

Труды молодых исследователей по сравнительному праву

№ 4 (13) / 2011

Учредители

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»
Факультет права
Центр сравнительного права
Издательская группа «Юрист»

Главный редактор

Автономов А.С., д.ю.н., профессор

Заместитель главного редактора

Чеховская С.А., к.ю.н.

Литературный редактор

Жукова Т.С.

Члены редколлегии

Васильева С.В., к.ю.н.
Карпец В.И., к.ю.н.
Клевченкова М.Н.
Осакве К., д.ю.н, профессор
Прокудина Л.А., к.ю.н.
Ростовцева Н.В., к.ю.н.
Трошкина Т.Н., к.ю.н.
Черняева Д.В., к.ю.н.
Чеховская С.А., к.ю.н.

Контактные данные:

Центр сравнительного права
Адрес: 119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 401
Тел. (495) 953-51-46
E-mail: ccl@hse.ru
<http://pravo.hse.ru/claw/projects>

Издательская группа «Юрист»

Главный редактор ИГ «Юрист»
Гриб В.В.

Заместители главного редактора ИГ «Юрист»

Ренов Э.Н.,
Платонова О.Ф.,
Трунцевский Ю.В.,
Фоков А.П.

Отдел распространения ИГ «Юрист»

Тел. (495) 617-18-88

▶ Воспроизведение, перепечатка и распространение в любой форме, включая электронную, материалов, опубликованных в журнале, разрешается с письменного согласия редакции.

Контактные данные:

Издательская группа «Юрист»
Тел. (495) 953-91-08
E-mail: avtor@lawinfo.ru
<http://www.lawinfo.ru>

Содержание

В номере: ▼

Теория права

Шамирзаева Л.Р., Полетаева Ю.В. Проблемы определения понятия и сущности мягкого права в национальном правопорядке3

Земельное право

Кутузов В.С. Приобретение прав на земельный участок по давности владения в английском и российском законодательстве: взгляд с позиции публичного права 10

Предпринимательское право

Демина Т.А. Лицензионные договоры о передаче прав на изобретения как инструмент инновационного бизнеса..... 24

Марова О.И. Стартап как начальная стадия осуществления инновационной деятельности: правовое обеспечение, сравнительно-правовой анализ..... 35

Уголовный процесс

Трефилов А.А. Новейшие тенденции развития системы Уголовно-процессуального кодекса ФРГ и его институтов 45

Трудовое право

Казаков С.О. Системы трудовых судов в зарубежных странах 51

Проблемы определения понятия и сущности мягкого права в национальном правопорядке*

Шамирзаева Л.Р.** , Полетаева Ю.В.***

Введение. Постановка проблемы. Усложнение общественных отношений, нарастание кризиса доверия и снижение эффективности жестких регуляторов создают проблемы при координации интересов субъектов, участвующих в различных правоотношениях. Таким образом, возникает необходимость коренных изменений в нормативной системе, разработки нового понимания права и его инструментов. Сейчас уже не имеет значения, где начинается и заканчивается правовая норма: это сама суть нормативной системы, подвергающейся изменениям¹. Raison d'être² данной системы являются те функции, которые она осуществляет³. В такой ситуации необходимы качественно иной правовой подход и обращение к другим действенным механизмам.

Мягкое право — часть новой системы управления, которая за рубежом получила наименование «regulatory governance» («управление путем регулирования»)⁴. Данная система характеризуется обилием необязательных регуляторов, базируется на принципах добровольности соглашений, волонтаризма и субсидиарности. Средства мягкого права могут быть самыми разнообразными как на международном, так и на национальном уровне. Такое регулирование подразумевает принципиально иной по-

рядок распределения полномочий между государством и обществом, введение новых технологий в процесс регулирования, формализацию межинституциональных и внутриинституциональных отношений, распространение механизмов саморегулирования, возрастание влияния экспертов. Некоторые исследователи говорят о концепции регулятивного управления как о постепенном переходе от твердых норм к мягким и от государственного регулирования к частному и прогнозируют, что многие ключевые вопросы регулятивного управления будут сосредоточены вокруг «изменения отношений между мягким и твердым правом, государственным и частным регулированием»⁵. Подчеркивается, что мягкое право следует рассматривать в качестве дополнения, а не антагониста жесткому регулированию.

Все чаще мягкое право воспринимается как «организационно простое, гибкое средство для успешного взаимодействия»⁶. Мягкое право — инновационный инструмент регулирования, который отражает всю многогранность происходящих явлений: «...оно поднимает фундаментальные вопросы о власти, социальном партнерстве, об основах демократии, о границах между правом и политикой, между публичной и частной сферами»⁷.

* Настоящая статья подготовлена в рамках исследовательского проекта НИУ ВШЭ «Учитель-Ученики» 2011–2012 гг. № 11-04-0002 «Мягкое право в российском правопорядке», выполненного при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ».

** Шамирзаева Лола Рустамовна, студентка 5-го курса кафедры предпринимательского права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

*** Полетаева Юлия Владленовна, студентка 3-го курса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Научные руководители: Чеховская Светлана Алексеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва); Фогельсон Юрий Борисович, доктор юридических наук, профессор кафедры публичной политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ Weil Prosper. Towards Relative Normativity in International law? // The American Journal of International Law. 1983. № 3. P. 418.

² Смыслом существования (пер. с франц.).

³ Weil Prosper. Ibid.

⁴ Levi-Faur David. Regulation & Regulatory Governance // Jerusalem Papers in Regulation & Governance Working Papers Series. Working Paper. No. 1. February 2010.

⁵ Vogel David. Private Global Business Regulation // Annual Review of Political Science. Vol. 11. 2008. P. 264.

⁶ Hillgenberg Harmut. A Fresh Look at Soft Law // European Journal of International Law. 1999. № 3. P. 503.

⁷ Mörth Ulrika. Soft Law and New Modes of EU Governance — A Democratic Problem? 2005. P. 4. URL: http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf

Некоторые авторы говорят о существовании так называемой серой области между строго обязательными правовыми нормами (которые составляют «белую область») и области, которая не урегулирована правовыми нормами (она носит название «черной»). «Серая область» состоит из ряда формально необязательных регуляторов: принципов, рекомендаций, правил и т.д., которые, однако, также имеют юридическое значение⁸.

В свете вышеизложенного представляется актуальным исследование понятия и сущности мягкого права в национальном правовом порядке, а также выявление его характерных признаков. Как будет показано далее, среди исследователей отсутствует единое мнение на этот счет, и зачастую очень сложно определить, что относится к мягкому праву.

Работа базируется на обзоре и систематизации большого числа зарубежных публикаций, не переведенных ранее на русский язык. В этой связи заметим, что российский терминологический инструментарий по данной теме находится в стадии формирования, что, в свою очередь, осложняет поиск оптимальных вариантов перевода. Тем не менее в нашей статье мы постараемся передать наиболее существенные характеристики мягкого права, выделяемые иностранными авторами, а также в порядке выявления отличительных черт мягкого права приведем подготовленную нами сравнительную таблицу жесткого и мягкого права, цель которой — показать специфику и особенности регулирования, не проводя при этом строгую дихотомию между ними.

Подходы к определению мягкого права. В настоящее время мягкое право весьма широко применяется в различных сферах отношений. В то же время понимание мягкого права потеряло свою четкость, и как показывает анализ, среди ученых отсутствует единообразное представление о том,

что означает категория «мягкое право». Неоднозначность данной категории становится очевидной, когда мы говорим об отношениях в международном праве, праве Европейского Союза (в которых она получила свое широкое распространение) и в национальном правовом порядке.

В литературе выделяются два подхода к происхождению мягкого права⁹. Так, согласно первому из них, предпосылки появления мягкого права содержатся в средневековом плюрализме, а также в *lex mercatoria*; второй подход связывает мягкое право с понятиями социального права и правового плюрализма, которые получили свое развитие благодаря европейским юристам-«антиформалистам» в конце XIX в. и позднее¹⁰.

Понятие мягкого права в его современном понимании сформировалось в середине 70-х годов XX в. и получило широкое распространение в сфере международного права и международных отношений¹¹. Вместе с тем категория «мягкое право» постепенно стала использоваться не только применительно к международному праву, но и к национальным правовым порядкам (наиболее яркие примеры средств мягкого права — кодексы профессиональной этики, корпоративного поведения, добровольные стандарты и сертификация, финансовые омбудсмены и др.). Эффективность средств мягкого права объясняется тем, что оно гораздо крепче привязано к происходящим в мире событиям и процессам.

Можно выделить следующие подходы к определению мягкого права.

- В самом общем смысле термином «мягкое право» охватываются такие регуляторные инструменты и механизмы регулирования, которые при отражении определенного нормативного обязательства не основываются на формальной юридической силе или на режиме формальных санкций¹². Ставшее уже в определенной степени классическим определение исследователя Ф. Снайдера применительно

⁸ Tala Jyrki. Soft Law as a Method for Consumer Protection. A Review with Special Reference to Nordic Experiences // Journal of Consumer Policy. Dec. 1987. P. 341–342.

⁹ Robilant Anna Di. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. 2006. № 3. P. 499.

¹⁰ Волкова Е.В. К вопросу о категории «мягкого права» в праве международных контрактов. URL: [www.mgimo.ru/files/61121/пу21_2008-2\(3\)_volkova.doc](http://www.mgimo.ru/files/61121/пу21_2008-2(3)_volkova.doc)

¹¹ Mörth Ulrika. Soft Law in Governance and Regulation: an Interdisciplinary Analysis. Edward Elgar Publishing. 2004. P. 16.

¹² Robilant Anna Di. Ibid. P. 499.

к праву ЕС в 1994 г. звучит следующим образом: «Мягкое право — это правила поведения, которые, в принципе, не являются юридически обязывающими, но, несмотря на это, способны породить практические последствия»¹³. Большинство авторов в целом согласны с данным подходом¹⁴.

Вместе с тем данное определение является весьма общим и не позволяет провести разграничение между правом и остальными социальными нормами, несоблюдение которых также влечет определенные последствия.

• Российский ученый И.И. Лукашук говорит о том, что в сфере международных отношений термин «мягкое право» используется для обозначения двух различных явлений. В первом случае речь идет об особом виде международно-правовых норм. Имеются в виду такие нормы, которые в отличие от «твердого права» не порождают четких прав и обязанностей, а лишь дают общую установку, которой тем не менее субъекты обязаны следовать. Во втором случае речь идет о неправовых международных нормах, которые содержатся в неправовых актах, в резолюциях международных органов и организаций, в совместных заявлениях, коммюнике и носят морально-политический характер¹⁵.

• По мнению ряда ученых, мягкое право может иметь и квазюридический характер, в той или иной степени влияя на поведение стран-участниц (например, Декларация о правах человека, Базельское соглашение по капиталу, Хельсинский заключительный акт 1975 г., а также решения Международного Суда ООН и др.)¹⁶.

• А. Гузман и Т. Мейер пишут о том, что мягкое право в строгом смысле слова не может быть названо правом¹⁷.

• «Мягкое право» также рассматривается как своего рода «предправо», которое с течением времени трансформируется в «твердое право»¹⁸.

• Многие ученые, в числе которых Д. Трубек, П. Коттрелл, М. Нансе, рассматривают «мягкое право» («soft law») в противопоставлении «твердому праву» («hard law») ¹⁹.

• В отличие от предыдущего подхода В. Лове говорит о том, что не существует принципиальной разницы между твердым и мягким правом. Он полагает, что «понятия мягкого и твердого права с точки зрения ожиданий влияния данных средств на поведение людей различаются только формами выражения воли правоприменителя в каждой из категорий. Действительное различие состоит только в процедуре их принятия и установленных санкциях. Природа же этих явлений одинакова»²⁰.

Мягкое право является «правом» в том смысле, что оно формирует норму, которая обычно исполняется, но тем не менее является мягкой и поэтому не может быть напрямую принудительно обеспечена в судебном порядке. Вот почему оно именуется «правом»: его практическое воздействие очень сходно с первичным или вторичным законодательством. Проблема в том, что данное воздействие не является симметричным, другими словами, мягкое право обладает «эффектом права», однако оно не может быть исполнено в том же порядке, что и твердое²¹.

