всего извлекают выгоду, а не авторы, но это уже отдельный вопрос.

³⁰³ См.: J. Büchner. Aportaciones a un debate: la apropiación privada de la innovación social // Mientras Tanto 96º, otoño 2005, стр. 117-122.

³⁰⁴ J. Boyle. A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property // Duke Law & Technology Review 1-13 Durham: Duke University, 2004.

Итак, следует ли предоставлять такие широкие круги прав авторам, учитывая, что 96%-99% опубликованных произведений не имеют постоянную экономическую ценность? Также, учитывая, что общество играет решающую роль в создании новых произведений, и что нет автора 100% оригинального произведения?

Кроме этого, способствовать охране интеллектуальной собственности и творчеству это совсем отдельные вопросы. Законодательная политика в области рынка результатов творчества исходит из того, что насколько шире права, настолько больше стимул авторам, но это совсем не так. Творчество всегда было, даже без таких широких прав. В течение истории наблюдается рост творчества именно в силу того, что на рынке появилось больше и больше доступных трудов. Конечно же, есть исключение к этому правилу, но обычно творческие люди до пробуждения творческой способности проходили большую подготовку. Если мы ограничиваем доступ к произведениям ради экономических интересов, мы ограничиваем также творческую деятельность и только высшие классы имеют больше шансов становиться авторами, так как у них есть средства и соответственно доступ к произведениям.

Итак, нынешнее правовое регулирование рынка результатов творчества следует совсем за другими принципами, не так, как те во время его появления. Если тогда законодательная политика заключалась в том, чтобы сделать доступ шире, теперь – сделать его уже. Сегодняшний мир предоставляет нам огромные возможности развития как интернет, неограниченный доступ к произведениям, но кажется, что мировое сообщество готово пожертвовать интересами человечества ради экономических.

Некоторые особенности патентного права в ЮАР в свете развития межгосударственных отношений.

Илларионова Н.О.

*Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: illarionova.natalya21@mail.ru*

В статье рассматриваются развитие законодательной системы в области патентного права ЮАР сквозь призму участия ЮАР в ВОИС и ВТО, а также некоторые особенности патентного права ЮАР.

Ключевые слова: ЮАР, источники патентного права, патент, товарные знаки, промышленные образцы.

Южная Африканская Республика является одной из самых развитых стран на африканском континенте, не случайно некоторыми исследователями было отмечено, то «..если когда-нибудь Африка станет единой, то ее центром будет ЮАР³⁰⁵». В настоящее время на мировой арене ЮАР рассматривают как немаловажного стратегического партнера, в частности, наиболее актуальным на сегодняшний день является развитие ЮАР с призмы участия в деятельности БРИКС, члены которого ставят в приоритет развитие взаимосвязей и взаимоподдержки в различных областях экономики и права, среди которых немаловажное значение приобрел вопрос о защите интеллектуальной собственности, в том числе и защиты патентного права, в связи с чем в данной статье мы считаем необходимым акцентировать внимание на некоторых характеристиках патентного права в ЮАР.

Согласно закону ЮАР «О патентах» от 26 апреля 1978 г. N 57 (Patents act of South Africa № 57 of 1978), патент – это сертификат, установленной формы, удостоверяющий, что патент на изобретение был предоставлен в ЮАР.³⁰⁶ Патент может выдаваться в отношении любого нового изобретения,

³⁰⁵ Вачнадзе Г., Грибков А., Королева Н., Мишина О., Перцева Г., Провалов К., Сальберг К., Стенина Т., Терехова Е., Тимофеева Л., Шмаков С. // Деловая ЮАР. - ФГУП «ПИК ВИНТИ» - 2008. - Том V-VI. – с.4

³⁰⁶ Patents Act, 26/04/1978, No. 57 < http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181330> (дата обращения 20.12.2014)

обладающего изобретательским уровнем (изобретательским шагом «inventive step») и пригодного для использования или применения в торговле, промышленности или в сельском хозяйстве (25 (1)). Изобретение является новым, если его характеристики не явствуют из существующего уровня техники непосредственно перед датой приоритета изобретения(25 (5)). Срок действия исключительного права на патент составляет 20 лет с момента подачи заявки лицом, желающим приобрести патент либо его агентом при условии оплаты государственной пошлины. (46 (1)).

Основным государственным органом, занимающимся регистрацией прав на результаты интеллектуальной собственности в ЮАР является Комиссия по делам компаний и интеллектуальной собственности (Companies and Intellectual Property Commission), созданная в соответствии с положениями главой 8 Закона ЮАР «О компаниях N 71»³⁰⁷, принятого 9 апреля 2009 и вступившего в силу 1 мая 2011 г. Данная Комиссия является государственным органом, в своей деятельности подчиняется министру по делам компаний. В задачи Комиссии входит, в частности, регистрация компаний, в том числе зарубежных, фирменных наименований, прав интеллектуальной собственности в соответствии с положениями законодательства об интеллектуальной собственности³⁰⁸.

Патентное законодательство ЮАР подвергалось значительным изменениям и преобразованиям за период после приобретения страной независимости и до настоящего времени, в связи с чем, мы считаем необходимым обратиться к источникам правового регулирования патентного права в ЮАР.

³⁰⁷ Companies Act, 09/04/2009, No 71 <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6618>> (дата обращения 20.12.2014)

³⁰⁸ Еременко В.И. Законодательство об интеллектуальной собственности Южно-Африканской Республики. // Законодательство и экономика. – 2011. – N 7. – С. 62 - 70. <<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=CJI;n=55362>> (дата обращения 20.12.2014)

Итак, как указывают исследователи³⁰⁹, патентное законодательство Южной Африки восходит к 1860 г., поскольку именно в это время был принят первый Закон «О патентах», а с 1916 г. в ЮАР применялись действовавшие в то время нормы патентного права Британского содружества наций. Далее, во второй половине XX в. в Южной Африке был принят Патентный закон от 10 июня 1952 г., воспроизводивший положения Закона о патентах Великобритании 1949 г. (основной и дополнительный патент, 16-летний срок действия патента со дня подачи полного описания и т.п.).

После получения ЮАР независимости (31 мая 1961 года) начинается формирование новой нормативно-правовой базы, направленной на защиту патентов, в том числе в связи со вступлением в ВОИС.³¹⁰

В настоящее время в ЮАР принят достаточно широкий круг нормативных актов, направленных на урегулирование и защиту отношений, складывающихся по поводу создания, использования, перехода исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. В области промышленной собственности, в частности, Закон «О Патентах» от 26 апреля 1978 г. N 57 (Patents act of South Africa NO. 57 OF 1978), Закон о товарных знаках от 22 декабря 1993 г. N 194 (Trade Marks Act 1993 (Act No. 194 of 1993)), Закон о промышленных образцах от 22 декабря 1993 г. N 195 с изменениями от 1997 года и 2013 года (Designs Act 1993 (Act No. 195 of 1993)), Закон «О торговых марках» от 07 апреля 1941 года Merchandise Marks Act 1941 (Act No. 17 of 1941, as amended up to Merchandise Marks Amendment Act 2002); Закон о контрафактных товарах от 19 сентября 1997 г. N 37 (Counterfeit Goods Act 1997 (Act No. 37 of 1997, as amended by Counterfeit Goods Amendment Act 2001)), Закон о селекционных достижениях 1976 г (Plant Breeders' Rights Act 1976).

³⁰⁹ См. там же

³¹⁰ ЮАР подписала конвенцию, учреждающую ВОИС, 14.07.1967, ратифицировала 23.12.1974 <http://www.wipo.int/wipolex/en/wipo_treaties/parties.jsp?treaty_id=1&group_id=1> (дата обращения 20.12.2014)

Важно отметить, что некоторые нормативные акты в области защиты интеллектуальной собственности в ЮАР были приняты в преддверии вступления ЮАР в ВТО³¹¹. Так, к примеру, для обеспечения полного соблюдения положений Соглашения ТРИПС, 22 декабря 1993 году был принят Закон о промышленных образцах, вступивший в силу 1 мая 1995 года. (Designs Act 1993 (Act No. 195 of 1993), Закон о товарных знаках от 22 декабря 1993 г. N 194 (Trade Marks Act 1993 (Act No. 194 of 1993), вступивший в силу 1 мая 1995 года, которые в дальнейшем подвергались изменениям и дополнениям в 1997 году и в последнюю очередь в 2013 году³¹².

Некоторые нормативные акты были приняты ранее, но также подвергались изменениям в связи со вступлением ЮАР в ВТО, к примеру, Закон «О торговых марках» от 07 апреля 1941 года, вступивший в силу 18 октября 1941 года г. N 17 (Merchandise Marks Act 1941 (Act No. 17 of 1941), последние изменения в который были внесены в 2002 году;³¹³ Закон о селекционных достижениях 1976 г (Plant Breeders' Rights Act 1976), с последними изменениями от 19 апреля 1996 года, вступившими в силу 1 ноября 1997 года.³¹⁴

И наконец, были также приняты новые нормативные акты, к примеру, Закон «о контрафактных товарах» (Counterfeit Goods Act 1997 (Act No. 37 of 1997, as amended by Counterfeit Goods Amendment Act 2001).³¹⁵

Кроме того, в ЮАР действуют многочисленные инструкции в области патентного права, такие как: Правила по использованию товарных знаков от 1195 г.(с изменениями от 2006г.)³¹⁶, Патентная Инструкция от 1978 г. (с

³¹¹ ЮАР вступила в ВТО 1 января 1995 года. См. по адресу – http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (дата обращения 20.12.2014).

³¹² Intellectual Property Laws Amendment Act, 10/12/2013, No. 28 <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13714> (дата обращения 20.12.2014).

³¹³ Merchandise Marks Act, 18/10/1941, No. 17, as last amended, 2002. <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=4066> (дата обращения 20.12.2014).

³¹⁴ Plant Breeders' Rights Act, 15/03/1976, as last amended, 1996. <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=10901> (дата обращения 20.12.2014).

³¹⁵ Counterfeit Goods Act 19/09/1997, No. 37 of 1997, as last amended, 2001. <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6121> (дата обращения 20.12.2014).

³¹⁶ Trade Marks Regulations 21/04/1995, No. GN R578, as last amended, 2006. <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13348> (дата обращения 20.12.2014).

изменениями от 2006 г.)³¹⁷, Инструкция по проведению патентной экспертизы от 17 января 2003 г.³¹⁸, Инструкция № R.675 от 2010 по регулированию результатов интеллектуальной деятельности, полученных путем исследований и разработок, финансируемых государством³¹⁹ и др., направленные на реализацию законов ЮАР в области патентного права.

Из приведенных выше примеров мы видим, что патентное регулирование на законодательном уровне в ЮАР находится в постоянном развитии с учетом развития времени и международных стандартов в данной области. Значительного внимания, в этой связи, требуют последние изменения, произошедшие в законодательстве ЮАР от 2013 г., касающиеся интеллектуальной собственности³²⁰, поскольку данные изменения были приняты с целью обеспечения эффективных механизмов защиты коренных знаний в виде интеллектуальной собственности в Южной Африке. С этой целью он вносит изменения в ряд нормативных актов, касательно к нашей теме, это Закон «О товарных знаках» от 1993г. №194, Закон «О промышленных образцах» от 1993 г. № 195.

Итак, остановимся на этих двух нормативно-правовых актах. Закон «О промышленных образцах» был принят 22 декабря 1993 году и вступивший в силу 1 мая 1995 года. Данный закон выделял промышленный образец, определяемый его эстетическими характеристиками (aesthetic design), срок охраны которого 15 лет, и промышленный образец, назначение которого определяется его функциональным значением, так называемый функциональный промышленный образец (functional design), срок охраны

³¹⁷ Patent Regulations, 15/12/1978, No. R6247, as last amended, 2006. <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13085>> (дата обращения 20.12.2014).

³¹⁸ Patents Examination Regulations 17/01/2003.< <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6123>> (дата обращения 20.12.2014).

³¹⁹ Regulations of the Intellectual Property Rights from Publicly Financed Research and Development Act, 02/08/2010, No. R.675. <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13088>> (дата обращения 20.12.2014).

³²⁰ Intellectual Property Laws Amendment Act, 10/12/2013, No. 28 <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13714>> (дата обращения 20.12.2014).

которого составляет 10 лет³²¹. Однако, после изменений от 2013 года помимо вышеуказанной классификации вводится понятие традиционного промышленного образца (*indigenous design*), представляющий собой эстетический или функциональный промышленный образец, имеющий коренное или традиционное происхождение, обладающий свойством традиционности, представляющий собой выражение культуры коренных народов или знаний, созданный бывшими либо настоящими членами коренных общин, при условии что данный промышленный образец рассматривается как часть наследия коренной общины. Традиционный промышленный образец может быть в виде местного промышленного образца (*indigenous design*) и производного от местного промышленного образца (*derivative (indigenous design)*).