• Зачастую попытки многих ученых классифицировать мягкое право сводятся к простому перечислению различных видов средств, и несмотря на то что подобный подход демонстрирует наглядные примеры того, что входит в состав мягкого права, он

¹³ Цит. по: Trubek, D. “Soft Law”, “Hard Law” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity. URL: <http://law.wisc.edu/facstaff/trubek/hybriditypaperapril2005.pdf>

¹⁴ Mörth Ulrika. Ibid. P. 16.

¹⁵ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть : учебник для студентов юридических факультетов и вузов. М., 2005. 432 с. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Guzman, Andrew T., Meyer, Timothy L. Explaining Soft Law. URL: <http://www.asil.org/files/guzman.pdf>

В указанной работе авторы замечают, что, несмотря на то что решения международных трибуналов обычно не относят к мягкому праву, тем не менее, по мнению авторов, в силу ряда объективных причин подобное отнесение представляется возможным.

¹⁷ Guzman, Andrew T., Meyer, Timothy L. International Soft Law // Journal of Legal Analysis. 2010. № 2. P. 3.

¹⁸ Волкова Е.В. Указ. соч.

¹⁹ См. там же.

²⁰ Мнение приведено по: Mensah Thomas A. Soft Law: A Fresh Look at an Old Mechanism // Environmental Policy and Law. 38/1–2 (2008). P. 50–51.

²¹ Weeks Greg. The Use of Soft Law by Australian Public Authorities: Issues and Remedies / presented at the Practice and Theory of Soft Law Academic Symposium, Peking University Soft Law Centre, 9 July 2011.

не дает определения того, что оно собой представляет²².

• К. Веленс и Г. Борхардт, давая характеристику мягкому и жесткому праву, приводят перечень элементов, присущих твердому праву²³:

1. требование обязательности определенного поведения формулируется в соответствии с заранее установленной процедурой субъектами, обладающими соответствующей компетенцией;

2. адресаты данных правил поведения знают об их существовании, готовы признавать их силу, а также готовы и намереваются надлежащим образом соблюдать эти правила;

3. правила поведения приводят к ограничению будущей свободы действий;

4. обязанность следовать правилам отражает определенные способы, убеждающие адресатов в необходимости их соблюдать.

По мнению исследователей, отсутствие хотя бы одного из представленных элементов дает основание говорить о мягком праве.

Интересным является мнение представителя юридического постмодернизма К.-Х. Ладера, который полагает, что право трансформируется, и не просто нормы в традиционном смысле, но кооперация может способствовать развитию стабильных ожиданий, составляющих центральную функцию права²⁴.

По мнению Е.А. Чичневой, законодатель уже не способен справляться с упорядочением новых феноменов, именно поэтому встает вопрос о самокоординации и саморегуляции частных субъектов права. Сегодня можно констатировать расширение понятия «нормы», а диспозитивность как презюмируемое свойство «негосударственных» или «смешанных» норм обращается в действительности их скрытой императивностью, когда рекомендации

оказываются чаще всего не только наиболее эффективным, но и единственно приемлемым способом поведения в той или иной сфере рыночных отношений. Е.А. Чичнева рассматривает мягкое право как самостоятельное по отношению к государству, вписывающееся в концепцию постмодернистского права²⁵.

В завершение данной части отметим, что в литературе учеными часто подчеркивается особая роль доверия: доверие — это необходимое условие любого эффективно и успешно взаимодействия; оно возникло как способ противостояния рискам усложняющейся социальной системы²⁶. Как следствие различные средства мягкого права, такие как кодексы поведения, профессиональной этики, добровольные стандарты и другие, призваны контролировать поведение своих членов и принуждать к исполнению групповых норм поведения. В случае их несоблюдения возрастают риски потери репутации и стабильных связей с различными участниками экономического оборота. Иными словами, доверие может выступать в роли социального принуждения.

Характерные черты мягкого права. Общей чертой различных подходов к определению мягкого права является признание того, что мягкое право имеет нормативную составляющую, при этом, однако, не является формально обязательным. Но если в теории большинство ученых согласны с тем, что имеются определенные отличия мягкого права от твердого, то в отношении того, что является отличительными чертами мягкого права, позиции расходятся.

Ниже приводится составленная нами сравнительная таблица характеристик мягкого и твердого права, однако сразу оговоримся, что приведенные в ней разграничения носят условный характер, поскольку термином «мягкое право» могут охватываться самые разные явления, объединить

²² Weeks Greg. Ibid.

²³ Mörth Ulrika. Ibid. P. 17.

²⁴ Ладер К.-Х. Теория аутопойезиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений) // Правоведение. 2007. № 4. С. 37.

²⁵ Найденова М.А. Обзор по постмодернизму в праве, подготовленный в рамках исследовательского проекта «Учитель-ученики» № 11-04-0002 «Мягкое право в российском правовом порядке», выполненного при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» (рассмотрена, среди прочих, статья Чичневой Е.А. Актуальные проблемы современного права или новое правовое мышление // Вестник МГУ. Серия 7. Философия. 2001. № 2. С. 85–110.). Текст обзора по состоянию на март 2012 г. не опубликован.

²⁶ Барсукова О.Ю. Неформальная экономика: структура и функциональная специфика сегментов : автореф. дис. ... д-ра социолог. наук. М., 2004. С. 16–17.

которые общими признаками представляется на данном этапе затруднительным. Мы согласны с мнением об особой сложности

выявления отличительных черт мягкого и твердого права и определения того, где пролегают границы позитивного права²⁷.

Таблица

Характерные черты твердого и мягкого права на национальном уровне

Критерий	Твердое право	Мягкое право
Средства	Нормативно-правовые акты (законы, подзаконные акты); международные соглашения и др.	Кодексы поведения, профессиональной этики, наилучшей практики; добровольные стандарты; альтернативные методы разрешения споров (медиация, финансовый омбудсмен); потребительские объединения и др. ²⁸ *В международном праве — руководящие указания, рекомендации, резолюции, декларации (не носящие формально-обязательный характер) и др.
Обязательный характер	Предусмотрен нормативно-правовыми актами	Не предусмотрен формально нормативно-правовыми актами, но тем не менее существует (степень обязательности варьируется в зависимости от средства)
Общеобязательность	Да	Неоднозначна ²⁹
Заинтересованность в соблюдении	Зависит от уровня развитости правовой культуры и иных факторов	Как правило, выше
Основания к соблюдению	Общеобязательность; наличие предусмотренных нормативно-правовыми актами определенных санкций	Риск потерять доверие, нарушить сложившийся порядок; страх перед законодательным регулированием ³⁰ ; эффективность мягкоправового регулирования
Уровень транспарентности	Высокий	Различен в зависимости от средства
Контроль за соблюдением норм	Уполномоченные государством органы (например, государственные суды)	Преимущественно в форме саморегулирования. Субъекты, подпадающие под влияние данных правил, — компании и потребители — зачастую могут принимать определенное участие в формулировании правил и контроле за их соблюдением. В некоторых случаях уполномоченные государственные органы могут контролировать соблюдение предусмотренных законодательством процедур, относящихся в той или иной степени к мягкому праву (например, законы о медиации, третейских судах)
Возможность принудительного исполнения судом	Имеется	Отсутствует, за исключением ситуаций, когда в законе установлена ответственность за нарушение законодательства о медиации, третейских судах и др. *В ряде случаев в своих решениях суды иногда ссылаются на нормы мягкого права ³¹

²⁷ Weeks Greg. Op. cit. P. 50.

²⁸ Речь идет о саморегулировании.

²⁹ Пример: в случае, когда членство является добровольным, компания, не желающая соблюдать кодекс поведения, может просто выйти из данной организации (объединения) и перестать быть ее членом. Таким образом, компания, которая должна нести ответственность за нарушение кодекса, может избежать санкций, предусмотренных данным кодексом. Однако следует учитывать вероятность наступления иных неблагоприятных последствий для субъекта — потеря доверия со стороны партнеров, потеря клиентов и др.

³⁰ Как отмечается в литературе, системы мягкого права зачастую развиваются из страха применения законодательства. Так, в Великобритании банковская индустрия разработала Кодекс банковской практики после того, как уполномоченным государственным органом был опубликован доклад о необходимости принятия специального законодательства в данной сфере. Однако для начала банкам была дана возможность воспользоваться саморегулированием. Подробнее см.: Soft Law and the Consumer Interest. URL: http://ec.europa.eu/consumers/policy/ecig/rep03_en.pdf

³¹ См., например: Постановление ВАС от 15 ноября 2011 г. № 8654/11, в котором суд ссылается на комментарии ОЭСР.

Неблагоприятные последствия	Имеются Преимущественно в форме финансовых санкций (штрафы), ограничения прав и свобод	Имеются Преимущественно в форме репутационных издержек
Процедура создания	Устанавливается государством (законодательный процесс) ³²	В согласительном порядке между различными участниками; в порядке издания государственными органами актов, не носящих нормативный характер (письма, разъяснения) и др.
Системность и унифицированность	Присутствует	На данном этапе отсутствует
Гибкость (способность адаптироваться к различным изменениям)	Ниже	Выше ³³ . Средства мягкого права в отличие от принятия нового закона проще использовать в различных ситуациях, в том числе и при изменении условий рынка
Организационные издержки, относящиеся к процедуре создания норм	Выше (требуется соблюдение порядка одобрения, вступления в силу и др.)	Ниже
Модель имплементации	Вертикальная	Горизонтальная (имеются исключения)
Легитимность	Презюмируется	Различна в зависимости от средства

Формы внутри категорий твердого и мягкого права различны, что, однако, не говорит о различиях в ожиданиях к соблюдению норм в каждой из этих категорий. Действительные отличия твердого и мягкого права состоят в том, каким образом была создана норма и каковы последствия ее нарушения, а существенные черты нормативности не отличаются³⁴.

Мягкое право часто сопровождается элементами твердого права, и по этим причинам представляется более релевантным не проводить строгую дихотомию между мягким и твердым правом, а рассматривать право как единый континуум (в зависимости от уровня мягкости и твердости)³⁵.

На основании вышеизложенного отметим, что мягкое право является регулятором общественных отношений, который выполняет функции, идентичные функциям твердого права, но при этом не обладает обязательной юридической силой. Мягкое право является разновидностью права в общепринятом понимании и обладает во многом теми же признаками, различаю-

щимися лишь в степени обязательности и характере санкций. Таким образом, мягкое право:

- обладает регулирующей функцией;
- оказывает практическое воздействие на поведение;
- является особой разновидностью права (в общепринятом понимании);
- работает по схожему с твердыми нормами принципу;
- не предписывает строго обязательного соблюдения, однако в случае несоблюдения вызывает для участников соответствующих отношений ряд неблагоприятных последствий, которые могут повлечь фактическую невозможность осуществления деятельности или ее существенное ограничение в целом;
- по своей значимости играет огромную роль в регулировании определенных отношений.

В заключение анализа проблем определения мягкого права нам бы хотелось привести интересное мнение профессора У. Фастанрата о значении мягкого права,

³² При принятии традиционных законов государство обычно консультируется с заинтересованными сторонами до или в процессе разработки законов и самостоятельно решает вопросы баланса интересов между различными участниками. В системе мягкого права данная роль в установлении баланса все чаще упускается. Также в случаях, когда системы саморегулирования сочетают в себе и систему контроля, и наложение санкций, и возмещение вреда, традиционная роль государства в гарантировании независимости отсутствует. См.: URL: http://ec.europa.eu/consumers/policy/eclg/rep03_en.pdf

³³ Обратной стороной гибкости является возможная неточность формулировок.

³⁴ Fitzmaurice Malgosia, Elias Olufemi. Contemporary issues in the law of treaties. The Hague, Eleven International Publishing, 2005. P. 46.