Также следует отметить Закон о товарных знаках от 22 декабря 1993 г. N 194 (*Trade Marks Act 1993 (Act No. 194 of 1993)*), вступивший в силу 1 мая 1995 года. Этот закон предусмотрел порядок регистрации товарных знаков, сертификации торговых марок и коллективных товарных знаков. Установил срок действия исключительного права, который составил 10 лет (ст.37 (1)). Данный закон выделяет товарный знак, свидетельствующий о соответствии продукции требованиям стандарта ("*certification trade mark*"), порядок регистрации которого предусмотрен разделом 42 закона; коллективный товарный знак ("*collective trade mark*") означает знак, зарегистрированный в соответствии с разделом 43; товарный знак (*trade mark*), который не является ни «*certification trade mark*», ни «*collective trade mark*», и представляет собой знак, используемый или предлагаемый для использования лицом в отношении товаров или услуг с целью дифференциации товаров или услуг от таких же товаров и услуг, предлагаемых иным лицом.

³²¹ Designs Act, 22/12/1993, No. 195 of 1993. < <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=4072>> Intellectual Property Laws Amendment Act, 10/12/2013, No. 28 <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13714>> (дата обращения 20.12.2014).

Однако, после изменений от 2013 года помимо вышеуказанной классификации вводится понятие традиционного товарного знака («traditional trade mark»). Смысл которого заключается в том, что в «certification trade mark», «collective trade mark» и в географических обозначениях (указаниях) («geographical indication») могут использоваться традиционные термины и выражения, и в этом случае им может быть предоставлена отдельная правовая защита, путем регистрации соответствующего традиционного товарного знака, при условии, что регистрируемый традиционный термин или выражение будет дифференцировать товары или услуги коренной общины, от товаров или услуг другого сообщества или лица, как полностью, так в той части, где традиционные термины или выражения зарегистрированы с учетом ограничений. Географические указания или другие знаки географического происхождения могут быть зарегистрированы в качестве сертификационного товарного знака или коллективного товарного знака при условии, что реестре патентов, авторских прав, торговых марок и конструкций должно быть четко указано, что зарегистрированный знак является географическим указанием.

Таким образом, в законодательство ЮАР в области интеллектуальной собственности было введено и закреплено новое понятие «традиционности». Применительно к патентному праву это «традиционный промышленный образец» (indigenous design), а также «традиционный товарный знак» (traditional trade mark), которые рассматриваются как часть наследия коренной общины и представляют собой выражение культуры коренных народов или знаний, созданный бывшими либо настоящими членами коренных общин.

Как мы видим, нормативно-правовое регулирование ЮАР в области патентного права в настоящее время нацелено на сохранение и поддержку результатов интеллектуальной деятельности, вытекающих из ценностей и традиций коренных общин и народностей, в частности путем предоставления патентно-правовой охраны таким результатам. Данное решение, на наш взгляд, имеет весьма плодотворное значение, поскольку отражает особенности

национальной системы ЮАР и состояние действительности в целом. Также, подобная конкретизация объектов патентных прав с учетом традиционных особенностей ЮАР позволит предоставить наиболее эффективную защиту исключительных прав обладателей соответствующих результатов интеллектуальной деятельности.

Проведенное выше исследование позволяет констатировать, что в настоящее время в ЮАР создана достаточно прочная нормативно-правовая база, нацеленная на обеспечение эффективной защиты патентных прав. Результаты приведения национального законодательства в соответствие с установленными требованиями ВОИС и ВТО позволяют в свою очередь сделать вывод, что ЮАР заинтересована в создании наиболее благоприятного климата патентно-правового регулирования, что имеет немаловажное значение для ЮАР, в частности для привлечения иностранных инвестиций и развития межгосударственных связей в области защиты патентного права в целом.

Судебная система Норвегии

О.В.Крамаренко, О.Ф.Пагиева
*Студенты третьего курса юридического факультета
Российского университета дружбы народов
улица Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
e-mail: vladimirkramaren@gmail.com ; fatikpagieva@mail.ru*

В статье рассматриваются перечень законодательных актов судов Норвегии. Рассматриваются основные источники, положения Конституции, состав и полномочия судов, а также дается авторский анализ.

Ключевые слова: Источники, судебная система Норвегии, полномочия и состав судов.

История судебной системы Норвегии берет своё начало с XVII века, когда впервые был учрежден Верховный суд. До этого времени высшей судебной инстанцией был Верховный суд Дании. Так, в 1815г. согласно Кильскому договору Дания уступает унию в пользу Швеции, и с этого времени начинает формироваться судебная система Норвегии.

Исследование в области гражданского процесса зарубежных стран начинается с изучения источников, основополагающих принципов, субъектов гражданско-процессуальных отношений, а также подробного изучения органов юстиции и судоустройства, включая компетенцию каждого из судов.

Перечень источников гражданского процесса Норвегии строится на основе системы скандинавского права, которое включает в себя право Швеции, Дании и Норвегии. Серьезное влияние на скандинавское право оказали: германское и римское право, а также тесная связь со времен викингов. Норвегия является представителем романо-германской правовой семьи, но с элементами англо-саксонской (наличие прецедента).

Итак, к источникам гражданского процессуального права Норвегии относятся:

1. Конституция Норвегии 1814 года (раздел D конституции Норвегии, статьи 86-91 посвящены судебной власти Норвегии)³²²;

2. Формальные законы. Такие законы принимает парламент Норвегии (Стортинг). На сегодняшний день формальные законы являются наиболее часто применяемыми источниками;

3. Обычаи, традиции и принципы скандинавского права;

4. Документы, обосновывающие законопроект. Подобные документы создаются в процессе разработки закона. В них прописаны намерения, основные цели, задачи, а также иные положения и обоснование закона;

5. Акты, принимаемые органами исполнительной власти Норвегии

6. Судебный прецедент³²³;

Судебная система Норвегии выглядит следующим образом: Верховный суд, апелляционные суды, окружные и городские суды, мировые суды и специализированные суды³²⁴. В данной статье предлагается рассмотреть полномочия каждого из судов.

Верховный суд Норвегии (Norges Høyesterett) был создан в 1815г. Суд является высшей судебной инстанцией, рассматривающей приговоры и жалобы на решения нижестоящих судов по гражданским, административным и уголовным делам, а также делам, связанные с решением конституционных вопросов. Формирование единообразной судебной практики и работа по унификации права являются основополагающими задачами Верховного суда. В качестве апелляционной инстанции Верховный Суд рассматривает решения нижестоящих апелляционных судов по гражданским, административным и уголовным делам. Также, Верховный суд выполняет в судебной системе Норвегии роль Конституционного суда. В его компетенцию входит проверка любых правовых актов на предмет их соответствия международным договорам и Конституции. В отличие от Швеции и Дании, Верховный суд Норвегии часто

³²² Конституция Норвегии 1814г. <http://www.norge.ru/constitutia/>

³²³ Международные акты не входят в национально-правовую систему Норвегии.

³²⁴ Полиция, прокуратура и судебная система Норвегии //Судебная юстиция. – 1993. - №2. – С. 11.

указывает парламенту на неконституционность его некоторых действий³²⁵. Состав суд назначается Королём Норвегии по предложению министра Юстиции. Кандидатом на пост Верховного суда может стать лицо, имеющее высшее юридическое образование, наличие опыта работы и достигшее возраста 30 лет. Суд состоит из Юстиариуса (председателя) и 19 судей. Судьи Верховного суда не ограничены определенным сроком. Предельный возраст пребывания в должности судьи 70 лет. Также в состав Верховного суда входит специальный проверочный апелляционный комитет, основной задачей которого является рассмотрение всех поступающих в суд жалоб на приговоры и решения нижестоящих судов. Комитет уполномочен не допускать к рассмотрению жалобы, являющиеся необоснованными и цена иска которых ниже 12 тыс. норвежских крон (1500\$ или 93000л) ³²⁶. Решения Верховного суда являются обязательными для всех нижестоящих судов. Апелляции на решения суда не могут быть поданы согласно статье 90 Конституции Норвегии 1814 года³²⁷.

Апелляционные Суды Норвегии (Lagmannsrett). Апелляционные суды в Норвегии называют судами законоговорителей или судами провинций. На сегодняшний день апелляционные суды расположены в шести самых крупных городах Норвегии – Осло, Шиен, Берген, Тронхейм, Тромсё и Хамар. Они выполняют функции апелляционной инстанции, рассматривающей жалобы на решения и приговоры по гражданским, административным и уголовным делам окружных и городских судов. Также апелляционные суды могут выступать в качестве суда первой инстанции по определенной категории уголовных дел. Состав суда зависит от округа, который находится в ведении апелляционного суда. Так, в апелляционном суде Осло 70 судей, в Бергене – 33, в Тронхейме – 19, Тромсё, Хамаре и Шиене – 14. Судей назначает Король Норвегии по рекомендации министра Юстиции. Кандидатом на пост Апелляционного суда может стать лицо, имеющее высшее юридическое образование, наличие опыта

³²⁵ Конституционный контроль на рубеже веков: актуальные проблемы и перспективы развития : Материалы международной науч.-практ. конф. — Тирасполь, 2004

³²⁶ http://www.calc.ru/kurs-NOK-USD.html?text_quantity=12000

³²⁷ Статья 90 Конституции Норвегии <http://www.norge.ru/constitutisia/>

работы и достигшее возраста 25 лет. По решению суда или ходатайству одной из сторон могут быть дополнительно включены от 2 до 4 непрофессиональных судей. Если рассматриваются дела, связанные с мореплаванием или торговлей, суд вправе привлекать непрофессиональных судей, обладающих знаниями в этих областях. В апелляционные суды могут быть обжалованы приговоры по уголовным делам, вынесенные окружными и городскими судами только по вопросу о признании подсудимого виновным. Уголовные дела рассматриваются 3 судьями и жюри, которое состоит из 10 присяжных заседателей. Как и Верховный суд, апелляционные суды имеют специальный комитет, в задачу которого входит рассмотрение всех поступающих в суд жалоб. В случае если дело является необоснованным и сумма иска составляет менее чем 2 тыс. норвежских крон (258\$ или 15269л) ³²⁸, комитет вправе не допускать рассмотрение дела в апелляционном суде.

Окружные и городские суды (Tingrett). Окружные и городские суды представляют суды первой инстанции, на сегодняшний день которых более 65 в Норвегии. Их можно назвать центральным звеном судебной системы Норвегии, так как они рассматривают основную массу гражданских, административных и уголовных дел. Окружным и городским судам подсудны все гражданские дела и административные дела, кроме тех, которые находятся в ведении специализированных судов. Как правило, дела в суде рассматриваются одним судьей. По ходатайству сторон, судья может вести дело совместно с двумя непрофессиональными судьями. Когда в судах рассматриваются дела о недвижимости, торговле и мореплавании, два непрофессиональных судьи, разбирающиеся в этих областях, обязательно принимают участие в судебном разбирательстве. По решению апелляционных судов, для решения более сложных гражданских дел может образовываться коллегия, состоящая из 3 профессиональных судей.

³²⁸ http://www.calc.ru/kurs-NOK-USD.html?text_quantity=2000

Мировые суды (Domstol). Судебная процедура Норвегии предусматривает возможность сторон предпринять попытки разрешить споры в согласительном совете. Согласительный совет образован при каждом муниципалитете и состоит из трех членов, избираемых на 4 года; они, как правило, не являются юристами. Соглашение, достигнутое между сторонами в ходе предварительного слушания, приобретает силу судебного решения. Исключением являются дела по вопросам патента, об установлении отцовства и споры об имуществе супругов. Подобные дела не подлежат рассмотрению в согласительном совете.

Специализированные суды³²⁹. В Норвегии, наряду с общими судами, функционируют специализированные суды в различных отраслях. Вопросы, связанные с управлением имущества разводящихся супругов, банкротов, умерших. Имеются суды по жилищным делам, по делам опеки. Дела, связанные с рыболовством подлежат разбирательству в специализированных судах. Специализированные суды состоят из одного профессионального судьи и двух непрофессиональных. Решения специализированных судов могут быть обжалованы в апелляционные суды и в Верховный суд.

В 1927г. был создан **Суд по трудовым спорам**. Суд выступает в качестве апелляционной инстанции. В его задачу входит рассмотрение жалоб на решения по трудовым спорам, вынесенные городскими и окружными судами. Решения суда по трудовым спорам могут быть обжалованы в Верховный суд. В составе суды, помимо одного профессионального судьи, заседают представители профсоюзов и объединения предпринимателей.

В 1952г. был создан Суд по трудовым конфликтам. В его компетенцию входит предупреждение о забастовках и бойкотах. В Норвегии только на основании решения этого суда, могут проходить бойкоты и забастовки.

Суд по делам импичмента (Riksrett). Также этот суд называют государственным судом. Суд импичмента рассматривает в качестве первой

³²⁹ Решетников Ф.М. «Судебная система Норвегии».

инстанции обвинения, выдвинутые против парламента, правительства или Верховного суда. Суд не является постоянно действующим. Суд по делам импичмента созывается, если поступает дело, которое ему подсудно.

Отдельно стоит выделить должность **омбудсмeна**, введенную в Норвегии в 1962г. Основной задачей Омбудсмeна является расследование всех случаев «несправедливости» со стороны гражданских служащих или центральных местных властей по отношению к гражданам Норвегии. В компетенцию омбудсмeна не входит право на отмену решения административных органов, хотя на практике его заключения могут повлечь за собой их отмену.

В заключение, хотелось бы отметить уникальность судебной системы Норвегии. Особое влияние на эту систему оказало скандинавское право, что повлекло за собой слияние двух правовых семей в одну. Наличие писаного права и влияние на решение дел прецедентов, вызвало интерес для изучения всей судебной системы Норвегии.

Правовой статус смешанных предприятий в Боливарской Республике Венесуэла

М.В. Лашина

*Студентка 3 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д. 6
email: la_shina@list.ru*

В статье рассматриваются понятие и особенности правового статуса смешанных предприятий в Боливарской Республике Венесуэла, а также влияние исторического развития государства на их появление.

Ключевые слова: Боливарская Республика Венесуэла, смешанное предприятие, совместное предприятие, смешанное общество, смешанное товарищество, соглашение о разделе продукции (СРП), национализация, социализм.

Прежде, чем определиться с правовым статусом смешанных предприятий в Венесуэле, необходимо дать общее определение данному понятию. В российской юридической литературе встречаются следующие понятия: «смешанное предприятие», «совместное предприятие»³³⁰ (в исп.³³¹ – «empresa mixta», «empresa conjunta»), «смешанное общество», «смешанное товарищество»³³². Смешанное предприятие (общество) понимается в следующих значениях: 1) «предприятие различных форм собственности, деятельность которого основана на паевых взносах партнеров, осуществляющих совместную деятельность»³³³; 2) предприятие, капитал которого принадлежит юридическим или физическим лицам двух и более

³³⁰ Совместное предприятие (СП) // Глоссарий http://www.glossary.ru/cgi-bin/gl_find.cgi?ph= (дата обращения: 04.02.2015).

³³¹ П.2 ст.3 Декрета № 9.052 от 15.07.2012// Decreto № 9.052 de 15 de junio de 2012// http://www.cpzulia.org/ARCHIVOS/Decreto_9052_Ley_Nuevas_Formas_Asociativas_15_06_12.pdf (дата обращения: 03.02.2015).

³³² Смешанное товарищество // Академик <http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc1p/44182> (дата обращения: 04.02.2015).

³³³ Смешанное предприятие // Академик http://big_economic_dictionary.academic.ru/11582/ (дата обращения: 21.01.2015).

стран³³⁴; 3) «предприятие с частными и государственными капиталами»³³⁵; 4) «предприятие, где есть возможность замещения отдельного вкладчика капитала коллективным вкладчиком, то есть другой компанией»³³⁶. Несмотря на многообразие терминов, можно сделать вывод, что термины «смешанное предприятие» и «совместное предприятие» являются наиболее общими (и синонимичными). Употребление терминов «смешанное общество» и «смешанное товарищество» зависит от того, в какой организационно-правовой форме создано смешанное предприятие (хозяйственное общество или товарищество соответственно). В свете данной статьи смешанное предприятие будет пониматься как форма слияния капиталов в двух вариациях: слияние государственных и частных капиталов и слияние национальных и иностранных капиталов.

Смешанное предприятие не представляет собой отдельную разновидность организационно-правовой формы юридических лиц: его можно отнести к одному из элементов классификации предприятий по принадлежности капитала³³⁷. В таком предприятии капитал принадлежит и национальным, и иностранным компаниям. Эти компании также называют многонациональными³³⁸.

Смешанные предприятия как форма слияния капиталов распространены, в основном, в странах, занимающихся разведкой и добычей углеводородов, одной из которых является Венесуэла. Управление в смешанном предприятии происходит так же, как и в акционерном обществе (с этим фактом, вероятно, и

³³⁴ Смешанное общество // Бухгалтерский словарь <http://bibliotekar.ru/kodex-11-13/77.htm> (дата обращения: 21.01.2015).

³³⁵ Смешанное предприятие // Академик http://big_economic_dictionary.academic.ru/11582/ (дата обращения: 21.01.2015).

³³⁶ Смешанное общество // Академик <http://socioeconom.academic.ru/2174/> (дата обращения: 21.01.2015).

³³⁷ См.: Варламова Н.В. Предмет, цели и принципы сравнительно-правовых исследований // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия Юридические науки. – 2014 - № 1. - С. 120-128.

³³⁸ Сафронов Н.А. Экономика предприятия /Глава 2. Предприятие – основное звено экономики <http://exsolver.narod.ru/Books/Econenterpr/Safronov/c4.html> (дата обращения: 04.02.2015).

связано появление синонима «смешанное общество»³³⁹. В Венесуэле смешанное предприятие создается временно – на 20 лет³⁴⁰.

Участники такого смешанного предприятия получают прибыль на основе Соглашения о разделе продукции (СРП), которое, по своей сути, «определяет условия и порядок раздела произведенной продукции между сторонами соглашения»³⁴¹. Государство (в лице Министерства народной власти по делам энергетики и нефтяной промышленности Венесуэлы³⁴²) «предоставляет инвестору на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск»³⁴³.

Появление смешанных фирм в Венесуэле связано с осуществлением процесса национализации, начавшегося в 1943 году в связи с изданием Закона о национализации нефтяного сектора³⁴⁴. С этого момента началось активное вмешательство государства в экономику. С появлением нового законодательства (1989 год) связывают процесс ослабления такого влияния и начала сотрудничества государства с частными физическими и юридическими лицами путем закрепления новой формы слияния капиталов - смешанное предприятие³⁴⁵.

³³⁹ Смешанное предприятие // Академик http://big_economic_dictionary.academic.ru/11582/ (дата обращения: 21.01.2015).

³⁴⁰ Bottome R. Las empresas mixtas se configuran // VenEconomía. Vol. 23 No 8 – Mayo de 2006 http://www.veneconomia.com/site/files/articulos/artEsp3710_2595.pdf (дата обращения: 03.02.2015).

³⁴¹ Соглашение о разделе продукции // Глоссарий http://www.glossary.ru/cgi-bin/gl_find.cgi?ph= (дата обращения: 04.02.2015).

³⁴² Decreto Ley No. 5.200 de migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; y los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas // Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería // Gobierno Bolivariano de Venezuela // http://www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/biblioteca/readdoc.tpl.html&newsid_obj_id=3950&newsid_temas=111 (дата обращения: 03.02.2015); Decreto № 9.052 de 15 de junio de 2012 // http://www.cpzulia.Org/ARCHIVOS/Decreto_9052_Ley_Nuevas_Formas_Asociativas_15_06_12.pdf (дата обращения: 04.02.2015).

³⁴³ Соглашение о разделе продукции // Глоссарий http://www.glossary.ru/cgi-bin/gl_find.cgi?ph= (дата обращения: 04.02.2015).

³⁴⁴ Mommer B. Venezuela: un nuevo marco legal e institucional petrolero // Rev. de Econ. y Ciencias Sociales, 2002, vol. 8 № 2 (mayo – agosto), p.201 // <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/venezuela/rvecs/mommer.pdf> (дата обращения: 22.01.2015).

³⁴⁵ Mommer B. Op. cit. p.203.

В Венесуэле создание смешанных предприятий напрямую регулируется декретами Правительства Венесуэлы, имеющими силу закона («декрет-закон»; от исп. – *decreto ley*³⁴⁶). Данные декреты устанавливают случаи, в которых создание или преобразование юридических лиц в смешанные предприятия является обязанностью. К таким декретам можно отнести, в частности: Декрет-закон № 5.200 «Об изменении организационно-правовой формы юридических лиц на смешанное предприятие, входящих в Соглашение об Ассоциации нефтеносной провинции бассейна Ориноко и в соглашения об осуществлении разведки ресурсов на основе солидарной ответственности и получения совместной прибыли»³⁴⁷, Декрет № 9.052 от 15.07.2012³⁴⁸. Следовательно, в создании смешанного предприятия больше всего прослеживается влияние государства.

Чаще всего смешанные предприятия организуются с целью сохранения контрольного пакета акций за национальной компанией (как правило, частной, с участием государства в ее управлении), а остальная часть акций напрямую принадлежит известным иностранным корпорациям³⁴⁹ (многонациональные компании). Ярким примером такого способа слияния капиталов является Ассоциация нефтеносной провинции бассейна Ориноко, деятельность которой регулируется Декретом № 5.200 (в частности, были подписаны соглашения о создании смешанных предприятий между: Правительством Венесуэлы и российской компанией «Роснефть»³⁵⁰; между АО «Нефтяная корпорация

³⁴⁶ Decreto Ley No. 5.200 de migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; y los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas// Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería// Gobierno Bolivariano de Venezuela// http://www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/biblioteca/readdoc.tpl.html&newsid_obj_id=3950&newsid_temas=111 (дата обращения: 03.02.2015).

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Decreto № 9.052 de 15 de junio de 2012// http://www.cpzulia.org/ARCHIVOS/Decreto_9052_Ley_Nuevas_Formas_Asociativas_15_06_12.pdf (дата обращения: 04.02.2015).

³⁴⁹ Смешанные предприятия // Большая энциклопедия нефти и газа http://www.ngpedia.ru/id305409_p2.html (дата обращения: 22.01.2015).

³⁵⁰ Venezuela y Rusia firman acuerdos para constituir empresas mixtas de servicios petroleros// Nodal. Noticias de América Latina y el Caribe// <http://www.nodal.am/2014/07/venezuela-y-rusia-firman-acuerdos-para-constituir-empresas-mixtas-de-servicios-petroleros/> (дата обращения: 04.02.2015).

Венесуэлы» и ЗАО «Газпромбанк Латинская Америка»³⁵¹; Энергетическое соглашение между Правительством Венесуэлы и Правительством Никарагуа о создании смешанного предприятия для поставок Никарагуа сжиженного природного газа³⁵²).

Исходя из содержания ст.2 названного Декрета, соучредителями смешанного предприятия могут быть только юридические лица, в управлении которого принимает участие государство и обладает на праве собственности не менее 60% имущества (в т.ч. капиталов). Огромное влияние на деятельность Ассоциации нефтеносной провинции бассейна Ориноко оказывает Министерство народной власти по делам энергетики и нефтяной промышленности Венесуэлы, которое: дает разрешение на присоединение к смешанному предприятию (ст.7); устанавливает порядок разрешения возникающих экономических и финансовых споров (ст.2); определяет порядок использования инфраструктуры, транспортных услуг и осуществления улучшений (в том числе имущества) в случае отсутствия соглашения сторон-соучредителей смешанного предприятия (ст.7); вправе передавать смешанному предприятию движимое и недвижимое имущество на праве ограниченного владения в целях осуществления эффективного управления им, а также прекращать соответствующее право в случае невыполнения смешанным предприятием возложенных на него обязательств (ст.8); определяет территорию (не превышающую 100 км²), на которой смешанное предприятие вправе осуществлять деятельность по разработке и добыче ресурсов (ст.9). В отношении смешанного предприятия в соответствии со ст.10 освобождению от налогов подлежат: действия и соглашения, заключенные в целях создания смешанных предприятий, а также операции, в т.ч. с собственностью,

³⁵¹ Asamblea Nacional aprueba creación de empresa Mixta entre Corporación Venezolana del Petróleo y GAZPROMBANK Latin America// Noticiero Legal// <http://www.noticierolegal.com/politica-y-gobierno/asamblea-nacional/10378-asamblea-nacional-aprueba-creacion-de-empresa-mixta-entre-corporacion-venezolana-del-petroleo-y-gazprombank-latin-america.html> (дата обращения: 04.02.2015).