³⁵ Heidenreich Martin, Zeitlin Jonathan. Changing European Employment and Welfare Regimes. The influence of the open method of coordination on national reforms. New York : Routledge, 2009. P. 10.

заслуживающее полного воспроизведения: «Постоянно обсуждаемое явление «мягкого права» выполняет неопределимую функцию. Оно делает возможным всеобщее соглашение о содержании твердого права, определяя границы допустимости субъективной свободы действий <...> «Мягкое право» способно быстрее приспособляться к меняющимся национально-политическим реалиям <...> Нам следует не становиться на пути у «мягкого права», а вооружиться необходимым инструментарием для движения по нему. В частности, нам необходимо включить акты «мягкого права» в существующую методологию права»³⁶.

Использование подобного регулирования представляется успешным в тех областях, где отсутствуют твердые нормы или где они доказали свою неэффективность³⁷. Мягкое право вовсе «не является неким ненормальным явлением, как полагают многие юристы. Оно представляет собой закономерное явление, позволяющее обеспечить нормативное регулирование в тех случаях, когда с помощью «твердого права» сделать это невозможно»³⁸.

Заключительные положения. Мягкое право — это инструмент, разработанный в международном праве и постепенно перекочевавший в национальный правовой порядок, позволяющий решить ряд проблем системного характера, с которыми не способны справиться жесткие регуляторы.

Мягкое право — это попытка сделать систему регулирования более эффективной. Действие мягкого права является сходным с действием жестких регуляторов. Однако, в отличие от твердого права, мягкое право имеет в качестве санкций, как правило, потерю доверия, авторитета и репутации, которые в дальнейшем могут стать существенным препятствием для осуществления деятельности. Неопределимым

достоинством мягкого права является его способность преодолевать правовую неопределенность. Мягкое право становится инструментом для построения успешной кооперации и координации между субъектами права, для обеспечения доверия путем создания риска репутационных издержек. Комплементарный характер применения мягких норм совместно с нормами твердого права помогает добиться наиболее эффективного взаимодействия между субъектами права, снизить транзакционные издержки и издержки по спецификации.

Мягкое право обладает рядом преимуществ:

- гибкостью, организационной простотой;
- контролем, который в отличие от жестких инструментов обладает большей эффективностью и экономичностью;
- более дешевой процедурой создания;
- градуализмом (мягкое право может послужить первым шагом на пути к созданию правовых норм твердого права).

Как показал анализ литературы, в настоящее время отсутствует единообразный подход к пониманию мягкого права и его сущности в национальном правовом порядке, однако ученые продолжают изучение и анализ существующих проявлений мягкого права, формирование концепции мягкого права в национальном правовом порядке.

Интересным представляется изучение самой природы мягкого права; областей его регулирования (в некоторых из них мягкие регуляторы способны заменить традиционное регулирование, в других же они являются лишь дополнением к жестким нормам); выявление средств мягкого права и их классификация. Следует обратить пристальное внимание на достоинства и недостатки подобного регулирования, а также на его формы, предпосылки и возможные перспективы развития.

³⁶ Цит. по: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть : учебник для студентов юридических факультетов и вузов. М., 2005. 432 с. // СПС «КонсультантПлюс». Оригинал цитаты: Fastenrath, Ulrich. Relative Normativity in International Law // European Journal of International Law. 1993. № 3. P. 339.

³⁷ Sindico Francesco. Soft Law and the Elusive Quest for Sustainable Global Governance // Leidan Journal of International Law. 2006. Vol. 19. № 3. P. 829—846.

³⁸ Лукашук И.И. Указ. соч.

Приобретение прав на земельный участок по давности владения в английском и российском законодательстве: взгляд с позиции публичного права

Кутузов В.С.*

Вводные замечания. Даже поверхностный анализ юридической литературы показывает, что институт приобретения имущества по давности владения («приобретательная давность») не представляет большого интереса как для ученых, так и для практикующих юристов. Во многом это объясняется скудостью «исследовательского материала», а именно отсутствием законодательного закрепления правовых рамок таких межотраслевых категорий, как добросовестность, открытость владения, как и собственно владения, а также, что немаловажно, отсутствием в российских правовых реалиях стабильности в посессорных отношениях, которая предполагается для реализации рассматриваемого института.

Пути выхода из сложившейся патовой ситуации, когда от судов ждут справедливого решения, а последние за неимением единообразия судебной практики вынуждены прибегать к вольной интерпретации правовых норм, немногочисленны.

Чаще всего обращаются либо к опыту римских и отечественных дореволюционных юристов, либо к актуальному иностранному праву. Проблемы первого подхода заключаются в отсутствии в римском праве публично-правовых механизмов фиксации вещных прав (кадастра недвижимости, регистрационных процедур, природопользовательских ограничений), которые в современном законодательстве, по сути, и определяют наличие либо отсутствие титула, его правовое содержание.

В свою очередь, иностранное законодательство, как правило, привязывает вопрос приобретательной давности к множеству иных правовых инструментов, если не сказать — к правовой традиции в целом. Сегментарное заимствование иностранных решений порождает больше сложностей, чем конструктивных идей.

Но иностранный опыт необходим. Необходимо прежде всего для устранения нестыковок между нормами публичного права о приобретательной давности и частноправовыми отношениями, чему и посвящается настоящая публикация. По мнению автора, представляется крайне сложным выносить суждение об эффективности правового института, основываясь исключительно на достижениях национальной правовой мысли, не прибегая к компаративистскому анализу (т.е. «судить систему ее же элементами», без «взгляда со стороны»). Поэтому в качестве висты для сравнения в настоящей статье будет рассматриваться английский аналог механизма приобретения имущества по давности владения *adverse possession*.

Невзирая на то обстоятельство, что институт приобретательной давности отнюдь не нов как для английского, так и для отечественного¹ права, возможность его применения к земельным участкам в полной мере появилась в постсоветской России лишь с 30 октября 2001 г. вместе с вступлением в силу Земельного кодекса (далее — ЗК РФ), а в Соединенном Королевстве, в его современном виде, — с 26 февраля 2002 г. (с момента

* Кутузов Вячеслав Сергеевич, аспирант кафедры административного права; преподаватель факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)
Научный руководитель: Миняев Андрей Олегович, кандидат юридических наук, доцент кафедры административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ Упоминание о приобретательной давности впервые встречается в Своде законов гражданских Российской империи (ст. 567). В постреволюционном законодательстве самый ранний акт, в котором упоминается приобретательная давность, — Закон РСФСР от 24 декабря 1990 г. № 443-1 (ред. от 24.06.1992 г., с изм. от 01.07.1994 г.) «О собственности в РСФСР».

вступления в силу Акта о регистрации земель²), т.е. практически одновременно.

Как отмечает В.В. Чубаров, с введением в действие Земельного кодекса Российской Федерации «был дан окончательный ответ на вопрос о том, когда и на каких правовых основаниях может возникнуть право частной собственности на земельный участок в Российской Федерации. До принятия и введения в действие ЗК РФ в 2001 г. законность возникновения этого права в судебной практике нередко ставилась под сомнение»³.

В подготовленном Британским институтом международного и сравнительного права исследовании касательно *adverse possession*⁴ подчеркивается, что приобретательная давность известна практически всем развитым правовым порядкам и не является рудиментом римского *usucapio*. Историческое развитие института приобретательной давности в нашем государстве имело целью не столько устранение неясности, касающейся фигуры собственника имущества, как это имеет место в западных странах, сколько «легализацию «неформальных» приобретений»⁵. Особое значение сказанное приобретает применительно к земельным отношениям, так как с началом приватизации государственных предприятий стало возникать множество вопросов относительно оформления прав использования занимаемых земельных участков.

Как отмечается в литературе, «институт приобретательной давности, как и любые нормы, защищающие интересы добросовестного приобретателя, служит в первую

очередь для защиты оборота в целом»⁶. Более того, с учетом принципов земельного законодательства, изложенных в ст. 1 ЗК РФ, приобретательная давность служит интересам общества в целом, не ограничиваясь потребностями лишь одного гражданского оборота. Землепользование всегда было и остается одним из основных объектов публичного регулирования.

Несмотря на то что объектом приобретательной давности могут выступать как движимые, так и недвижимые вещи, представляется, что названный институт в большей мере свойственен недвижимости (и в первую очередь приобретению земельных участков), потому как лишь в отношении этой категории вещей возможно обеспечение открытости владения — «существенного условия» приобретательной давности⁷. Режим приобретения движимых вещей в большей мере коррелируется с институтом находки либо бесхозяйного имущества, которые не предполагают значительных временных издержек по сравнению с приобретательной давностью, а также судебного порядка подтверждения права.

В странах англо-американского права помимо тождественного по своей сути приобретательной давности «*adverse possession*» также встречается институт «*acquisitive prescription*» (в законодательстве всех штатов США⁸, к примеру в Гражданском кодексе Луизианы). Различия заключаются в том, что *adverse possession* применим лишь к титулам на землю и расположенным на ней строениям⁹, в то время как *acquisitive prescription*

² Land Registration Act 2002. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/contents>

³ Чубаров В.В. Кодификация российского земельного законодательства (взгляд с позиций частного права). Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008. С. 184.

⁴ Adverse Possession. Report by the British Institute of International and Comparative Law for Her Majesty's Court Service Comparative Law for Her Majesty's Court Service. September 2006. URL: http://www.biicl.org/files/2350_advposs_sep_ftnsv3.pdf

⁵ Рудоквас А.Д. Приобретательная давность и защита добросовестного приобретателя в Концепции развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС. 2009. № 7. С. 96.

⁶ Там же. С. 101.

⁷ Утаивание владения недвижимостью представляется весьма проблематичным, в то время как требовать от фактического владельца обеспечения открытости владения движимой вещью, по сути, означало бы нарушение конституционных прав владельца на неприкосновенность частной жизни (ст. 24 Конституции Российской Федерации).

⁸ Bouckaert, Boudewijn, Depoorter, Ben W.F. Adverse possession — title systems. Center for Advanced Studies in Law and Economics Professor of Law, University of Ghent, Faculty of Law. URL: <http://encyclo.findlaw.com/1200book.pdf>

⁹ Данный вывод следует из пункта 8 (1), части I Приложения I Акта об ограничениях 1980 (Limitation Act 1980, Schedule 1, “Provisions with Respect to Actions to Recover Land”, Part I “Accrual of Rights of Action to Recover Land Right of action not to accrue or continue unless there is adverse possession”, 8 (1)): “No right of action to recover land shall be treated as accruing unless the land is in the possession of some person in whose favour the period of limitation can run (referred to below in this paragraph as “adverse possession”); and where under the preceding provisions of this Schedule any such right of action is treated as accruing on a certain date and no person is in adverse possession on that date, the right of action shall not be treated as accruing unless and until adverse possession is taken of the land”.

распространяет свое действие и на движимые вещи, а также на отдельные виды обязательств, что сближает *acquisitive prescription* с российской приобретательной давностью.

В России с выходом в свет совместного Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 (далее — Постановление № 10/22) можно с уверенностью ожидать дальнейшего развития нормативного регулирования этого института.

Общие положения о приобретательной давности в российском праве. Приобретательная давность традиционно относится к первоначальным способам приобретения прав на имущество. В силу ст. 234 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) «лицо — гражданин или юридическое лицо, не являющееся собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее как своим собственным недвижимым имуществом в течение пятнадцати¹⁰ лет либо иным имуществом в течение пяти лет, приобретает право собственности на это имущество (приобретательная давность)». «Право собственности на недвижимое и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает у лица, приобретшего это имущество в силу приобретательной давности, с момента такой регистрации» (п. 1). До приобретения на имущество права собственности в силу приобретательной давности лицо, владеющее имуществом как своим собственным, имеет право на защиту своего владения против третьих лиц, не являющихся собственниками имущества, а также не имеющих прав на владение им в силу иного предусмотренного законом или договором основания» (п. 2).

Таким образом, из приведенных положений можно вычленил пять (а не три, как нередко утверждается¹¹) обязательных условий приобретательной давности:

- отсутствие права собственности;
- добросовестность;
- открытость;
- непрерывность владения;
- владение имуществом как своим собственным.

Содержание четырех из названных условий раскрыто в п. 15 Постановления № 10/22 следующим образом:

— давностное владение является добросовестным, если лицо, получая владение, не знало и не должно было знать об отсутствии основания возникновения у него права собственности;

— давностное владение признается открытым, если лицо не скрывает факта нахождения имущества в его владении. Принятие обычных мер по обеспечению сохранности имущества не свидетельствует о сокрытии этого имущества;

— давностное владение признается непрерывным, если оно не прекращалось в течение всего срока приобретательной давности.

Владение имуществом как своим собственным означает владение не по договору. По этой причине ст. 234 ГК РФ не подлежит применению в случаях, когда владение имуществом осуществляется на основании договорных обязательств (аренды, хранения, безвозмездного пользования и т.п.).

Применительно к земельным отношениям до государственной регистрации права собственности фактического владельца на земельный участок необходимо проведение его кадастрового учета. С заявлениями о постановке на кадастровый учет объектов недвижимости согласно п. 2 ст. 20 Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» вправе обратиться собственники таких объектов недвижимости или любые иные лица.

Отнесение приобретательной давности к первоначальным способам приобретения прав на имущество подводит нас к вопросу прав третьих лиц, которые могли возникнуть как до начала давностного владения, так и в течение его. Позиция автора на сей счет такова: обременения устанавливаются юридическую связь между лицом и вещью, но никак не между лицами. Поэтому права третьих лиц сохраняют юридическую силу даже при переходе права собственности давностному владельцу. Данный вывод подтверждается систематическим толкованием выводов Верховного и Высшего Ар-

¹⁰ Средний срок приобретательной давности в изученных Британским институтом международного и сравнительного права правовых системах составляет 20–30 лет. URL: http://www.biicl.org/files/2350_advposs_sep_ftns3.pdf

¹¹ Сулейманова Р.А. Возникновение права собственности по приобретательной давности // Бюллетень нотариальной практики. 2011. № 2. С. 12–14.

битражного судов, приведенных в разделе «Споры, связанные с применением правил о приобретательной давности» Постановления № 10/22, где говорится о прекращении давностным владением лишь прав предыдущего собственника. Относительно прав третьих лиц упоминания нет (как представляется, такие права не являются производными от прекратившегося права собственности).

По мнению В.А. Багаева, вопрос сохранения обременений на земельный участок при приобретательной давности ставится в зависимости от вопроса классификации способов приобретения прав на первоначальные и производные¹². Он приводит два возможных варианта разрешения этой ситуации. Во-первых, предлагается сохранение прав третьих лиц, «если эти права обладают свойством следования за вещь»¹³. Во-вторых, возможно сохранение лишь тех прав, относительно которых «давностный владелец знал или должен был знать на момент начала владения»¹⁴.

Английская правовая доктрина¹⁵ признает прекращение титула бывшего лендлорда. С.Ю. Чашкова, как и большинство отечественных ученых, полагает, что приобретательная давность во всех случаях прекращает право предыдущего собственника на земельный участок¹⁶. Однако каких-либо серьезных правовых оснований для подобных выводов, помимо отсылок на

историческую традицию, авторы не приводят.

В юридической литературе¹⁷ широко представлено понимание того факта, что давностным владельцем может быть только лицо, не имеющее никакого титула на занимаемый земельный участок. В частности, говорится, что землевладелец может лишь переоформить пожизненное наследуемое владение на право собственности или заключить договор аренды, но никак не заявить иск о признании права собственности по приобретательной давности, поскольку он уже обладает титулом. Однако подобные выводы напрямую расходятся с положениями п. 1 ст. 234 ГК РФ, где говорится о том, что давностным владельцем может быть лицо, не являющееся собственником имущества¹⁸.

Остановимся подробнее на таком условии приобретательной давности, как добросовестность фактического владельца. И.А. Дроздов отмечает, что «в российской науке не сформировалось единого понимания того, какое значение вкладывается в термин «добросовестность» применительно к давностному владению»¹⁹. В цитируемой статье автор последовательно излагает несколько точек зрения, например А.Д. Рудокваса, Ю.К. Толстого, а также свою собственную, которые объединяет понимание извинительной неизвестности для давностного владельца как отсутствие

¹² Багаев. В.А. Приобретательная давность как первоначальный способ приобретения права собственности // Вестник ВАС. 2010. № 1. С. 81.

¹³ Там же. С. 89.

¹⁴ Там же.

¹⁵ Gray, Kevin J., Gray, Susan Francis. Land law. 7th edition. Oxford University press inc, New York, 2011. P. 480.

¹⁶ Чашкова С.Ю. Приобретательская давность как основание возникновения права собственности на землю. URL: <http://legallib.ru/civillaw/priobretatelskaya-davnost.html>

¹⁷ Земельное право : учебник / О.И. Красов. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма: ИНФРА-М, 2012. С. 165.

¹⁸ Вспоминается пример ничтожной сделки ввиду отчуждения земельного участка неуполномоченным лицом добросовестному приобретателю. При регистрации права собственности покупатель не лишается возможности ссылаться на приобретательную давность (а не на истечение исковой давности) при предъявлении виндикационного иска предыдущим собственником. О соотношении виндикации и добросовестности подробнее в разделе «Публично-правовой аспект проблемы» настоящей публикации. Также автору приходилось сталкиваться с ситуацией, когда земельный участок, находившийся некогда в пожизненном наследуемом владении, после смерти землевладельца перешел по универсальному правопреемству нескольким наследникам, большинство из которых не имели практического интереса в наследуемом имуществе. Наследница, непосредственно использовавшая земельный участок, наследственную массу приняла посредством вступления во владение (без регистрации права пожизненного наследуемого владения на свое имя — п. 2 ст. 1153 ГК РФ). В силу п. 4 ст. 1152 ГК РФ принятое наследство признается принадлежащим наследнику со дня открытия наследства независимо от времени его фактического принятия, а также независимо от момента государственной регистрации права наследника на наследственное имущество, когда такое право подлежит государственной регистрации. Однако наследница ввиду отсутствия у нее правоустанавливающих документов на участок и постройки обратилась не за регистрацией права собственности, а с иском о признании за ней права собственности. Де-юре имея земельный титул, наследница заявила иск о приобретении земельного участка по давности владения. Требования истицы были удовлетворены в полном объеме.

¹⁹ Дроздов И.А. К вопросу о добросовестности давностного владельца // Вестник ВАС. 2009. № 5. С. 7.

у него права собственности. Представляется, однако, что положения пункта первого ст. 234 ГК РФ, где говорится о владении имуществом «как своим собственным», следует толковать расширительно, не ограничиваясь лишь возможностью извинительного заблуждения фактического владельца относительно существования у него права собственности.

Считаем важным обратить внимание читателя на ведущиеся в рамках реформы Гражданского кодекса РФ изменения, касающиеся требования добросовестности давностного владения. Так, в п. 1.2 Концепции развития законодательства о вещном праве²⁰ при оценке эффективности п. 2 ст. 234 ГК РФ отмечается следующее: «Истец по иску, предусмотренному п. 2 ст. 234 ГК РФ, должен доказывать добросовестность владения и другие факты, указанные в ст. 234 ГК РФ, что существенно затрудняет защиту и лишает ее той оперативности, которая нужна для защиты от самоуправства; во-вторых, эта защита невозможна против собственника и законного владельца, что, по существу, лишает ее смысла, а кроме того, означает совершенно непонятное поощрение самоуправства собственника; в-третьих, эта защита не может быть использована ни собственником, ни законным владельцем для собственной защиты от самоуправства, тогда как ценность владельческой защиты всегда состояла именно в том, что она доступна собственнику и иному обладателю права на вещь и имеет преимущества перед титульной защитой как более простая и эффективная. С учетом изложенного следует оценить норму п. 2 ст. 234 ГК РФ как неэффективную. С введением в ГК РФ полноценной владельческой защиты эту норму следует упразднить».

По мнению автора настоящей статьи, дробление категории добросовестности на подвиды (добросовестность для приобретательной давности, для виндикации, публично-правовая добросовестность и т.д.), которое встречается в литературе²¹, ничего, кроме путаницы, не порождает. Добросовестность должна быть одна, и этот

институт должен быть межотраслевой, а не узко гражданско-правовой направленности. В противном случае мы приходим к абсурду: фактический владелец признается добросовестным, несмотря на то что его вина установлена в деле об административном правонарушении по составу ст. 7.1 КоАП РФ «Самовольное занятие земельного участка» или несмотря на то что в деле о виндикации установлена его осведомленность касательно ничтожности сделки, по которой был передан участок, но в иске было отказано ввиду, предположим, истечения сроков исковой давности. Особенно осторожно высказывать подобные допущения следует по причине не устоявшейся судебной практики и развитости законодательства о преюдиции.

Как отмечалось выше, земельный участок как объект частных прав возникает после кадастрового учета, поэтому представляется сомнительным приобретение титула на земли государственного фонда, информация о которых не содержится в государственном кадастре.

Общие положения о приобретательной давности (adverse possession) в английском праве. С момента своей рецепции от римского института Публициана иска и вплоть до настоящего времени предметом института приобретательной давности (adverse possession) в английском праве является приобретение прав на земельные участки и расположенные на них постройки. Последние в рамках отношений adverse possession рассматриваются в качестве принадлежностей к земельному участку и приобретаются совместно с ним. На движимые вещи институт приобретательной давности в английском праве не распространяется²².

Первое статутное упоминание об adverse possession встречается в Акте об ограничениях (Limitation Act) 1623 г. В настоящий момент рассматриваемый институт получил регламентацию в Акте об ограничениях (Limitation Act) 1980 г.²³, Акте о регистрации земель (Land Registration Act)

²⁰ Проект рекомендован Президиумом Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации к опубликованию в целях обсуждения (Протокол № 3 от 18 марта 2009 г.). URL: http://www.privlaw.ru/vs_info4.html

²¹ Дроздов И.А. Указ. соч. С. 5.

²² URL: http://www.ehow.co.uk/info_8733125_adverse-possession-apply-personal-property.html

²³ Limitation Act 1980. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58>

2002 г.²⁴, а также в Правилах регистрации земель (The Land Registration Rules) 2003, 2005 и 2008 гг.²⁵

Adverse possession является частью права ограничений (limitation law) — весьма специфической для российского юриста отрасли права, регламентирующей ограничения прав в различных правоотношениях (земельных, публично-правовых, вещно-правовых, договорных, деликтных и некоторых иных). Институционально право ограничений образовано из двух ветвей — института исковой давности и института приобретательной давности.

Сущность adverse possession чаще всего раскрывается посредством ссылок на кейс JA Pye (Oxford) Ltd. v. Graham [2003] 1 AC 413. В этом деле Палатой лордов было установлено, что основанием для adverse possession может быть лишь такое владение, которое одновременно отвечает двум признакам:

— владение должно быть реальным, что предполагает со стороны давностного (фактического) владельца (*squatter*) действия по физическому контролю над участком; такой контроль осуществляется давностным владельцем, как если бы он был собственником;

— фактический владелец должен иметь намерение владеть участком (*animus possidendi*)²⁶.

Реальность владения (физический контроль над участком) предполагает совершение таких действия, которые выходят за рамки тривиального проникновения, расстановку межевых знаков или ограждений.

Проводя параллели со ст. 234 ГК РФ, можно заметить отсутствие требования добросовестности (*good faith*) давностного владельца (*squatter*).