³⁵² Acuerdo energético entre Venezuela y Nicaragua// https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&sqi=2&ved=0CGEQFjAL&url=http%3A%2F%2Fwww.radiolaprimerisima.com%2Ffiles%2Fdoc%2F1198297240_Acuerdo%2520energetico%2520Venezuela%2520Nicaragua.doc&ei=4k7mVL2QBaTfywPX0YG4DA&usq=AFQjCNGD8VAGoTWwynKETqLxT8p1V-4gqQ&bvm=bv.86475890, d.bGQ&cad=rjt (дата обращения: 20.02.2015).

приносящие прибыль смешанному предприятию. Все споры, возникающие на основании соответствующего Декрета, попадают под юрисдикцию Боливарской Республики Венесуэла (ст.13).

Смешанное предприятие как форма слияния капиталов также характерна и для национальных компаний, деятельность которых регулируется Декретом-законом № 9.052. Такие предприятия создаются в целях эффективного сотрудничества частных физических и юридических лиц с государством в условиях перехода к социализму (один из основополагающих принципов, предусмотренных настоящим Декретом-законом в ст.1, п.1 ст.5). Важным условием для преобразования в смешанное предприятие является нахождение минимум 40% капиталов у государства (ст.2): при этом если в руках государства не контрольный пакет акций, то, в любом случае, государство имеет право вето в принятии решений стратегического характера (п.3 ст.3). Основными принципами функционирования таких предприятий являются: определение основных потребностей общества государством (в приоритете питание, одежда, здоровье, жилье, образование, наука и техника, культура) (п.2 ст.5); приоритет экспорта перед импортом (п.3 ст.5); переход от капитализма к социализму (п.4 ст.5); исключение посредничества и спекуляции (п.5 ст.5); охрана экологии: создание производств с низким потреблением энергии, низкий уровень выбросов, загрязняющих окружающую среду, безопасная утилизация отходов и т.п. (п.6 ст.5); использование инноваций, влияющих на краткосрочный результат (п.7 ст.5). Кроме того, смешанные предприятия в случае нахождения минимум 40 % капиталов у государства имеют ряд преимуществ (п.8 ст.5), в частности: 1) получать кредиты по льготной ставке; 2) исключение из перечня субъектов, которым необходимо соблюдать обязательства в соответствии с законом о государственных закупках, то есть возможность осуществлять прямые государственные закупки; 3) упрощение административных процедур в отношении смешанного предприятия; 4) возможность освобождения от уплаты налогов с согласия Правительства

Венесуэлы; 5) возможность доступа к специализированным фондам по предварительному разрешению Президента Венесуэлы.

Также ряд положений о смешанных предприятиях представлены в Определениях и условиях, определяющих создание и функционирование смешанных предприятий³⁵³. В частности, фиксируется валюта обращения денежных средств – доллар США (п.4 ст.1), а также необходимость платы за разработку недр 3,33% от объема добываемых углеводородов: 2,22% - муниципалитетам; 1,11% - в фонд для финансирования проектов внутреннего развития (п.6 ст.1).

Таким образом, смешанное предприятие можно охарактеризовать как эффективную форму слияния государственных и частных, а также национальных и иностранных капиталов. СРП применительно к смешанным предприятиям можно определить, с одной стороны, как учредительный договор, так как оно содержит положения о целях предприятия, его учредителях, порядке получения прибыли или раздела продукции, а, с другой стороны, в качестве лицензии, т.е. разрешения, выдаваемого смешанному предприятию на осуществление определенного рода деятельности (в частности, разработки и добычи минеральных ресурсов) на возмездной основе. К тому же, такая форма слияния капиталов позволяет государству осуществлять контроль за стратегическими отраслями экономики и не допустить перемещения капиталов за рубеж.

³⁵³ Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas (Gaceta Oficial N° 38.410 del 31 de marzo de 2006)// Badell & Grau// <http://www.badellgrau.com/?pag=66&ct=301> (дата обращения: 04.02.2015).

**Идея унификации гражданского судопроизводства на территории
Европейского Союза до 2000 года.**

Е.В. Майстрович
*Студентка 3 курса юридического института
Российского университета дружбы народов
117198, Москва, улица Миклухо-Маклая, д. 6
elena.maistrovich@yandex.ru*

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.³⁵⁴ В 1950 году была подписана Конвенция «о защите прав 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 Университете³⁵⁵ говорил: «Всемирная система права будет создана, когда мы подвергнемся атаке инопланетян»³⁵⁶. 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

³⁵⁴ Кашкин С.Ю., Четвериков А.О., Калиниченко 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

³⁵⁵ Ghent University (UGent) – университет в Бельгии.

³⁵⁶ «World-wide system of law would only come about when we came under attack by extra-terrestrials».

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 судом³⁵⁷.

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 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.³⁵⁸ 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»³⁵⁹.

Рабочая группа сосредоточила свое внимание на 16 отдельных вопросах³⁶⁰:

1. примирение сторон

³⁵⁷ Storme M. Improving access to justice in Europe. TeKa Kom. Praw. – OL PAN, 2010, 207–217

³⁵⁸ Storme M. Improving access to justice in Europe. TeKa Kom. Praw. – OL PAN, 2010, 207–217

³⁵⁹ Договор о функционировании Европейского Союза (измен. Договора об учреждении Европейского экономического сообщества) 1957 года // URL: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu> [дата обращения 26.04.15 г.]

³⁶⁰ URL: <http://www.docme.ru/download/537557#text> [дата обращения 26.04.15 г.]

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 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»³⁶¹. 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 Марселя 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.

³⁶¹ Амстердамский договор 1997 года// URL: http://eulaw.edu.ru/documents/articles/amsterd_dogovor.htm [дата обращения 23.04.15 г.]

Авторское право в Бразилии.

Ординян Вануи

*Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

Федеративная Республика Бразилия входит в состав БРИКС – группы быстро развивающихся государств, которые на данный момент уже представляют 40% мирового населения, 20% мировой экономики и 15% международной торговли. Кроме того, помимо БРИКС Бразилия и Россия являются стратегическими партнерами в ООН и G 20, подходы этих двух стран по главным международным проблемам совпадают³⁶².

Сотрудничество и возможность обмена опытом между странами в рамках БРИКС носит взаимовыгодный характер и приносит пользу государствам, входящим в её состав. В последние десятилетия Бразилия достигла высоких темпов в борьбе с пиратством, создан Национальный совет по борьбе с пиратством и нарушением прав интеллектуальной собственности, а также с 2005 г. введен Национальный день борьбы с пиратством, благодаря которому каждое 3 декабря публично уничтожаются тысячи пиратских и чистых CD и DVD дисков и большое количество контрафактных товаров³⁶³. Всё это делает Бразилию еще более привлекательной для изучения ее законодательства об интеллектуальной собственности, а в частности в данной статье будут рассматриваться вопросы, касающиеся авторского права Бразилии.

На международном уровне Бразилия является участницей Бернской конвенции об авторском праве, а также Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; TRIPS).

³⁶² Еременко В.И. Законодательство об интеллектуальной собственности в Бразилии // Законодательство и экономика. 2013. № 3. С. 46.

³⁶³ Караганис Д. Медиа-пиратство в развивающихся экономиках. <http://www.k2x2.info/kompyutery_i_internet/media_piratstvo_v_razvivayushihsj_ekonomikah/p7.php> (дата обращения 16.10.2014).

На национальном же уровне в настоящее время основным нормативно - правовым актом в области авторского права в Бразилии является Закон об авторском праве и смежных правах No. 9.610 от 19 февраля 1998г. (далее – Закон об авторском праве, Закон)³⁶⁴. Закон регулирует и авторские и смежные права, состоит из восьми разделов и включает в себя 115 статей.

Под защиту Закона об авторском праве попадают такие объекты как: литературные, художественные или научные тексты, музыкальные композиции, кинематографические произведения, фотографии, рисунки, картины, карты, архитектурные проекты, адаптации, переводы и другие переработки произведений оригинальных работ, компьютерные программы, словари, базы данных и другие работы которые, в силу выбора, координации или договоренности о предмете, представляют собой интеллектуальные творения³⁶⁵.

В соответствии с Законом в перечень объектов, защищаемых авторским правом, не входят:

- *идеи, нормативные процедуры, системы, методы, математические проекты или концепции как таковые;*
- *диаграммы, планы или правила, предназначенные для осуществления умственных операций, игр или ведения бизнеса;*
- *формулярные бланки, предназначенные для хранения любого вида научной или иной информации, и содержащиеся в них инструкции;*
- *тексты договоров или конвенций, законы, декреты, правила, юридические решения и другие официальные акты;*
- *информация для всеобщего пользования, содержащаяся в календарях, дневниках, реестрах или записях;*
- *изолированные имена или названия;*

³⁶⁴ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Полный текст закона см. по адресу: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=125393> (дата обращения: 15.10.2014).

³⁶⁵ Ariboni P. Intellectual Property Protection in Brazil. São Paulo. 2010. P. 17. <<http://www.mfat.govt.nz/downloads/foreign-relations/latinamerica/brazil-final-ip-report.pdf>> (дата обращения 12.10.2014).

- *промышленное или коммерческое использование идей, содержащихся в произведениях*³⁶⁶.

Объекты авторского права должны соответствовать двум критериям:

- *обладать оригинальностью (нести личный отпечаток труда своего автора).*

- *выражаться в материальной форме (нет защиты для идей)*³⁶⁷.

Автором произведения является физическое лицо, но в соответствии с Законом охрана, которая предоставляется автору, может быть предоставлена и юридическим лицам³⁶⁸.

Что касается регистрации авторских прав, то в Бразилии она не является обязательной. В соответствии с Законом об авторском праве отсутствие регистрации произведения не является препятствием для защиты авторских прав³⁶⁹. Но при желании любой автор может зарегистрировать свое произведение, регистрация в основном осуществляется в бюро регистрации авторских прав Национальной библиотеки (для песен и письменных работ) и в Национальной школе искусств (для фотографий и художественных работ)³⁷⁰.

Автор произведения имеет исключительное право на использование своего произведения, извлечение из него выгоды и распоряжения им³⁷¹. Что же касается личных неимущественных прав автора, то под ними понимается право:

- истребовать в любой момент авторство на произведение;
- добиваться появления или объявления своего имени, псевдонима или условного обозначения как автора во время использования произведения;
- не публиковать произведение;

³⁶⁶ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 8.

³⁶⁷ Patents, trademarks, copyright and designs in Brazil: overview. <<http://uk.practicallaw.com/1-519-8905#a1003352>> (дата обращения 15.10.2014).

³⁶⁸ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 11.

³⁶⁹ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 18 - 19.

³⁷⁰ Grassmuck R. V. Copyright Law Reform in Brazil. <<http://www.ip-watch.org/2009/12/23/copyright-law-reform-in-brazil-anteprojeto-or-anti-project/>> (дата обращения 12.10.2014).

³⁷¹ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 28.

- обеспечивать неприкосновенность произведения, противодействуя любому его изменению или любому действию, способному в какой-либо форме причинить вред произведению либо репутации или достоинству автора;

- иметь доступ к единственному или редкому экземпляру, если он на законном основании находится во владении третьего лица³⁷².

После смерти автора первые четыре права передаются его наследникам. При изъятии произведения из оборота или его изменении третьи лица имеют право, при необходимости, на предварительную компенсацию.

Защита авторских прав в Бразилии осуществляется в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти. Если произведение создано анонимно или под псевдонимом, то срок защиты последнего составляет 70 лет, начиная с 1 января года, следующего за первой публикацией, объекта, охраняемого авторским правом. Если произведение создано в соавторстве, то 70-летний срок охраны начинается с даты смерти последнего из переживших авторов³⁷³.

Кроме произведений, срок охраны которых истек, в общественное достояние переходят произведения умерших авторов, у которых нет наследников, и неизвестных авторов³⁷⁴.

Что же касается передачи авторских прав третьим лицам, то они могут быть переданы автором или его правопреемниками, лично или через представителя, полностью или частично путем предоставления лицензии, концессии, уступки или любым другим способом, не противоречащим закону³⁷⁵.

Срок действия уступки авторских прав на будущие произведения не должен превышать 5 лет, если срок не определен или превышает упомянутый срок, то он снижается до 5 лет совместно с предусмотренным вознаграждением³⁷⁶.

³⁷² Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 24.

³⁷³ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 41 – 45.

³⁷⁴ См. там же.

³⁷⁵ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 49 - 50.

³⁷⁶ Law No. 9.610 of February 19, 1998 (Law on Copyright and Neighboring Rights). Article 51.