Дословно adverse possession переводится как «враждебное» или «неблагоприятное» владение. В последние десять лет этот

институт претерпел значительные изменения, вызванные вступлением в действие Акта о регистрации земель (Land Registration Act 2002). В настоящее время приобретение по давности владения земельного участка, информация о котором содержится в государственном реестре (registered land), представляется весьма затруднительным. Напомним, все земли в Англии и Уэльсе разделяются на две категории: зарегистрированные и незарегистрированные. Каждый из режимов предполагает собственный механизм фиксации прав и обременений, в том числе и приобретательной давности. Отличие режима зарегистрированных земель состоит в том, что истечение положенного срока²⁷ владения третьим лицом автоматически не лишает лендлорда земельного титула, как то происходит в отношении незарегистрированных земель. Для приобретения титула на зарегистрированный участок фактическому владельцу необходимо обратиться к регистратору земель с соответствующим заявлением о регистрации титула. Согласно параграфу 2 приложения 6 Акта о регистрации земель регистратор обязан уведомить о заявленных притязаниях всех известных ему обладателей титулов на земельный участок, в отношении которого подано заявление. Если в течение двух месяцев со стороны лендлордов не поступили возражения (которые могут быть немотивированными), регистратор обязан зарегистрировать титул за давностным владельцем. Однако существуют случаи, когда возражения могут быть не приняты регистратором во внимание. Такое возможно, если титульный владелец проявил недобросовестность в отношениях с заявителем или если в отношении титульного владельца можно применить соответствующий эстоппель (*estoppel*)²⁸ — средство процессуальной защиты, которое запрещает оспаривать уста-

²⁴ Land Registration Act 2002. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/contents>

²⁵ The Land Registration Rules. URL: <http://www.legislation.gov.uk/all?title=The%20Land%20Registration%20Rules>

²⁶ Cursley, Joe Davys, Mark Green, Kate. Land Law. Palgrave Macmillan law masters. Palgrave. P. 41.

²⁷ В английском праве срок приобретательной давности для зарегистрированных земель составляет 10 лет, для незарегистрированных — 12 лет, для земель, принадлежащих Короне, — 30 лет, для земель прибрежной полосы — 60 лет.

²⁸ Речь идет о *equitable estoppel* — Land Registration Act, section 110 (4): «If, in the case of a reference under section 73(7) relating to an application under paragraph 1 of Schedule 6, the adjudicator determines that it would be unconscionable because of *an equity by estoppel* for the registered proprietor to seek to dispossess the applicant, but that the circumstances are not such that the applicant ought to be registered as proprietor, the adjudicator — (a) must determine how the equity due to the applicant is to be satisfied, and (b) may for that purpose make any order that the High Court could make in the exercise of its equitable jurisdiction».

новленные юридические факты или ссылаться на определенные обстоятельства. Так, в случае если фактический владелец использовал земельный участок с ведома лендлорда, осуществлял его развитие, планировку, рекультивацию, вносил улучшения, по истечении срока приобретательной давности вне зависимости от возражений лендлорда у фактического владельца появляется земельный титул, равный титулу лендлорда. В качестве примера также можно привести отсутствие договора, которым бы оформлялся переход прав на земельный участок, в случае если между лендлордом и давностным владельцем фактически сложились договорные отношения, за участок была внесена плата и состоялась его передача. Последнее, пожалуй, наиболее часто встречающийся пример использования института *adverse possession*²⁹.

В возражениях лендлорду следует отказывать также в случаях, когда имеются иные основания для регистрации титула. Скажем, в случае, когда участок является предметом наследственной массы и давностный владелец — один из наследников, фактически вступивший во владение.

Основанием для отказа является случай, когда земельный участок давностного владельца граничит с участком, которым он фактически пользовался, при условии, что граница между такими участками явно не обозначена (отсутствует ограждение).

В случае если фактический владелец продолжает пользоваться земельным участком в течение двух лет с момента предъявления возражений лендлордом, он приобретает земельный титул.

Если сравнить отличительные особенности института *adverse possession* с его российским аналогом — институтом приобретательной давности, — можно отметить следующее.

Во-первых, цель *adverse possession* заключается не в переходе земельного титула от законного владельца к фактическому, как это обстоит в российском праве, а в отказе возратить утраченное владение законному владельцу³⁰.

Во-вторых, английское право не предполагает судебного подтверждения давности владения. Как отмечалось ранее, вопрос о наличии в действиях лица признаков владения земельным участком на протяжении установленного срока рассматривается регистратором земель, т.е. в административном порядке. Из дословной формулировки ст. 234 ГК РФ следует, что право собственности возникает с момента истечения соответствующего срока владения, а не с момента государственной регистрации титула. Однако противоположные выводы сделаны в п. 8 Постановления Президиума ВАС РФ от 28 апреля 1997 г. № 13 «Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»³¹ и в п. 21 Постановления № 10/22. Поэтому лицу, которое добросовестно, открыто и непрерывно владело земельным участком на протяжении пятнадцати лет, необходимо также обратиться в суд с иском о признании права собственности на занимаемый участок. Как подчеркивается в абзаце третьем п. 19 Постановления № 10/22, в случаях, когда прежний собственник недвижимого имущества не был и не должен был быть известен давностному владельцу, он вправе обратиться в суд с заявлением об установлении факта добросовестного, открытого и непрерывного владения имуществом как своим собственным в течение срока приобретательной давности.

С.Ю. Чашкова отмечает, что «в русском праве существовал аналогичный порядок, как указывает Д.И. Мейер в курсе лекций «Русское гражданское право». Приобретение права собственности на недвижимость в силу приобретательной давности не возникало само собой. Это право могло быть признано в случае возникновения спора о праве собственности со стороны прежнего хозяина, либо путем обращения в окружной суд по месту нахождения имущества»³².

В-третьих, институт *adverse possession* позволяет приобрести не только абсолютное право *freehold* — аналог континенталь-

²⁹ Cursley, Joe Davys, Mark Green, Kate. Op. cit. P. 40.

³⁰ Ibid. P. 38.

³¹ В этом постановлении, в частности, указывается, что лицо, считающее, что стало собственником имущества в силу приобретательной давности, вправе обратиться в арбитражный суд с иском о признании за ним права собственности.

³² Чашкова С.Ю. Указ. соч.

ного права собственности³³, но и иные титулы, такие как лизгольд (leasehold)³⁴.

В-четвертых, доказывая давность владения, лицо сталкивается с проблемой опровержения презумпции владения лендлорда, т.е. пока не доказано иное, владение лица, за кем титул зарегистрирован в государственном реестре, презюмируется.

Эта особенность является продолжением концепции невозможности утраты титула (indefeasibility concept) — фундаментальной концепции всего английского земельного регулирования. Согласно этой концепции титул привязывается к записи в реестре, а владение лица, указанного в качестве правообладателя, презюмируется. Примечательно, что презумпция владения лица, указанного в реестре прав, все чаще подтверждается и в российской правоприменительной практике при рассмотрении виндикационных исков. В свою очередь, для незарегистрированных участков механизм подтверждения титула зиждется на владении («пока не установлено иное, титул владельца презюмируется»)³⁵.

Отметим, что наличие между лендлордом и давностным владельцем договорных отношений, во исполнение которых передавался земельный участок, само по себе не исключает приобретательной давности, как это фактически происходит в российском праве. Так, срок приобретательной давности начинает течь с момента приостановления платежей за пользование участком или невозврата участка при прекращении арендных отношений³⁶.

В-пятых, возражения касательно фактического владения зарегистрированным участком могут быть заявлены не только лендлордами (обладателями фригольда, лизгольда), но и лицами, в чью пользу установлены обременения участка (ипотека, profits a prendre).

Ранее мы упомянули, что в российском законодательстве установлено предписание использовать участок по целевому назначению, а в отношении некоторых категорий земель также прописана обязанность приступить к использованию участка в определенные сроки. В английском праве такая обязанность отсутствует³⁷. Лендлорды и иные владельцы земельных участков по своему усмотрению решают, использовать участок или нет. В некоторых случаях использованием участка, как это ни покажется странным российскому читателю, будет являться также воздержание от осуществления хозяйственной и (или) иной деятельности для достижения определенных целей (к примеру, приостановление использования участка до момента сбора необходимых образцов для последующего проведения экологической экспертизы и т.д.). Эта своеобразная правовая конструкция носит название «использование в форме целевого неиспользования». При таких обстоятельствах срок приобретательной давности начинает течь с момента, когда такая цель считается достигнутой или когда имеются все основания полагать, что в период неиспользования земельного участка такая цель могла быть осуществлена.

Любое прерывание сроков давностного владения приводит к тому, что сроки начинают течь заново³⁸.

Давностное владение прерывается в случае признания фактическим владельцем земельного титула лендлорда (раздел 29-31 Акта о регистрации земель). Предъявление лендлордом иска о возврате участка не прерывает сроков давностного владения и не служит основанием считать фактического владельца уведомленным о незаконности его владения (Markfield Investments Ltd v. Evans [2001] 1 WLR 1321).

³³ Freehold, или *fee simple absolute*, — наиболее полное с точки зрения возможных правомочий право на земельный участок. Напомним, что вся земля в Соединенном Королевстве формально принадлежит Короне. Физические лица и организации «держат» (hold) землю, что подразумевает ограниченность их титула, а также его производность от титула Короны.

³⁴ В целом лизгольд можно сравнивать с договором аренды земельного участка. Подробнее об институте лизгольд (leasehold) см.: Кутузов В.С. Сравнительный анализ английского института лизгольд (leasehold) с российским договором аренды земельного участка // Труды молодых исследователей по сравнительному праву. 2011. № 2(11). С. 25–30.

³⁵ Woods, Una. The English Law on Adverse Possession: A Tale of Two Systems // Common Law World Review. Vol. 38. № 1. 2009. P. 27.

³⁶ Gray, Kevin J., Gray, Susan Francis. Op. cit. P. 480.

³⁷ Ibid. P. 489.

³⁸ Cursley, Joe Davys, Mark Green, Kate. Op. cit. P. 39.

Институт *adverse possession* был предметом судебной оценки Европейского Суда по правам человека. В 2007 г. ЕСЧП рассмотрел дело (*JA Pye (Oxford) Ltd. v. UK* [2008] 46 EHRR 45), по которому заявитель был лишен земельного участка ввиду его оккупации третьим лицом. Несмотря на то что спорные отношения были между двумя подданными (резидентами Соединенного Королевства), Европейский Суд принял дело к рассмотрению, констатируя, что прекращение титула было санкционировано государством-ответчиком, а стало быть, имеются все основания для его рассмотрения. Большинство голосов было установлено, что положения Акта регистрации земель 1925 г. не противоречат принципам о собственности, закрепленным в Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., поскольку:

- срок давностного владения является совместимым с гарантиями права собственности, установленными Конвенцией (не является неоправданно коротким);

- титульный владелец в обязательном порядке ставится в известность о притязаниях фактического владельца, что позволяет избежать злоупотреблений;

- от титульного владельца требуется ограниченное количество действий для предотвращения лишения титула, которые не являются чрезмерно обременительными.

Как было отмечено выше, в российской правовой доктрине вопрос сохранения обременений права собственности при приобретении земельного участка по давности владения является дискуссионным. В английском праве все обременения, вне зависимости от их регистрации, согласно положениям Акта о земельных обременениях (*Land Charges Act*) 1972 г.³⁹, сохраняют силу⁴⁰, включая обременения, возникшие в течении *adverse possession*.

Adverse possession есть механизм контроля титула, а не его передачи от одного лица другому, поэтому в большинстве развитых правовых порядков, включая Соединенное Королевство, *adverse possession* не предполагает

компенсационных выплат в пользу бывшего лендлорда.

Публично-правовой аспект проблемы. Изложенное выше в большей мере характеризует институт приобретательной давности (*adverse possession*) с позиции частноправовых интересов. Теперь постараемся выяснить, какие проблемы публично-правового характера могут возникнуть в связи с давностным владением.

Приобретательная давность зиждется на владении. «Владение есть нечто отличное от права, — указывает К.И. Скловский, — но оно тем не менее имеет значение для права»⁴¹. Это «надправовая» категория, состояние. И для публичного права важно, в каком качестве осуществляется владение. Использованию земельных участков в наибольшей степени свойственны публично-правовые ограничения. Однако пока нет однозначного ответа на вопрос, насколько такие ограничения способны оказывать влияние на приобретательную давность. И нужно ли рассматривать административные отношения целевого использования земель отдельно от гражданско-правовых отношений приобретения титула? Если дать на этот вопрос положительный ответ, тогда, вполне вероятно, мы можем столкнуться с ситуацией разрешения спора о приобретении участка сельскохозяйственного назначения по давности владения, который в течение срока давности занимался автоцентром или производственным предприятием. По мнению автора, владение участком «как своим», которого требует от нас ст. 234 ГК РФ, является владением с соблюдением всех публично-правовых ограничений. В противном случае давностный владелец будет находиться в более выгодном положении по сравнению с законным собственником, чьи действия по нецелевому использованию участка могут вылиться в лишение титула.

Все возможные случаи заявления требований о признании права собственности на земельный участок для целей настоящего анализа уместно разделить на требование лиц, чье право зарегистрировано

³⁹ *Land Charges Act* 1972. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/61/contents>

⁴⁰ Gray, Kevin J., Gray, Susan Francis. *Op. cit.* P. 482.

⁴¹ Скловский К.И. *Собственность в гражданском праве*. 5-е изд., перераб. М. : Статут, 2010 // СПС «КонсультантПлюс».

в Едином государственном реестре прав (далее — ЕГРП) и чье право не прошло такую регистрацию на момент истечения срока приобретательной давности. Внесение записи о праве собственности в ЕГРП, пожалуй, основное назначение института приобретательной давности, поскольку право собственности определяется лишь записью в реестре⁴². Касательно английского права этот тезис очень хорошо раскрыт в публикациях Уны Вудс (Una Woods)⁴³. Для лица, чье право уже зарегистрировано в реестре, приобретательная давность не имеет какого-либо утилитарного значения. Поэтому в большинстве случаев иски о приобретении права собственности на земельный участок по давности владения или заявления об установлении фактического добросовестного владения земельным участком заявляются несобственниками.

Возможно, однако, предположить такую ситуацию, когда одно лицо требует возврата принадлежащего ему земельного участка по виндикационному иску и одновременно предъявляет иск о признании права собственности, а ответчик в возражениях ссылается на приобретательную давность и просит в заявленных требованиях отказать. Но ссылки на приобретательную давность в отношении земельных участков уместны по истечении пятнадцатилетнего срока владения, в то время как срок исковой давности лица, заявляющего виндикационный иск, составляет три года (ст. 196 ГК РФ). Поэтому подобная ситуация представляется маловероятной. Весьма сложно предположить, что судьба земельного участка будет неизвестна изначально собственнику (правопреемникам собственника) более пятнадцати лет⁴⁴. Более того, в силу пункта четвертого ст. 234 ГК РФ течение срока

приобретательной давности в отношении вещей, находящихся у лица, из владения которого они могли быть истребованы в соответствии со ст. 301 и 305 Кодекса, начинается не ранее истечения срока исковой давности по соответствующим требованиям.

Лица, чье право подлежит регистрации по истечении срока приобретательной давности, могут столкнуться с проблемой доказывания добросовестности владения. Как указывалось выше, давностное владение является добросовестным, если лицо, получая владение, не знало и не должно было знать об отсутствии основания возникновения у него права собственности (п. 15 Постановления № 10/22).

Иными словами, давностный владелец должен обладать *reasonable expectation of title* (разумными основаниями полагать о существовании своего титула и оснований для его возникновения). Однако положения абзаца первого п. 2 ст. 223 ГК РФ, где говорится, что в случаях, когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом, в совокупности с положениями пункта первого ст. 2 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» однозначно исключают обоснованность таких предположений. Реестр прав является открытым, а его информация — доступной каждому. Основанием для регистрации является установленная законом совокупность юридических фактов. Поэтому лицо — фактический владелец, чей земельный титул не прошел регистрацию, не может рассматриваться в качестве добросовестного⁴⁵. Отмечается также презумпция

⁴² В силу п. 1 ст. 2 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права, а зарегистрированное право может быть оспорено только в судебном порядке. На этот счет имеются и иные точки зрения, в частности позиция Н.Б. Щербакова, изложенная на вебинаре образовательного центра «М-Логос» 21 июня 2011 г. по теме «Актуальные вопросы заключения, исполнения и расторжения договора строительного подряда» (запись вебинара доступна по URL: <http://my.comdi.com/record/19514/>). По мнению Н.Б. Щербакова, следует различать существование права на недвижимость для третьих лиц (для общества в целях открытости титула) и для участников сделки. Последние возникают в момент заключения договора, а не в момент внесения записи в ЕГРП.

⁴³ Woods, Una. The English Law on Adverse Possession: A Tale of Two Systems // *Common Law World Review*. Vol. 38. № 1. 2009.

⁴⁴ Срок исковой давности исчисляется со дня, когда собственник узнал или должен был узнать о нарушении своего права (ст. 200 ГК РФ).

⁴⁵ Формально из определения добросовестности, представленного в п. 15 Постановления № 10/22, следует, что недобросовестным давностным владельцем будет также добросовестный приобретатель по гражданской сделке, чей титул не прошел регистрацию по причине неподачи документов.

действительности любой сделки, которая служит основанием для регистрации титула. В результате мы приходим к некоему логическому тупику: без государственной регистрации лицо не является добросовестным, а наличие государственной регистрации ведет к утрате владельцем интереса в приобретательной давности (ведь право уже существует), а также права на иск о признании за таким лицом права собственности, поскольку невозможно признать право, которое на момент предъявления иска и так никем не оспаривалось. Повторимся, использовать приобретательную давность в качестве «подушки безопасности» от последующих притязаний в подавляющем большинстве случаев невозможно по причине существенного превышения сроков приобретательной давности над сроками исковой давности, а также начала течения приобретательной давности лишь после истечения сроков на виндикацию.

Принципиальное отличие английского варианта приобретательной давности состоит в отсутствии статутного требования к добросовестности (*good faith*) владения. Само наименование давностного владельца дословно переводится как «захватчик» (*squatter*). От давностного владельца требуется лишь отсутствие насильственных или мошеннических действий при завладении участком.

Так, в работе Кэвина и Сюзан Фрэнсис Грэй (Kevin & Susan Francis Gray) приводится следующее разъяснение: «В английском праве не содержится требования к истцу по делу о приобретательной давности касательно его убежденности в том, что истец занимает именно свой участок. Доктрина длительности владения применяется также в случае, если истец ведет себя оппортунистически или очевидно преднамеренное вторжение»⁴⁶.

Российское публичное право не признает законными (а значит, и добросовестными) действия лиц по занятию бесхозных земель (оккупацию). Земля может быть предоставлена лишь по основаниям, предусмотренным главой V Земельного кодекса РФ.

В английском праве ввиду исторических причин, и прежде всего колониальной

политики, право на оккупацию неиспользуемых земель де-факто присутствует, хотя и не имеет статутного закрепления.

Представляется, что требование добросовестности давностного владения в понимании, изложенном в п. 15 Постановления № 10/22, ставит возможность реализации этого института под большое сомнение и в этой связи подлежит исключению как из содержания ст. 234 ГК РФ, так и из актов судебной практики.

Добросовестность фактического владельца как цивилистическая категория имеет место лишь при наличии административного права на занятие бесхозных земель.

Запрет на оккупацию неиспользуемых земель в российском праве существует в виде наличия в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) состава административного правонарушения, предусмотренного ст. 7.1 «Самовольное занятие земельного участка». В названной норме устанавливается, что самовольное занятие земельного участка или использование земельного участка без оформленных в установленном порядке правоустанавливающих документов на землю, а в случае необходимости — без документов, разрешающих осуществление хозяйственной деятельности, — влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от пятисот до одной тысячи рублей; на должностных лиц — от одной тысячи до двух тысяч рублей; на юридических лиц — от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей.

В английском праве самовольное занятие земельного участка при некоторых обстоятельствах может квалифицироваться как правонарушение, именуемое *trespass* (вторжение). Под *trespass* понимается акт несанкционированного и неоправданного проникновения на участок, находящийся в чужом владении⁴⁷. Для судебной или административной защиты от вторжения государственная регистрация титула не является обязательной. В литературе указывается, что *trespass* — правонарушение против владения, а не против титула⁴⁸. В зависимости от тяжести последствий *trespass* влечет за собой либо гражданскую,

⁴⁶ Gray, Kevin J., Gray, Susan Francis. Land law. 7th edition. Oxford University press inc, New York, 2011. P. 429.

⁴⁷ Gray, Kevin J., Gray, Susan Francis. Op. cit. P. 527.

⁴⁸ Ibid. P. 529.

либо уголовную ответственность⁴⁹. В рамках рассмотрения института приобретательской давности следует особо отметить, что заблуждение в титуле, пусть даже и добросовестное, не лишает деяние противоправного характера (*Conway v. George Wimpey & Co Ltd 1951*). Проникновение на земельный участок ввиду крайней необходимости (оправданное проникновение) возможно лишь в случае отсутствия в зоне досягаемости специализированных служб. Однако само занятие земельного участка без наличия состава уголовного преступления, который прежде всего образуется из причинения вреда частной жизни титульного владельца или его личности, автоматически не становится публичным правонарушением⁵⁰, поэтому нет оснований говорить о тождественности российского института самовольного занятия участка и английского *trespass*.

Определения самовольного занятия земельного участка в российских нормативных актах не встречается. Весьма широко и бессодержательно самовольность раскрывается в Постановлении Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях». В нем указывается, что «при рассмотрении дел об оспаривании постановлений административных органов о привлечении к административной ответственности за названные правонарушения судам следует учитывать, что под самовольным занятием земель понимается пользование чужим земельным участком при отсутствии воли собственника этого участка (иного управомоченного им лица), выраженной в установленном порядке».

Уместно возникает следующий вопрос: что понимать под отсутствием воли собственника? Только ли случаи заключения

сделки под влиянием заблуждения, обмана, угрозы, насилия, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или вследствие стечения тяжелых обстоятельств, сделки гражданина, не способного понимать значения своих действий или руководить ими, а также сделки лица, превысившего свои полномочия? Присутствует ли воля собственника в сделке, заключенной с пороком по какому-либо иному основанию и впоследствии признанной недействительной? Возможно ли при таком развитии событий привлечение добросовестного покупателя к административной ответственности по составу ст. 7.1 КоАП РФ?

Правонарушение, предусмотренное названной нормой, является длящимся. Понятие длящегося административного правонарушения сформулировано Пленумом Верховного Суда РФ в п. 14 Постановления от 24 февраля 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» следующим образом: «длящимся является такое административное правонарушение (действие или бездействие), которое выражается в длительном непрекращающемся невыполнении или ненадлежащем выполнении обязанностей, возложенных на нарушителя законом». При длящемся административном правонарушении сроки, предусмотренные ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ, начинают исчисляться со дня обнаружения административного правонарушения (ч. 2 ст. 4.5 КоАП РФ). КоАП РФ не установлены сроки для обнаружения правонарушения с момента его совершения. Поэтому даже по истечении приобретательской давности фактический владелец может быть привлечен к административной ответственности за «самовольное занятие земельного участка». В свою очередь, привлечение к адми-

⁴⁹ Формально в английском праве не принято выделять группу административных правонарушений, хотя, несомненно, многочисленными актами признается право исполнительных органов накладывать взыскание (штраф, *finer*) за невыполнение или ненадлежащее выполнение публичных обязанностей (административная ответственность). Такие последствия не относятся к уголовной ответственности и именуются «charges». Вот пример из Акта регистрации земель 2002 г. (ст. 123 «О наложении административного штрафа»): “*Suppression of information: (1) A person commits an offence if in the course of proceedings relating to registration under this Act he suppresses information with the intention of — (a) concealing a person’s right or claim, or (b) substantiating a false claim. (2) A person guilty of an offence under this section is liable—(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding two years or to a fine*”.