Что касается защиты авторских прав в Бразилии, то она осуществляется в судебном и внесудебном порядке.

Хотя бразильское законодательство и предусматривает процедуры арбитражного разбирательства, но для этого нужно согласие обеих сторон дела, что является причиной того, что данная форма урегулирования споров редко встречается в стране³⁷⁷.

Что касается судебного порядка разрешения споров в данной области, то в Бразилии нет специализированных судов, занимающихся исключительно спорами в сфере интеллектуальной собственности. По мере необходимости дела рассматривают обычные гражданские суды. Также действия, направленные против нарушения авторских прав, могут попасть и под действие Уголовного кодекса Бразилии, чем влекут за собой наказание в виде штрафа и (или) тюремное заключение³⁷⁸.

Из изложенного можно заключить, что в последние годы Бразилия стремится усовершенствовать свое законодательство в сфере авторского права. Эти усилия направлены на улучшение условий для правообладателей - авторов в Бразилии. Проведенный выше анализ законодательства Бразилии позволяет заключить, что основным нормативно-правовым актом в области авторского права страны является Закон об авторском праве и смежных правах No. 9.610 от 19 февраля 1998г., согласно которому регистрация авторских прав в Бразилии не является обязательной. Автору принадлежат имущественные и личные неимущественные права в отношении своего произведения. Срок защиты авторских прав в Бразилии длится в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти. Авторские права могут быть переданы путем предоставления лицензии, концессии, уступки или любым другим способом, не противоречащим закону. И, наконец, защита авторских прав в Бразилии осуществляется как в судебном, так и внесудебном порядке.

³⁷⁷ Intellectual Property Rights in Brazil. P. 6. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/306625/ipbrazil.pdf> (дата обращения 16.10.2014).

³⁷⁸ См. там же.

Порядок одобрения крупной сделки и сделки с заинтересованностью в Великобритании

И.С. Салгереева
*Магистрант кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д.6, Москва, Россия, 117198
e-mail: is16@list.ru*

В статье анализируется порядок одобрения крупной сделки и сделки с заинтересованностью в Великобритании. При этом обозначена нормативная основа правового регулирования крупных сделок и сделок с заинтересованностью в Великобритании и контуры институционального механизма, обеспечивающего применение обозначенных актов в исследуемой сфере.

Ключевые слова: Великобритания, крупные сделки и сделки с заинтересованностью, правовое регулирование, корпоративное законодательство, фидуциарные обязанности.

Актуальность исследования порядка одобрения крупной сделки и сделки с заинтересованностью обусловлено тем, что в настоящее время законодательство России о крупных сделках и сделках с заинтересованностью имеет достаточно пробелов и недочетов. За счет усложненного и формализованного порядка одобрения снижается оперативность принятия решений и негативно влияет на общий процесс хозяйственной деятельности. Для решения указанных проблем в корпоративной деятельности России, необходимо использовать законодательный опыт развитых стран, например, Великобритании.

Для начала необходимо отметить, что корпоративное законодательство англосаксонских юрисдикций о сделках с заинтересованностью, не имеет полного раздела, регулирующего изучаемый институт и покрывает лишь отдельные виды сделок с директорами. Правила в отношении этих сделок в

юрисдикции Великобритании в значительной степени носят не статутный, а прецедентный характер.

В юрисдикциях общего права сделки компании, в которых имеется заинтересованность директора, изначально считались недействительными (оспоримыми) ввиду нарушения директором его фидуциарных обязанностей, установленных судебными прецедентами. Правила, применимые к таким сделкам, впоследствии частично нашли отражение в корпоративном законодательстве соответствующих юрисдикций, а частично так и остались неcodифицированными.

Стоит отметить, что согласно принципам англосаксонского права, подобные сделки могут быть изменены в действительные путем одобрения со стороны участников компании. Прецеденты, а впоследствии и многие корпоративные законы установили возможность «исцеления» подобных сделок и путем одобрения со стороны незаинтересованных директоров. Кроме того, правила одобрения сделок могут до некоторой степени модифицироваться уставами компаний³⁷⁹.

В странах общего права запрет на сделки с заинтересованностью рассматривается как происходящий из общей обязанности директора проявлять «лояльность» по отношению к компании (или, в конечном счете, ее участникам), то есть действовать в интересах компании, а не в своих частных интересах или в интересах каких-либо других лиц (duty of loyalty).³⁸⁰

Существование этой обязанности связано с тем, что директор рассматривается как фидуциарий (доверенное лицо) акционеров. Обязанности фидуциариев (агентов, доверительных собственников, партнеров в товариществе и др.) регулируются так называемым правом справедливости

³⁷⁹ Farrar J.H. A Note on Dealing with Self Interested Transactions by Directors // Bond Law Review. Vol. 12. No. 1. P. 106-114, 107; Enriques L., The Law on Company Directors' Self-Dealing: A Comparative Analysis // International And Comparative Corporate Law Journal. 2000. Vol. 2. No 3. P. 297-333, 303.

³⁸⁰ Будылин С.Л. Разум и добрая совесть. Обязанности директора в США, Великобритании, России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 2. С. 10-40.

(equity). Они были сформулированы в решениях английских судов задолго до появления современных законов о юридических лицах.

Во многих юрисдикциях (в том числе в Великобритании) эти «общие» обязанности директоров, равно как и последствия их нарушения, остаются некодифицированными и по сей день. Однако родоначальница общего права Великобритания кодифицировала общие обязанности директоров в 2006 году, перечислив их в новой версии своего Закона о компаниях – Companies Act 2006 (далее Закон).³⁸¹

А именно, согласно британскому Закону, директора обязаны (1) действовать в пределах своих полномочий; (2) способствовать успеху компании; (3) осуществлять разумную осмотрительность, умение и старание; (4) избегать конфликта интересов; (5) не принимать выгод от третьих лиц; (6) декларировать свою заинтересованность в сделках компании.³⁸²

Закон специально оговаривает, что этот перечень является лишь кодификацией правил, ранее сформулированных прецедентным правом, и именно в свете этих прецедентных правил положения Закона и должны интерпретироваться.³⁸³ Последствия нарушения также совпадают с теми, что ранее были установлены прецедентами.

Согласно Закону, все перечисленные обязанности, за исключением обязанности «осуществлять разумную осмотрительность, умение и старание», считаются «фидуциарными».³⁸⁴

Принципы права справедливости признают, что доверитель может одобрить действия своего фидуциария, в результате чего действия последнего, пусть даже формально совершенные с конфликтом интересов, признаются правомерными. Применительно к директорам это означает, что для признания правомерными их действия могут быть одобрены участниками компании.

³⁸¹Будылин С.Л. Новое корпоративное законодательство Великобритании: Companies Act 2006 // Современное право. 2009. № 2. С. 102-107.

³⁸²Великобритания. Companies Act 2006. Arts. 171-177.

³⁸³Companies Act 2006. Art. 170.

³⁸⁴Там же, Art. 178.

В частности, в 1887 году это правило было сформулировано Тайным Советом при британском монархе (высшей судебной инстанцией Британского Содружества) при рассмотрении канадского дела *North-West Transportation Company*.³⁸⁵

В этом деле миноритарный акционер оспорил сделку компании по приобретению парохода у своего собственного директора за 125 тыс. канадских долларов. Сделка была одобрена директорами (заинтересованный директор в голосовании не участвовал), а затем и большинством голосов акционеров (заинтересованный директор, который был также и акционером, в голосовании участвовал, и его голоса сыграли решающую роль). Верховный Суд Канады поддержал суд первой инстанции, который аннулировал сделку, но Тайный Совет пересмотрел дело в пользу директора, указав, в частности, что устав компании не содержал никаких ограничений на участие его в голосовании по таким вопросам.

Это решение впоследствии подвергалось критике за то, что Тайный Совет допустил участие в голосовании акционеров заинтересованного директора. Впоследствии это «упущение» было в той или иной форме исправлено многими корпоративными законами, в том числе и британским.

Таким образом, правило об одобрении сделки участниками кодифицировано в британском Законе о компаниях. Действия директора в нарушение его обязанностей могут быть одобрены решением участников компании. При этом участники, «связанные» с директором (закон содержит формальное определение таковых), а равно и сам директор, не голосуют.³⁸⁶

Помимо этого, британский Закон о компаниях предусматривает возможности «исцеления» подобных сделок путем одобрения директорами. Директор обязан раскрыть возможный конфликт интересов с компанией (например, он хочет совершить с третьим лицом сделку, которую с выгодой для

³⁸⁵Судебный комитет Тайного Совета Соединенного Королевства. *The North-West Transportation Company and James Hughes Beatty v Henry Beatty and others (Canada)* [1887] UKPC 39 (21 July 1887).

³⁸⁶Companies Act 2006. Arts. 239, 252.

себя могла бы совершить и компания) совету директоров компании³⁸⁷. Сделка компании, в которой директор заинтересован, не считается нарушением, если она одобрена советом директоров (заинтересованные директора не голосуют).³⁸⁸ Если хотя бы одно из этих требований выполнено, то согласия участников уже не требуется.³⁸⁹

Необходимо также отметить, что Модельный устав компании с ответственностью, ограниченной акциями (имеющий диспозитивный характер³⁹⁰, также устанавливает, что заинтересованный в сделке директор, за некоторыми исключениями, не участвует в процедуре одобрения этой сделки советом директоров.³⁹¹

Как видно, общее правило о запрете сделок, в которых заинтересован директор, установлено прецедентным правом, а в корпоративном законе Великобритании явным образом не сформулировано (хотя и подразумевается).

Вместе с тем Закон о компаниях устанавливает специальные правила в отношении четырех наиболее важных видов сделок компании с директорами. К таковым относятся долгосрочные трудовые соглашения с директорами (*service contracts*), существенные имущественные сделки компании с директорами или связанными с ними лицами (*substantial property transactions*), займы директорам и подобные сделки (*loans etc.*), а также компенсации при увольнении (*payments for the loss of office*) («золотой парашют»).

Все эти сделки, за оговоренными в Законе исключениями, подлежат одобрению со стороны участников компании. В противном случае положение о гарантированном сроке трудового соглашения свыше двух лет признается ничтожным (*void*)³⁹², имущественные сделки и займы – уничтожимыми по требованию компании (*voidable at the instance of the company*)³⁹³, а средства,

³⁸⁷ Companies Act 2006. Art. 177.

³⁸⁸ Там же. Art. 175.

³⁸⁹ Там же. Art. 180.

³⁹⁰ Модельный устав утвержден правительственным органом и применим к компаниям в части, не отмененной самой компанией путем принятия иного устава. Companies Act 2006. Art. 19.

³⁹¹ The Companies (Model Articles) Regulations 2008, SI 2008/3229. Sch. 1. Art. 14.

³⁹² Companies Act 2006. Art. 189.

³⁹³ Там же. Arts. 195, 213.

полученные в качестве «золотого парашюта», считаются переданными компанией директору на условиях траста (held on trust)¹⁹ (то есть их нужно вернуть).

Необходимо отметить, что сделка, согласно букве закона «уничтожимая по требованию компании», вполне может быть оспорена и участниками компании в порядке производного иска (derivative claim).³⁹⁴

Действующее корпоративное законодательство Великобритании не содержит явного запрета на совершение крупных сделок (за исключением сделок с директором или связанными с ним лицами), подобного тому, что имеется в российском законодательстве.

Вместе с тем следует учитывать, что совершение подобной сделки может являться нарушением со стороны директоров их фидуциарной обязанности «способствовать успеху компании». Действительно, если директора продали на сторону значительную часть активов компании (пусть даже не будучи сами заинтересованы в сделке), это может негативно отразиться на бизнесе компании. В этом случае суд, как и в случае сделки с заинтересованностью, может применить средства судебной защиты, предусмотренные правом справедливости, включая как взыскание убытков с директоров, так и аннулирование сделки. Однако, отобрать «выведенные» активы у добросовестного контрагента, компании скорее всего, не удастся.

Как и в случае с другими фидуциарными обязанностями, здесь не идет речи о каких-либо численных (в процентах от суммы активов и т.п.) или вообще жестко определенных критериях неправомерности сделки. Суд по существу вникает в то, насколько конкретная сделка является или не является нарушением фидуциарной обязанности, не ограничиваясь формальными калькуляциями.

Следует учитывать, что в отношении компании, ценные бумаги которых обращаются на бирже, могут действовать особые правила в части раскрытия

³⁹⁴Companies Act 2006. Part 11.