⁵⁰ Тенденция декриминализации *trespass* (вторжения в чужой участок), если отсутствует вред здоровью и частной жизни потерпевшего, свойственна в настоящее время всему англо-американскому праву. См.: Depoorter, Ben. *Fair trespass* // *Columbia Law Review*. Vol. 111. № 5. P. 1092.

нистративной ответственности по ст. 7.1 исключает добросовестность фактического владельца. Во избежание злоупотребления правом представляется целесообразным конструировать сроки привлечения к административной ответственности по модели ст. 78 Уголовного кодекса Российской Федерации, т.е. отсчитывать давность от момента окончания совершения деяния.

В судебной практике остается не решенным вопрос компенсаций предыдущему собственнику земельного участка суммы земельного налога, уплаченной за период фактического владения. Английское право, в котором *adverse possession* рассматривается в качестве законного способа контроля за землевладением, не предусматривает никаких компенсационных выплат⁵¹. Что касается России, то ответ на вопрос о компенсации сумм земельного налога будет зависеть от двух вопросов: 1) правомерность фактического владения и 2) включение суммы земельного налога в понятие убытков.

Согласно пункту второму ст. 76 ЗК РФ самовольно занятые земельные участки возвращаются их собственникам, землепользователям, землевладельцам, арендаторам земельных участков без возмещения затрат, произведенных лицами, виновными в нарушении земельного законодательства, за время незаконного пользования этими земельными участками.

В литературе уже высказывались некоторые предложения касательно смещения налогового бремени на фактического владельца. Так, по мнению К.И. Скловского, «импульсом могли бы стать изменения правил о налогообложении. Например, возложение на незаконного владельца налоговых обременений, связанных с имуществом, могло бы заставить и невладельца собственника принять меры к регистрации владения, и владельца обдумать вопрос

о целесообразности продолжения владения»⁵².

Признание правомерности фактического владения, по глубокому убеждению автора, должно повлечь ретроспективное налогообложение в виде обязанности уплатить в местный бюджет сумму земельного налога за период фактического землепользования. В противном случае у такого приобретателя появляется необоснованное налоговое преимущество по отношению к иным плательщикам земельного налога (в первую очередь по объему правомочий уместно сопоставление давностного владельца и обладателя права постоянного (бессрочно) пользования или права пожизненного наследуемого владения).

Что касается вопроса включения обязательных платежей (налогов и сборов) в понятие гражданских убытков, то российская правоприменительная практика⁵³, к сожалению, придерживается формалистского подхода недопустимости смешения режимов компенсации этих видов финансовых расходов.

Заключительные замечания. Анализ вышеизложенного материала позволяет сформулировать вывод о том, что в современной редакции ст. 234 ГК РФ приобретательная давность нереализуема. Осведомленность давностного владельца об отсутствии оснований незаконности его владения («добросовестность») не согласуется с принципом открытости реестра прав и презумпцией достоверности содержащейся в нем информации.

На современном этапе своего развития российскому правопорядку ввиду большого количества земельных споров крайне важно иметь механизм, обеспечивающий стабильность посессорных отношений, каким и представляется институт приобретательной давности.

⁵¹ Gray, Kevin J., Gray, Susan Francis. Op. cit. P. 429.

⁵² Скловский К.И. Указ. соч.

⁵³ Так, в Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 13 января 2011 г. по делу № А75-3084/2010 суд сделал следующие выводы: «Уплата налогов, согласно действующему законодательству, — это обязанность налогоплательщика, вследствие чего уплаченные суммы налогов не могут являться убытками». Тождественные выводы встречаются в Постановлении ФАС Центрального округа от 27 октября 2011 г. по делу № А14-10882/2007/229/1, где указывается, что, «поскольку налоги и страховые взносы не могут относиться к убыткам, суд апелляционной инстанции пришел к правильному выводу об отсутствии правовых оснований для удовлетворения требований истца в указанной части». См. также: Постановление ФАС Поволжского округа от 28 февраля 2011 г. по делу № А12-9630/2010, Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 февраля 2011 г. № 15АП-13234/2010 по делу № А32-10233/2010, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 18 января 2012 г. № Ф03-5915/2011 по делу № А73-2532/2011.

Главным различием между английским и российским подходами в области регулирования приобретательной давности является отношение к оккупации бесхозных земель. Публичное право Соединенного Королевства не рассматривает оккупацию в качестве правонарушения, если не имеется признаков преступления или возражений правообладателей. Общественные интересы заключаются в рациональном использовании земли, а не в отстранении от такового использования лиц, не имеющих формального подтверждения своего титула. Все нестыковки российского законодательства обусловлены признанием незаконным занятия неиспользуемой земли.

В свою очередь, тенденции изменения английского законодательства об *adverse possession* свидетельствуют о желании

Парламента Соединенного Королевства ограничить возможность его применения случаями проявления особо халатного отношения лендлордов по отношению к своим участкам. Наблюдается резкий диссонанс между режимами приобретательной давности для зарегистрированных и незарегистрированных титулов. В литературе проскальзывает мнение, что в современном виде *adverse possession* может быть полезным лишь в качестве средства для уменьшения количества незарегистрированных земель⁵⁴.

На смену гражданскому владению как основе земельного титула приходит административная регистрация титула, его формализация по сравнению с наблюдаемыми прежде посессорными отношениями, основанными на факте, а не на документе.

⁵⁴ Woods, Una. *Op. cit.*

Лицензионные договоры о передаче прав на изобретения как инструмент инновационного бизнеса*

Демина Т.А.**

Вводные замечания. В 2008 г. Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года¹ был определен курс на поддержку инновационного бизнеса, чьим «локомотивом» всегда была интеллектуальная собственность. Давно замечено, что результаты интеллектуальной деятельности в нашей стране, не находя должного признания и необходимых инвестиций, нередко скупаются иностранными искателями инноваций за невысокую плату. Одна из причин слабости инновационного бизнеса в России — недостаточно развитая связь между рынком и изобретениями, которая затрудняет коммерциализацию последних. Ведь инновация — это в первую очередь изобретение, востребованное рынком.

В данной статье автор акцентирует внимание на одном из способов коммерциализации изобретений — лицензионном договоре. В работе изложена позиция, согласно которой данный вид соглашений является одним из наиболее эффективных и часто применяемых инструментов внедрения результатов интеллектуальной деятельности в бизнес, инструментом «превращения» изобретения в товар.

Почему же именно лицензионные договоры столь эффективны в качестве инструмента инновационного бизнеса? Причина, по которой создателями изобретений заключаются договоры на передачу прав на результаты своей интеллектуальной деятельности,

очевидна: часто они не в состоянии использовать полученные на изобретения патенты, поскольку не обладают необходимыми для коммерциализации средствами и производственными мощностями. Приобретатель прав на изобретение, в свою очередь, тоже заинтересован в такой сделке: как правило, на заключение таких договоров его толкает отсутствие необходимых научных разработок, которые могли бы быть коммерциализованы при имеющихся средствах. Лицензионные договоры заключаются также в случае, когда изобретение, созданное в фирме, не соответствует профилю ее деятельности. Кроме того, лицензионные договоры позволяют разделить риски, связанные с освоением нового продукта. Еще одно преимущество нематериальных активов — льготы по НДС, которые согласно п. 26 ст. 149 НК РФ² предоставляются при отчуждении или распоряжении интеллектуальной собственностью на условиях лицензионных договоров. Таким образом, заключение лицензионных договоров — это один из способов получать прибыль, не теряя прав на результат интеллектуальной деятельности и, при желании, не принимая участия в бизнесе.

Способы коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности. Внедрение результатов интеллектуальной деятельности можно осуществить несколькими способами.

* Настоящая статья подготовлена в рамках гранта факультета права НИУ ВШЭ на тему: «Правовые вопросы обеспечения инновационного бизнеса: сравнительно-правовые аспекты».

** Демина Таисия Алексеевна, выпускница 2011 г. факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва); магистрант 1-го года обучения по программе «Менеджмент в СМИ» факультета медиакоммуникаций Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Научный руководитель: Чеховская Светлана Алексеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ См.: Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р (ред. от 08.08.2009 г.) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» (вместе с «Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года») // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 19 июля 2000 г. № 117-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

Существуют так называемые договорные пути. Владельцы патента могут заключить лицензионный договор о передаче прав на изобретение, договор об отчуждении права на изобретение, лицензионный договор о передаче прав на единую технологию (в составе которой будет указанное изобретение) либо договор об отчуждении прав на единую технологию. Таким образом, обладатели патента при выборе указанных путей коммерциализации изобретений не принимают непосредственного участия в бизнес-процессах.

Есть и иной путь: создание инновационного бизнеса и внесение исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности или прав на ее использование в уставный капитал хозяйствующего общества. При выборе последнего пути коммерциализации изобретений и других результатов интеллектуальной деятельности заключение лицензионного договора также будет являться обязательным этапом. Следует упомянуть, что специально для правообладателей, обладающих небольшими ресурсами и желающих развивать свой собственный инновационный бизнес, разработаны стандарты серии «Интеллектуальная собственность и инновации», которые публикуются на сайте www.finas.su.

Выдача лицензий как договорный путь коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности. Патентные законы практически всех стран мира предусматривают обязательный порядок заключения лицензионных договоров при предоставлении патентообладателями принадлежащих им исключительных прав на изобретения заинтересованным лицам и вводят санкции за иное использование охраняемых патентами изобретений без согласия патентообладателей.

Многие формы иностранных инвестиций в развивающиеся страны широко вовлекают договоры о передаче прав на защищенные патентами результаты интеллектуальной деятельности. Среди стран, называемых в Европе наиболее проблемными для инвестирования ввиду широкого нарушения прав на интеллектуальную собствен-

ность, — Россия, Китай, Таиланд, Бразилия. В то же время Китай и среди наиболее инвестируемых развивающихся стран. Комбинация более открытого подхода инновационных стратегий фирм Евросоюза и нового смягченного законодательства об интеллектуальной собственности Китая дают новые возможности для инвестиций. К примеру, в Китае Патентный закон от 1 октября 2009 г. установил, что лицензионный контракт, по которому передаются права на охраняемый патентом результат интеллектуальной деятельности, не обязательно должен быть заключен в письменной форме. Кроме того, теперь в Китае совладельцы одного патента или патентной заявки могут отдельно друг от друга передавать права по лицензии, даже если между ними не было достигнуто соглашение об этом, но при условии, что плата за лицензию будет разделена между всеми владельцами патента³.

До 1 января 2008 г. лицензионный договор в российском гражданском праве, как и в праве зарубежном, относился к категории непоименованных договоров. После вступления в силу части четвертой ГК РФ⁴ он стал одной из двух форм распоряжения исключительными имущественными правами на результаты интеллектуальной деятельности. Лицензионный договор предусматривает использование многих правовых условий других видов коммерческих сделок, включая договоры купли-продажи, аренды, договора об оказании услуг, займа, товарищества, коммерческой концессии, которые находят отражение в структуре и содержании лицензионных соглашений. В соответствии с российским законодательством по лицензионному договору одна сторона — патентообладатель (лицензиар) — предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) удостоверенное патентом право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца в установленных договором пределах.

Регистрация лицензионных договоров в России и за рубежом

Существуют общие черты в процедурах регистрации лицензионных догово-

³ Boyd, D. Eric, Spekman, Robert E. The Licensing of Market Development Rights within Technology Alliances: A Shareholder Value Perspective // Journal of Product Innovation Management. Vol. 27. № 4. July 2010. P. 593–605.

⁴ См.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ (ред. от 12.04.2010 г.) «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

ров в разных странах. К странам, где не обязательна регистрация лицензионных договоров, относятся США — лидер мировой лицензионной торговли и Германия. К странам с обязательной процедурой регистрации лицензионных договоров относятся Бельгия, Италия, Португалия, Канада. В Австрии, Великобритании, Греции, Испании, Франции, Швейцарии, Дании, Норвегии, Швеции и Финляндии закреплён декларативный порядок регистрации.