информации и одобрения крупных сделок и сделок с заинтересованностью. Так, выпускаемые британским регулятором Правила котирования предусматривают детальные правила одобрения «значительных сделок» (significant transactions) и «сделок со связанными лицами» (related party transaction) (и то, и другое подробно определено правилами) таких компаний³⁹⁵.

Дополнительные правила могут устанавливаться самими биржами. Так, правила Альтернативного инвестиционного рынка Лондонской фондовой биржи (AIM) устанавливают правила уведомления и одобрения для «сделок со связанными лицами» и сделок по «фундаментальному изменению бизнеса», включая как приобретение, так и отчуждение значительных активов³⁹⁶.

Стоит упомянуть и о том, что дополнительные ограничения могут быть установлены уставными документами (constitution) компании.

В том числе уставные документы могут предусматривать специальные требования к одобрению крупных сделок и сделок с заинтересованностью. Нарушение этих требований будет являться нарушением фидуциарных обязанностей директоров с последствиями, обсуждавшимися выше (теоретически вплоть до аннулирования сделки).

Примерно то же можно сказать и о сделках, совершаемых не директорами, а иными агентами компании (например, по доверенности). Агенты, так же как и директора, являются фидуциариями и имеют соответствующие обязанности. В том числе они обязаны избегать конфликта интересов, а также не выходить за рамки своих полномочий. В случае нарушения агентом этих фидуциарных обязанностей принципиально возможны и взыскание убытков, и аннулирование сделок.

Но здесь необходимо учитывать, что общее право устанавливает некоторые правила, направленные на защиту добросовестного приобретателя (bona fide purchaser), приобретшего имущество у несобственника добросовестно, за встречное предоставление, без уведомления о дефекте в

³⁹⁵ Великобритания. Listing Rules. LR 10-11.

³⁹⁶ London Stock Exchange. AIM Rules for Companies. Rules 13-15.

правах продавца. В частности, в случае приобретения имущества у лица, получившего его по оспоримой сделке, добросовестный покупатель приобретает полноценное право собственности на имущество.³⁹⁷ Это правило тоже было кодифицировано в Законе о купле-продаже товаров.³⁹⁸

Таким образом, в Великобритании и в других англосаксонских юрисдикциях многие нормы права о крупных сделках и сделках с заинтересованностью имеют прецедентный, а не статутный характер. Любые сделки с заинтересованностью без надлежащего раскрытия и одобрения являются нарушением фидуциарных обязанностей директора. Как следствие, сделка может быть аннулирована по требованию компании. Эта форма судебной защиты предусмотрена правом справедливости (equity).

По общему правилу, надлежащим признается одобрение со стороны участников компании или ее совета директоров (заинтересованные директора не голосуют). В отношении наиболее важных видов сделок правила могут устанавливаться непосредственно корпоративным законом. В Великобритании это четыре вида сделок (включая, например, имущественные сделки компании с директорами и связанными с ними лицами), которые подлежат одобрению участниками компании. Особые правила одобрения крупных сделок и сделок с заинтересованностью могут быть предусмотрены законодательством о ценных бумагах. В частности, в Великобритании предусмотрены специальные правила для компаний, акции которых обращаются на бирже.

³⁹⁷ Hebert P.M., Pettway J.M. Sales of Another's Movables - History, Comparative Law, and Bona Fide Purchases // Louisiana Law Review, 1969, Vol. 29, P. 329-360, 337.

³⁹⁸ Sale of Goods Act 1979. Art. 23.

Доктрина Enlightened Shareholder Value по английскому закону о компаниях 2006 года.

Д.Д.Старцев

*Студент магистратуры юридического института
Российский университет дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
Тел.: +7 (916) 321-09-38, email:altdies@mail.ru
Научный руководитель: д.ю.н., проф. Беликова К. М.*

В статье рассматриваются доктрина enlightened shareholder value появившаяся в Великобритании в 2006 году, призванная переориентировать деятельность компаний на интересы не только акционеров или участников, но так же и на интересы контрагентов. Общества, государства и всех иных третьих лиц.

Ключевые слова: концепция фидуциарных обязанностей директоров, корпоративное право, корпоративное управление, корпоративное право зарубежных стран.

В корпоративном праве Великобритании долгое время господствовала концепция фидуциарных³⁹⁹ обязанностей директора или shareholder value, которая сводилась к тому, что директор должен добросовестно выполнять свои обязанности по отношению к компании (duty to act in the best interest of the company). Целью деятельности директора по данной концепции являлись: капитализация компании и максимизация прибыли. Так как судебная практика под интересами компании понимала лишь интересы акционеров⁴⁰⁰, то максимизация прибыли и капитализация осуществлялась лишь по отношению к акционеру компании, не учитывая интересы заинтересованных лиц. Все действия директора сводились к экономическим задачам по поводу аккумуляции денежных средств в пользу акционеров любыми законными

³⁹⁹ Фидуциарное правоотношение - это правоотношение в рамках которого одно лицо обязуется действовать от имени и в интересах другого лица, зачастую в качестве посредника, с той степенью осмотрительности или полномочий, которые влияют на интересы другого лица, которое зависит от фидуциария в отношении той информации и рекомендаций, которые ему будут предоставлены. (см.: Агламова В.В. Концепция фидуциарных правоотношений и возможность её применения в корпоративном праве России // Бизнес и право в России и за рубежом. 2012. №1. С. 1)

⁴⁰⁰ Greenhalg v Adrenerne Cinemas Ltd [1951] Ch 286 at p 291. Цит. по.: Janet Dine. Company Law Fourth Edition. Hampshire: Palgrave, 2001. P. 73.

методами.⁴⁰¹ В тоже время далеко не всегда суд придерживается данной концепции, “В связи с чем, профессор Эндрю Кей высказывает мнение, что английский суд не демонстрирует однозначной, безусловной приверженности унитарной концепции фидуциарных обязанностей директора”⁴⁰², поэтому данная концепция критикуется среди многих ученых, оставляя её вместе с тем одной из самых проработанных и простых.

В тоже время несостоятельность данной концепции дала о себе знать в XXI в. когда состоялся крупный скандал вокруг дела корпорации Enron. Крах одной из крупнейших энергетических корпораций США в 2001 году, связанный с подделкой и сокрытием финансовой отчётности по убыткам (сбрасывание убытков на оффшорные корпорации для улучшения собственного положения на рынке, увеличении себестоимости и сокрытия долгов)⁴⁰³ “представляет собой деструктивное проявление догматического восприятия концепции shareholder value предпринимательским сообществом на макро уровне”.⁴⁰⁴

“Дело Enron” показало, что невозможно управлять компанией успешно, учитывая лишь интересы акционеров. В связи с этим после скандала 2001 года усиливает свои доктринальные позиции теория соучастия (stakeholder theory). Теория соучастия, в отличие от концепции shareholder value учитывает заинтересованность: общественных организаций, профсоюзов, государства, торговых партнёров, кредиторов, общества и т.п.⁴⁰⁵ В настоящее время в чистом виде ни одна из этих концепций не используется, они испытывают на себе влияние друг друга. Так же можно отметить, что реформирование законодательства в ключе учёта мнения третьих лиц актуально и для России.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ Andrew Keay. *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. Oxon: Routledge, 2013. P. 16.

⁴⁰² Семенов П.А. Реформа современного английского законодательства о компаниях. Дисс...канд.юрид. наук. – М., 2011. С. 68.

⁴⁰³ Подробнее см.: Ритасов В. Самый громкий скандал XXI века Дело “Энрон”, ноябрь 2004. // Информационно-аналитическая газета “Деньги”. URL: <http://www.dengi-info.com/archive/article.php?aid=712> (дата обращения: 30.04.15)

⁴⁰⁴ Семенов П.А. Реформа современного английского законодательства о компаниях. Дисс...канд.юрид. наук. – М., 2011. С. 70.

⁴⁰⁵ Завьялова Е. Корпоративное управление на российском материале // *Международные процессы*. 2012. № 1(28). С. 1.

⁴⁰⁶ Кирсанов А. Н. Состояние и основные проблемы реформы хозяйственных обществ в России // *Вестник РУДН, серия «серия юридические науки»* 2014 №3. С. 76

В результате взаимодействия доктрин образовалась новая концепция корпоративного управления, которая и получила название enlightened shareholder value или “унитарная концепция фидуциарных обязанностей директора на основе долгосрочной и социально ответственной управленческой политики”.⁴⁰⁷

Закон о Компаниях 2006 года в части 10 главе второй перечисляет основные обязанности директора компании:

1. действовать в рамках своих полномочий (Duty to act within powers);
2. способствовать успеху компании (Duty to promote the success of the company);
3. быть независимым в своих суждениях (Duty to exercise independent judgment);
4. проявлять разумную осмотрительность, заботливость и профессионализм (Duty to exercise reasonable care, skill and diligence);
5. обязанность избегать конфликтов интересов (Duty to avoid conflict of interests);
6. не извлекать выгоду с третьих лиц (Duty not to accept benefits from third parties);
7. сообщать о заинтересованности в заключении договора (Duty to declare interests in proposed transactions or arrangement).⁴⁰⁸

Кроме того, на директора могут возлагаться обязанности, вытекающие из устава компании помимо тех, что указаны в законе.⁴⁰⁹

Обязанность действовать в рамках своих полномочий предполагает, что директор будет скован в своих действиях законом и внутренними актами компании, включая устав.

Обязанность быть независимым в своих суждениях — основа фидуциарных отношений, предполагающая самостоятельную и независимую

⁴⁰⁷ Семенов П.А. Реформа современного английского законодательства о компаниях. Дисс...канд.юрид. наук. – М., 2011. С. 76.

⁴⁰⁸ Companies Act 2006. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/10/chapter/2> (дата обращения: 30.04.15)

⁴⁰⁹ Агламазова В.В. Концепция фидуциарных правоотношений и возможность её применения в корпоративном праве России // Бизнес и право в России и за рубежом. 2012. №1. С. 1

деятельность директора на основании закона и устава по отношению к интересам компании и заинтересованным лицам.

Обязанность проявлять разумную осмотрительность, заботливость и профессионализм – предполагает наличие определённых требований, установленных уставом или законом (например, Закон о несостоятельности 2000 года Insolvency Act 2000.) Однако точных критериев профессионализма в английском праве не существует.⁴¹⁰

Обязанность избегать конфликтов интересов означает, что директор компании должен избегать ситуаций, в которых он имеет или может иметь прямой или косвенный интерес, который противоречит или может противоречить интересам компании. При этом данная обязанность 1) не распространяется на конфликт интересов, возникающих в связи со сделкой или договором с компанией. 2) Не нарушается, если невозможно было предположить, что ситуация приведет к конфликту интересов и 3) если дело было разрешено директорами.⁴¹¹

Обязанность не извлекать выгоду с третьих лиц предполагает, что директор не может извлечь выгоду с третьих лиц, если это не было одобрено компанией.

Обязанность сообщать о заинтересованности в заключении договора предполагает, что директор должен сообщать другим директорам, если он имеет какой-либо прямой или косвенный интерес в заключении сделки.

Обязанность способствовать успеху компании – это и есть проявление модели enlightened shareholder value. Данная обязанность заменяет собой, выработанную прецедентным правом таковую в модели shareholder value (duty to act bona fide in the best way) с той разницей, что в модели shareholder value она была связана исключительно с интересами акционеров компании. Новая же трактовка предполагает интересы всех заинтересованных лиц на основе принципов социальной ответственности и социально ответственного

⁴¹⁰ Агламазова В.В. Цит. соч. С. 2.

⁴¹¹ Companies Act 2006. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/175> (дата обращения: 30.04.15)

инвестирования.⁴¹² Успехом является – максимизация прибыли и капитализация компании на основе долгосрочной управленческой политики или же, в случае с некоммерческими целями компании, достижение таких целей. Статья 172 Закона о компаниях 2006 года описывает 6 факторов данной обязанности, которые нужно учитывать:

1. Возможные последствия решения в долгосрочной перспективе (the likely consequences of any decision in the long term),

2. Интересы наёмных работников (the interests of the company's employees),

3. Необходимость развивать деловые отношения с партнёрами, клиентами и другими лицами (the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others),

4. Характер влияния деятельности компании на жизнь сообщества и окружающую среду (the impact of the company's operations on the community and the environment),

5. Целесообразность поддержания компанией высокой деловой репутации (the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct),

6. Необходимость действовать справедливым образом по отношению ко всем акционерам в целом (the need to act fairly as between members of the company.)⁴¹³

С точки зрения разработчиков реформы, обязанности по отношению к заинтересованным лицам не исчерпаны законом и вменяются директору как обязательные и долгосрочные (в концепции shareholder value они были факультативными и могли игнорироваться директором компании.) Механизм соблюдения же данных факторов строится вокруг возможности подать

⁴¹² Семенов П.А. Реформа современного английского законодательства о компаниях. Дисс...канд.юрид. наук. – М., 2011. С. 73.

⁴¹³ Семенов П.А. Реформа современного английского законодательства о компаниях. Дисс...канд.юрид. наук. – М., 2011. С. 74.

акционером иск⁴¹⁴; новой формы нефинансовой отчётности “enhanced business review”; новых требований аудиторской проверки. Наиболее интересна здесь новая форма нефинансовой отчётности, на которую акционер как истец от имени компании может и должен ссылаться при предъявлении иска и которая закрепляется статьёй 417 Закона о компаниях 2006 года.⁴¹⁵ Она включает в себя: сведения об основных тенденциях и факторах, которые могут повлиять на перспективы развития бизнеса компании; сведения о воздействии деятельности компании на окружающую среду, о наёмных работниках компании, о социальной деятельности компании и её взаимодействии с местным сообществом, включая сведения о любой политике компании в отношении данных вопросов и степени её эффективности; сведения о лицах, с которыми компания состоит в договорных или иных отношениях, имеющих ключевое значение для деятельности компании.⁴¹⁶

Итак, реформа корпоративного законодательства в Великобритании, на наш взгляд, внесла существенные изменения в модель корпоративного управления, стараясь уйти от архаичной и деструктивной формы *shareholder value*, которая в начале XXI века показала свою несостоятельность в пользу более расширенной *enlightened shareholder value*, оставляя при этом черты основополагающей роли акционера, как субъекта компании, но при этом учитывая роль всех иных заинтересованных лиц, включая работников, инвесторов, государство и пр. На современном этапе развития корпоративных отношений такая модель обеспечивает, как представляется, нужный баланс в сфере корпоративного управления, чтобы избегать банкротства компаний и злоупотребления правом, в тоже время, учитывая интересы лиц, взаимодействующих с компанией.

⁴¹⁴ Любопытно, что право на подачу иска в данном случае принадлежит только акционеру (подробнее см.: Семенов П.А. Реформа современного английского законодательства о компаниях. Дисс...канд.юрид. наук. – М., 2011. С. 76.)

⁴¹⁵ Companies Act 2006. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/417> (дата обращения: 30.04.15)

⁴¹⁶ Семенов П.А. Реформа современного английского законодательства о компаниях. Дисс...канд.юрид. наук. – М., 2011. С. 77.

Чрезвычайный пересмотр судебных актов в гражданском процессуальном праве США

Р.А. Сулайманов

*Студент бакалавриата юридического факультета
Российский университет дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198*

В статье рассматривается чрезвычайный пересмотр судебных актов в гражданском процессуальном праве США, который аналогичен в российском гражданском процессе пересмотру по вновь открывшимся обстоятельствам.

Ключевые слова: США, пересмотр, судебный акт, вновь открывшиеся обстоятельства.

Пересмотр судебных актов в США носит специфический характер. В отличие, например, от российского гражданского процесса, где в апелляционном порядке вновь происходит оценка доказательств, в американском процессе пересмотр решения суда первой инстанции по существу не допускается⁴¹⁷. Апелляционное производство имеет целью пересмотр юридической обоснованности решения.

Еще одной особенностью американской правовой системы является наличие у сторон права на новое судебное разбирательство. Однако данная процедура отличается от апелляции тем, что при наличии определенных оснований заявление о новом судебном разбирательстве подается в суд, вынесший решение по первой инстанции, который рассматривает дело заново, принимая новые доказательства и новые юридические аргументы, с вынесением нового решения⁴¹⁸.

В США существует несколько способов обжалования судебных решений:

1) в апелляционном порядке путем обращения с апелляционной жалобой в апелляционный суд или Верховный суд США;

⁴¹⁷ Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособие/ под ред. А.Г.Давтян. – М.: ТК Велби, 2013.-с 470.

⁴¹⁸ Гражданское процессуальное право США // Г.О. Аболонин: <https://books.google.ru/books>

Пересмотр гражданского дела в апелляционном порядке является основным способом пересмотра судебных актов. Закон предусматривает безоговорочное право на обжалование решений районных судов в апелляционном порядке.

В Верховный суд США в качестве высшей судебной инстанции могут быть обжалованы: во-первых, некоторые решения районных судов, во-вторых, решения апелляционных судов, в-третьих, решения специализированных федеральных судов, в-четвертых, решения высших судебных учреждений штата.

2) обжалование *by certiorari*;

Обжалование *by certiorari* – это пересмотр решений с согласия Верховного суда США, а дача такого согласия является дискретным полномочием суда. Такой пересмотр допускается лишь при очень веских основаниях, которые оцениваются в каждом конкретном случае.

3) обжалование *by certification*.

Обжалование *by certification* – это перенесение апелляционным судом правового вопроса, по которому ему необходимо получить разъяснение для правильного рассмотрения дела, на рассмотрение Верховного суда США. На рассмотрение Верховному суду могут быть поставлены только вопросы права.

Соблюдение прав человека и обеспечение верховенства права является важным фактором безопасности и стабильности в демократических обществах⁴¹⁹. Решение суда, вступившее в законную силу, по общему правилу, пересмотру не подлежит⁴²⁰. Вместе с тем в порядке исключения гражданско-процессуальное законодательство США предусматривает специальную процедуру проверки таких постановлений, которая аналогична российским правилам пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебных актов, вступивших в законную силу (*extraordinary relief from judgment*).

⁴¹⁹ Тетуа Дисани Понятие правила о решении, принятом разумно действующим предпринимателем, в корпоративном праве США. Вестник Российского Университета Дружбы Народов Серия: Юридические науки 2011 г.

⁴²⁰ ФПГП США - FRCP USA: http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_60

Согласно правилу 60 ФПГП суд по ходатайству сторон или по своей инициативе может устранить в любое время канцелярские ошибки (clerical mistakes), допущенные в решении, иных судебных постановлениях, протоколе, а также ошибки, возникшие вследствие недосмотра или упущения в решениях, определениях и любых материалах процесса. Указанные ошибки могут быть исправлены и в том случае, если судебный акт обжалуется в апелляционной инстанции, но до того момента, пока жалоба не зарегистрирована в апелляционном суде, а позднее – с разрешения апелляционного суда⁴²¹.

Согласно этой же статье по ходатайству стороны суд, вынесший судебное решение, а также любое судебное постановление, может его отменить по следующим основаниям: 1) допущена ошибка, оплошность, извинительная небрежность при рассмотрении дела; 2) обнаружилось доказательство, которое при надлежащем усердии не могло быть обнаружено; 3) обнаружился обман, мошенничество, ненадлежащее представительство или иное ненадлежащее поведение противоположной стороны; 4) решение является недействительным; 5) судебный акт, на котором основывалось данное судебное решение, был отменен или изменен или дальнейшее исполнение данного судебного акта является несправедливым; 6) иные основания для отзыва ранее вынесенного судом судебного решения или приказа. Такое ходатайство должно быть подано стороной в разумный срок, а по первым трем основаниям – не позднее одного года со дня вступления судебного акта в законную силу⁴²².

⁴²¹ ФПГП США - FRCP USA: http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_60

⁴²² ФПГП США - FRCP USA: http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_60

Охрана труда женщин в трудовом законодательстве Китая

Цяо Янь

*Магистр кафедры гражданского и трудового права
Российского университета дружбы народов
Ул. Миклухо-Маклая, д. 6, Москва, Россия, 117198
email: believe.qy@163.com*

Аннотация: В данной статье идет речь о особой охране труда женщин в трудовом законодательстве Китая. Автор анализирует на основе действующего законодательства, регулирующего положения охраны трудовых прав женщин. Так же продемонстрировано, что в настоящее время китайские женщины нуждаются в повышенной социальной и правовой защите, что выражается в конституционных гарантиях.

Ключевые слова: трудовое законодательство, международная организация труда (МОТ), охрана труда женщин, женщины-служащие.

В Китае женщины составляют меньше половины общего количества работающих. Трудовое законодательство КНР закрепляет равенство мужчины и женщины в трудовых отношениях: при приеме на работу, установлении размера оплаты труда, режима рабочего времени и времени отдыха и т.д. В соответствии со ст.13 Закона КНР «О труде»-Женщины пользуются равными с мужчинами правами при приеме на работу. Во время зачисления на работу служащих и рабочих не допускается по признаку пола отказывать женщинам в приеме на работу или повышать критерии найма для женщин, за исключением определенных государством случаев, когда вид работы или должность не подходят для женщин. Вместе с тем, учитывая особенности женского организма, трудовое законодательство предусматривает ряд льгот для работающих женщин, повышенную охрану их труда. Трудовой Кодекс КНР предусматривает специальные юридические гарантии для женщин в связи с беременностью и материнством.

Создание особой охраны труда женщин – важнейшая социальная проблема для всех стран. Ряд международных конвенций Международная

Организация Труда (МОТ) предусматривает ее создание в каждой стране⁴²³. Особая охрана труда женщин является значительной частью всей системы охраны материнства и детства, семьи, находящейся согласно ст. 48 Конституции КНР под защитой государства.⁴²⁴

Государство КНР осуществляет особую охрану труда женщин-служащих, работниц, специальные нормы охраны труда женщин включают следующие меры:

В соответствии со ст.59 Закона КНР «О труде» запрещается направлять женщин-служащих и работниц на труд в горнорудные шахты, заниматься физическим трудом 4-й степени интенсивности⁴²⁵, установленной государственными нормативами, и другими запрещенными женщинам видами труда.

В соответствии со ст.60 Закона КНР «О труде» нельзя направлять женщин-служащих и работниц заниматься в менструальный период производственным трудом, связанным с высотными работами, низкими температурами, холодной водой, и заниматься физическим трудом 3-й степени интенсивности, установленной государственными нормативами.

В соответствии со ст.61 Закона КНР «О труде» нельзя направлять женщин-служащих и работниц в период их беременности заниматься физическим трудом 3-й степени интенсивности, установленной государственными нормативами, и запрещенными в период беременности видами труда. Нельзя направлять женщин-служащих и работниц, имеющих беременность более 7 месяцев, на сверхурочные работы и работу в ночные смены.

Женщины-служащие и работницы после рождения ребенка получают послеродовой отпуск в соответствии со ст.62 Закона КНР «О труде» минимум

⁴²³https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%F0%EE%E4%ED%E0%FF_%EE%F0%E3%E0%ED%E8%E7%E0%F6%E8%FF_%F2%F0%F3%E4%E0

⁴²⁴ Статья 48 Конституция КНР--Женщины в Китайской Народной Республике пользуются одинаковыми с мужчинами правами во всех сферах жизни - политической, экономической, культурной социальной и семейной. Государство защищает права и интересы женщин, применяет принцип равной оплаты за равный труд для мужчин и женщин, обучает и выбирает кадры из числа женщин.

⁴²⁵ Категории интенсивности определены государственным стандартом GB 3869-1997г. При выполнении физического труда четвертой категории интенсивности работник в течение 8-часового рабочего дня расходует более 11304,4к Дж энергии.

на 90 дней.

В соответствии со ст.62 Закона КНР «О труде» запрещается направлять женщин-служащих и работниц в период кормления грудью ребенка, еще не достигшего годовичного возраста, заниматься физическим трудом 3-й степени интенсивности, установленной государственными нормативами, и другими видами труда, запрещенными в период кормления грудью ребенка; нельзя их направлять на сверхурочные работы и работы в ночные смены.

Институт охраны труда женщин приобретает повышенную социальную значимость. Так, необходимость охраны труда женщин возведена международно-правовыми стандартами в статус общепризнанного принципа. Однако, несмотря на законодательное регулирование и охрану труда женщин, нарушения законодательства очень часто встречаются в современных организациях. Одной из причин этого явления является юридическая неграмотность населения.

В настоящее время китайские женщины нуждаются в повышенной социальной и правовой защите, что выражается в конституционных гарантиях.

Косвенные иски и оговорка о публичном порядке

А.Н. Чуманова

Студентка Российского университета дружбы народов

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

email: anastasiachumanova@gmail.com

Арбитражные решения, вынесенные за рубежом против российских компаний, встречают противодействие в российских государственных судах в виде решений по косвенным искам. В статье рассматривается, как обосновывают это государственные суды, и действительно ли признание и приведение в исполнение решения международного коммерческого арбитража противоречит публичному порядку, сложившемуся в Российской Федерации.

Ключевые слова: косвенный иск, международный коммерческий арбитраж, процедура признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, публичный порядок.

Получение судебных решений по косвенным искам, поданных по инициативе акционеров (участников) юридических лиц, с требованием признать крупные сделки или сделки с заинтересованностью недействительными, стало способом уклонения российских компаний от ответственности. Алгоритм действий выстраивается следующим образом. Российское юридическое лицо заключает договор с иностранным контрагентом. Стороны включают в текст соглашения арбитражную оговорку, тем самым соглашаясь на рассмотрение споров по поводу контракта в конкретном международном коммерческом арбитраже. При инициировании против российской стороны производства в арбитраже, ее акционеры (участники) подают косвенный иск в государственный суд по поводу признания договора, по поводу которого возник спор, недействительным. Далее выигравшая сторона обращается в государственный суд проигравшей стороны, чтобы взыскать присужденное арбитражным решением. Именно в этот момент российский контрагент предъявляет решение суда по косвенному иску, где

договор признан недействительным, и заявляет, что удовлетворение требований лица с вынесенным в его пользу арбитражным решением противоречит публичному порядку. В большинстве из таких случаев суды в отказывают в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Тем самым оставляя добросовестную сторону несущей все негативные последствия ненадлежащего исполнения по сделке⁴²⁶.

Одним из примеров является дело между ОАО «Буммаш» и виргинской компанией Quality Steel Inc. Были заключены договоры маркетинга и купли-продажи от 18 мая 2000 г. и 18 августа 2000 г., в которых стороны договорились рассматривать споры в Нидерландском Арбитражном Институте (NAI). Через два года виргинская компания инициировала рассмотрение спора в арбитраже, подав несколько исков. Арбитражный процесс завершился вынесением решений в пользу истца.

В это время ОАО «ФПГ «Уральские заводы» - акционер ОАО «Буммаш» - обратился с иском в Арбитражный суд Удмуртской Республики, требуя признать договор недействительным на том основании, что он совершен в нарушение корпоративного законодательства о сделках, в совершении которых имеется заинтересованность. Российские суды поддержали позицию акционерного общества и пришли к выводу, что порядок одобрения сделки с заинтересованностью не был соблюден со стороны ОАО «Буммаш», и на основании ст. 84 Федерального закона «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 № 208-ФЗ (далее – Закон об АО) сделка была признана недействительной⁴²⁷. Другой договор, заключенный ранее между теми же сторонами, был признан недействительным другим решением суда⁴²⁸.

После рассмотрения спора в арбитраже истец обратился в российский суд для признания и приведения в исполнение иностранного решения. Российская компания сразу же предъявила решения российских государственных судов,

⁴²⁶ Б.Р. Карабельников. Косвенные иски как способ узаконить нарушения российскими компаниями их собственных обязательств. / СПС «КонсультантПлюс», 2007.

⁴²⁷ Постановление ФАС Уральского округа от 29 декабря 2003 г. по делу № Ф09-3778/03-ГК

⁴²⁸ Постановление ФАС Уральского округа от 24 декабря 2004 г. по делу № ф09-4269/2004-ГК

обосновывая свою позицию. Мнение российского правосудия склонилось в сторону ответчика, и арбитражное решение не было реализовано в соответствии с процедурой, предусмотренной Нью-Йоркской Конвенцией «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» 1958 г. (далее – Нью-Йоркская конвенция) на основании его противоречия публичному порядку России. Арбитражный суд кассационной инстанции включил в публичный порядок принцип обязательности судебных актов, распространяющийся на всю территорию РФ, который мог быть нарушен в связи с тем, что судебный акт не будет иметь настоящей юрисдикционной силы, если исполнить решение иностранного суда.

В следующем деле между ОАО «Росгазификация» и Апокук Пойнт Энвйронментал Лимитед (далее – компания Апокук) суд дал свое определение публичному порядку. В Постановлении от 23 августа 2013 г. по делу № А40-16783/13-52-177 ФАС Московского округа указал, что под ним понимаются «фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства». По мнению суда, нарушением публичного порядка является, в том числе, вынесение решения Лондонским Третьим судом на основании действительности договора, в то время как он признан недействительным.

В Определении ФАС Западно-Сибирского округа от 8 ноября 2012 по делу № А27-781/2011 между «Симан Франсе» и ОАО «Холдинговая компания «Сибирский цемент» на момент рассмотрения судом ходатайства о проведении процедуры придания юридической силы иностранному решению, проходил процесс о признании договора покупки акций, на основании которого было вынесено частичное арбитражное решение, недействительным. Кассационная инстанция установила, что если договор все же будет признан недействительным, то существует опасность возникновения ситуации, при

которой его признание будет противоречить публичному порядку, т.к. не сможет быть осуществлен принцип обязательности судебных актов.

Правовая база для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных за рубежом, состоит из нескольких документов. Во-первых, пп. в п.2 ст. V Нью-Йоркской конвенции, который, по сути, установил: «Суд при решении вопроса о соблюдении публичного порядка лишь сопоставляет правовые последствия приведения в исполнение иностранного арбитражного решения и основы правопорядка Российской Федерации»⁴²⁹.

Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993г. № 5338-1 (далее – Закон о МКА) содержит пп. 2 п. 1 ст. 36, который говорит о том, что суд отказывает в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, если найдет, что такое признание и приведение в исполнение противоречит публичному порядку РФ.

Пп. 7 п. 1 ст. 244 Арбитражного процессуального кодекса РФ от 24.07.2002 № 95-ФЗ (далее – АПК) указывает, что признание становится невозможным, если исполнение решения противоречит публичному порядку РФ.

Термин «публичный порядок» содержится в ст. 1193 Гражданского кодекса РФ от 26.11.2001 г. № 146-ФЗ, под которым законодатель указал очень обширное понятие «основы правопорядка РФ». «При этом основным субъектом, который применяет эти положения и определяет способы их толкования, в современных условиях, является суд...»⁴³⁰.

Формирование понятия, объема содержания публичного порядка имеет важное прикладное значение для дальнейшего взаимодействия государственных и арбитражных (третейских) судов. Самый большой интерес представляет собой Информационное письмо Президиума ВАС РФ №156 от 26

⁴²⁹ Б.Р. Карабельников. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. Москва 2013. С. 410

⁴³⁰ А.Я Рыженков. Как применять основные начала гражданского законодательства в судебной практике? // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2013. № 4. С. 117

февраля 2013 г. (далее – Информационное письмо №156), содержащее в себе понятие публичного порядка, которое в судебной практике на настоящий момент является самым объемным и наиболее точным. Первый пункт закрепляет следующее: «...под публичным порядком в целях применения пп. в п. 2 ст. V Нью-Йоркской Конвенции и п. 7 ч. 1 ст. 22 АПК РФ понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации (статья 1192 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ)), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц». Фактически нарушение публичного порядка и нарушение сверхимперативных норм стало одним и тем же. И это равенство становится действующим в случаях, когда результат совершения действий, запрещенных нормами сверхимперативного характера, наносит ущерб суверенитету государства или его безопасности, затрагивает интересы больших социальных групп, нарушает права и свободы частных лиц, провозглашенных Конституцией РФ.

Однако одним из недостатков Информационного письма № 156 специалист в области международного частного права, международного коммерческого арбитража, судья Арбитражного трибунала Европейского Банка реконструкции и развития Б.Р. Карабельников называет нерешенность некоторых остро стоящих проблем, в том числе с косвенными исками. Как видно из судебных актов, государственные судьи и арбитры применяют различные подходы при оценивании валидности сделок, оспариваемых по различным вопросам в разных судебных системах. И проигравшей в арбитраже

стороне выгодно, чтобы недействительность сделки была подтверждена вступлением решения в законную силу к моменту, когда будет оценено ходатайство о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, как это и произошло в деле «Симан Франсе» против ОАО «Сибцемент»⁴³¹.

В объем публичного порядка суды включают принцип обязательности судебных актов, установленный ст. 16 АПК РФ, который, по их мнению, не может соблюдаться, если в правовом пространстве России будут существовать два судебных решения, содержащих взаимоисключающие выводы, т.к. судебное решение основывается на недействительности сделки, а арбитражное решение исходит из ее действительности.

По мнению автора, исполнение арбитражного решения должно признаваться противоречащим публичному порядку, когда в результате динамики частных правоотношений может быть нанесен вред общим интересам и правам субъектов, которые не участвовали в рассматриваемом правоотношении, именно поэтому порядок назван публичным. Ведь «в целом, функция оговорки о публичном порядке сводится к ограждению основных моральных и правовых устоев государства от нежелательных последствий исполнения иностранных решений и применения иностранного права»⁴³². Различная оценка валидности сделки не может повлечь за собой результат, наносящий ущерб суверенитету государства или интересам больших социальных групп. Ущерб будет ограничиваться лишь финансовым состоянием одной, нарушившей договор компании, которая должна будет совершить отчуждение своего имущества в виде выплаты денежных средств другому частному лицу. Взыскание присужденной судом компенсации не влечет опасности для российского публичного порядка.

⁴³¹ Б.Р. Карабельников. Высший Арбитражный Суд РФ объясняет публичный порядок. / Журнал «Закон» № 5. Май 2013г. С. 115-122

⁴³² Е.В. Ситкарева. Новеллы российского законодательства и судебная практика по оспариванию решений международных коммерческих арбитражей. / Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2004. №2. С.104

Последствием совершения крупной сделки или сделки с заинтересованностью без корпоративного одобрения являются признание их недействительными и двусторонняя реституция. И реституция, и возмещение убытков имеют одинаковый компенсаторный характер, нет принципиальной разницы между ними. Поэтому нельзя сказать, как повлияет на основы общественного строя или основополагающие принципы российского права та или иная мера, предусмотренная законом, следует ожидать позиции судов на этот счет, которых пока нет.

Правовым основанием для того, чтобы не использовать судебные решения, принятые по так называемым косвенным искам в качестве выстраивания препятствий на пути исполнения арбитражного решения, являются положения Нью-Йоркской конвенции, Закона о МКА, и АПК РФ. Они исходят из того, что публичный порядок не должен быть нарушен в результате исполнения самого арбитражного решения, т.е. при оценке последствий необходимо принимать во внимание только один акт, имеющий законную силу, независимо от других актов, вынесенных государственными судами.

Из-за частого использования публичного порядка в качестве прикрытия российских компаний от больших выплат государственные суды РФ теряют к себе доверие частных лиц, которые вынуждены искать средства для взыскания убытков в юрисдикциях других государств, на территории которых есть имущество должника. Как и произошло в деле *Soinco SACI (Argentina) and Eural Kft (Hungary) v. Novokuznetsk Aluminium Plant*. Между компаниями был заключен договор, содержащий арбитражную оговорку. После нарушения Новокузнецким алюминиевым заводом обязательств по контракту аргентинская и венгерская компании инициировали международный арбитражный процесс в Швейцарии. В Арбитражный суд г. Кемерово был подан косвенный иск с требованием о признании сделки недействительной. Требования были

удовлетворены и решение о недействительности сделки получено. Взыскание убытков прошло на территории Англии по решению английских судов⁴³³.

Таким образом, можно сделать вывод, что ссылка российских судов на публичный порядок при отказе в признании и приведении в исполнение арбитражных решений с учетом решений по косвенным искам, становится причиной злоупотребления правом на подачу косвенного иска акционерами (участниками) российских компаний. Добросовестная сторона несет убытки, и не достигается основной правовой принцип – добросовестное исполнение обязательств, не соблюдается принцип *pacta sunt servanda*, что подрывает доверие к возможности сотрудничества иностранных компаний с российскими юридическими лицами, негативно влияет на торговый оборот. Тем более, арбитраж является популярным институтом рассмотрения споров. «Когда возникают разногласия или споры, стороны, если они являются добросовестными участниками и нацелены на продолжение сотрудничества, также высказывают заинтересованность в обращении к эффективным способам разрешения споров. В большинстве случаев это международный коммерческий арбитраж»⁴³⁴.

⁴³³ См.: *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XXIII. P. 196, 795

⁴³⁴ Е.В. Ситкарева. Эффективность разбирательства в международном коммерческом арбитраже – сторонам есть, о чем договориться. / Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 3. С. 62

Научное издание

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

Издание подготовлено в авторской редакции

Технический редактор *Н.А. Ясько*
Дизайн обложки *М.В. Рогова*

Подписано в печать 19.05.2015 г. Формат 60×84/16.
Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура Таймс.
Усл. печ. л. 13,72. Тираж 100 экз. Заказ 574.

Российский университет дружбы народов
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Типография РУДН
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. 952-04-41

Для заметок

Для заметок