В России лицензионный договор о передаче прав на изобретение должен быть заключен в письменной форме и подлежит регистрации в Роспатенте. Также регистрации подлежат все изменения, вносимые в этот договор, даже те, которые не изменяют его существенных условий. Сложная и продолжительная процедура регистрации договоров о передаче прав на изобретение вызывает неудобства у сторон, при этом необходимость ее наличия подвергается сомнению. Почти во всех развивающихся странах действует порядок регистрации договоров на покупку и продажу лицензий и соглашений об уступке патента. Однако эта регистрация более важна для внутренней торговли, так как объем продаж за рубеж в этих странах незначителен. К таким странам относятся, к примеру, Алжир, Мексика, Нигерия, КНР, Ирак, Индия, Бразилия, Малайзия.

Такая разница в регулировании обусловлена тем, что развивающиеся страны большее внимание уделяют контролю за актуальностью приобретаемых результатов интеллектуальной деятельности для экономики страны, расходованием валютных средств, а также проблемам занятости и защите местных монополий⁵. Таким образом, риск признания договора или его части недействительным в промышленно развитых странах более высок, нежели в развивающихся.

Содержание лицензионных договоров в России и за рубежом

В России отношения сторон в лицензионном соглашении в большой степени урегулированы условиями договора, поскольку нормы права в данном случае достаточно диспозитивны. В связи с этим большую

важность имеет закрепление в лицензионном договоре условий, которые удовлетворяли бы обе стороны и не позволили им злоупотреблять правами. Как правило, объем обязанностей сторон зависит от степени разработанности новации. Когда техническое решение продается в недоработанном виде, на стадии идеи, пилотного проекта и т.п. (как это часто и бывает при коммерциализации изобретений), доработку решения до производственной реализации принимает на себя его покупатель, а связанные с этим расходы учитываются в цене лицензии. При этом право использования реализуется в пределах тех правомочий и теми способами, которые прямо предусмотрены договором. Если какое-либо право не записано в тексте договора, то оно не считается предоставленным лицензиату.

Помимо существенных условий, наличие которых в лицензионных договорах обязательно в соответствии с законодательством, стороны могут закрепить великое множество дополнительных условий, гарантий. Лицензиар может гарантировать техническую осуществимость процесса, производство лицензиатом продукции по лицензии с технико-экономическими характеристиками, оговоренными в договоре, при условии соблюдения лицензиатом технических требований, инструкций и другой технической документации лицензиара и т.п. В договоре также может быть прописано условие, в соответствии с которым основанием для досрочного расторжения договора может служить непредоставление лицензиару в должный срок сведений о выпуске продукции с использованием изобретения, на которое перешли права. Что касается дальнейшего сотрудничества, стороны могут определить свои взаимоотношения при создании новых технических решений, относящихся к продукции по лицензионному договору. Они могут информировать друг друга обо всех создаваемых ими усовершенствованиях и новых разработках, а также предлагать их в первую очередь своему контрагенту. При этом необходимо учитывать положения п. 4 ст. 1233 ГК РФ, в котором содержатся императивные нормы, устанавливающие недействительность некоторых условий договоров об отчуждении

⁵ Мухопад В.И. Коммерциализация интеллектуальной собственности : монография. Инфра-М, Магистр. М., 2010. 512 с.

исключительных прав и лицензионных договоров. Они касаются еще не созданных, будущих результатов интеллектуальной деятельности, стороной в них должен быть гражданин — автор будущих результатов интеллектуальной деятельности. В такой договор не может быть включено условие, ограничивающее право гражданина создавать результаты интеллектуальной деятельности определенного рода или в определенной области интеллектуальной деятельности в будущем.

Стороны вступают в партнерские отношения с детальной и подробной проработкой условий заключения лицензионных договоров, для того чтобы в дальнейшем лучше отслеживать их исполнение. Как правило, степень индивидуальной проработки условий договоров зависит от уровня охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности в каждой отдельно взятой стране. Устойчивая патентная система позволяет компаниям в США, даже если они работают на одном рынке, с применением одинаковых технологий и с менее успешными во внедрении инноваций партнерами, полагаться на стандартные лицензионные договоры, не создавая специальных комплексных соглашений, детализирующих каждое условие. Однако даже в США, если одна из сотрудничающих компаний маленькая, а другая — большая, меньшая компания предпочтет более детальное и индивидуализированное соглашение, поскольку в случае нарушения прав судебные тяжбы с крупными компаниями могут отнять много времени и средств⁶.

Виды лицензионных договоров

В России, как и в большинстве других стран, лицензионный договор в соответствии с п. 1 ст. 1236 ГК РФ может предусматривать предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая [неисключительная] лицензия) либо предоставление лицензиату этого права без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия). Главным отличием лицензиата,

получившего исключительную лицензию, от лицензиата, получившего неисключительную лицензию, является возможность предъявления лицензиатом к нарушителю исключительного права на объект лицензии, иска о запрещении использования этого объекта и применения к нарушителю других мер защиты гражданских прав.

Как правило, стороны в разделе «предмет договора» четко формулируют положение о том, какого вида лицензия является предметом договора. В одном и том же договоре в отношении различных способов использования объекта интеллектуальной собственности стороны могут применить как неисключительную, так и исключительную лицензию. В п. 2 ст. 1236 ГК РФ содержится презумпция о том, что лицензия предполагается простой (неисключительной), если вид лицензионного договора не указан либо указан неясно. Исключительной же лицензия является в том случае, если это прямо указано в соглашении. Однако лицензия может быть признана исключительной, если этот вывод вытекает из совокупности условий договора. Права лицензиата при неисключительной лицензии не подлежат исковой защите как монополия, но могут защищаться другими способами. К примеру, деликтным иском, как и любое субъективное имущественное право. Неисключительная лицензия, как правило, стоит намного дешевле, чем исключительная, поскольку никак не связывает лицензиара и не создает лицензиату сильной конкурентной позиции в сфере, к которой относится объект промышленной собственности. При продаже неисключительной лицензии владелец изобретения может заключать лицензионные договоры на одной и той же территории с несколькими лицензиатами. Однако при этом он уменьшает ценность своего изобретения по сравнению с его монопольным использованием на рынке, поскольку создает себе конкуренцию со стороны покупателей лицензии.

Существуют и иные виды лицензионных соглашений. К примеру, договор на передачу полной лицензии как разновидность лицензии исключительной. В соответствии с таким соглашением лицензиат получает

⁶ Hagedoorn, John, Lorenz-Orlean, Stefanie and van Kranenburg, Hans. Inter-firm technology transfer: partnership-embedded licensing or standard licensing agreements? // *Industrial and Corporate Change*. Vol. 18. № 3. June 2009. P. 529–550.

на определенный срок право монопольного использования охраняемого объекта. Этот договор практически ничем не отличается от уступки патента, кроме наличия обусловленного договором срока, по истечении которого все права на объект вновь возвращаются патентообладателю. Если третьи лица будут предъявлять претензии к лицензиату по поводу связанного с использованием лицензии нарушения их патентных прав, стороны могут предусмотреть, что лицензиат известит об этом лицензиара, совместно с ним урегулирует эти претензии и обеспечит судебную защиту. Если же лица, не будучи в договорных отношениях, не могут осуществлять предпринимательскую деятельность, не нарушая патентные права друг друга, они могут прибегнуть к перекрестной лицензии (кросс-лицензии) — еще одному виду лицензионного договора, суть которого заключается во взаимном предоставлении патентных прав.

Условие о территории в лицензионных договорах

Территория в лицензионном договоре может быть оговорена по-разному в зависимости от объема прав, предоставляемых лицензиару. Это могут быть «территория исключительного права» и «территория неисключительного права». Причем, как показывает практика, эти два условия могут быть оговорены в одном договоре. В международных лицензионных договорах стороны в случае необходимости также указывают «зону экспорта» — перечень стран, на территорию которых лицензиат вправе экспортировать продукцию по лицензии. Стороны, в том числе, могут указать, что их договор действует лишь на части территории страны. При этом из такого положения будет следовать то, что на остальной части территории России использование охраняемого объекта запрещено.

Формы оплаты по лицензионным договорам

Стороны договора могут выбрать наиболее оптимальный вариант платы за выдачу лицензии. В п. 4 ст. 1286 Гражданского кодекса РФ⁷ указано, что лицензионные платежи могут осуществляться в форме

фиксированных разовых или периодических платежей, процентных отчислений от дохода (выручки) либо в иной форме. Первый вид платежей также называют паушальными, а второй — роялти. Кроме того, стороны могут закрепить в своем договоре и комбинированные платежи, когда совмещаются обе вышеуказанные формы.

Процентные отчисления от дохода (выручки) могут осуществляться только после начала выпуска продукции, основанной на переданном изобретении. Как правило, эти выплаты производятся периодически в соответствии с лицензионным договором (чаще всего — раз в год или полугодие). В договоре в таком случае указывается процент отчислений от цены произведенной продукции, которые будут передаваться лицензиару. Платежи на основе роялти осуществляются в течение всего срока действия лицензионного договора и находятся в сильной зависимости от ситуации на рынке производимой с использованием данной интеллектуальной собственности продукции. Получается, что изменение цены, объема продаж товара либо услуги автоматически влекут изменение платежей, производимых в пользу лицензиара. В случае, когда стороны лицензионного договора согласовали размер вознаграждения в форме процентных отчислений от дохода (выручки), а соответствующее использование результата не осуществлялось, сумма вознаграждения определяется исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за его правомерное использование. При передаче прав на изобретение в рамках инновационной деятельности часто случается так, что интеллектуальная собственность, права на которую передаются по договору, еще не готова к промышленному или коммерческому использованию. В таких случаях доля лицензиара в прибыли гораздо меньше, чем в случаях, когда передается уже освоенное изобретение. Таким образом, определение формы, в которой будет оплачен переход прав изобретателя, имеет важное значение для обеих сторон.

Паушальные платежи удобны для лицензиара в том случае, если он желает получить компенсацию за результат своей

⁷ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 08.12.2011 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

интеллектуальной деятельности в достаточно небольшие сроки — в виде единовременного платежа либо рассрочки. Выбрав паушальные платежи, лицензиар получает всю выплату в достаточно краткие сроки, но при увеличении в будущем цены и/или объема продаж на продукцию он оказывается в проигрыше, поскольку в такой ситуации, при договоренности о роялти, сумма была бы заметно больше. Если же рынок изменяется так, что цены и/или объем продаж указанной продукции падает, уже лицензиат при паушальных платежах теряет прибыль или даже терпит убытки. Такая ситуация заставляет контрагентов по договору производить как можно более тщательное исследование рынка, прежде чем заключать соглашение.

Компенсировать риски обеих сторон поможет договоренность о комбинированных платежах, когда часть выплат осуществляется в форме паушальных платежей, а остальное выплачивается на основе роялти. В таком случае сложность заключается в том, чтобы определить доли каждого вида платежей так, чтобы обе стороны соглашения были удовлетворены. Также на случай неудачи при коммерциализации объекта лицензии в договоре стороны могут предусмотреть минимальные гарантированные платежи в зафиксированном размере независимо от состояния производства и сбыта продукции. Таким образом, лицензиар несет меньше рисков.

Как правило, именно лицензиар, в зависимости от своего положения на рынке, положения контрагента, выбирает наиболее удобную для себя стратегию. Множество зарубежных экономических трудов посвящены проблеме выбора оптимального условия оплаты лицензии в зависимости от положений контрагентов на рынках, степени и области их конкуренции, структуры рынка и многих других факторов⁸. Существуют, к примеру, особенности для изобретателя, желающего продать свой результат интеллектуальной деятельности на рынке олигополистов⁹. Можно найти мнение и о том,

что в том случае, когда «моральный вред», наносимый лицензиару от предоставления лицензии (явление, свойственное для развитого права западных стран с высоким уровнем защиты от морального вреда), повышается по сравнению с обычными условиями, единственный путь, для того чтобы избежать этой проблемы, — установление в лицензионном договоре роялти в качестве оплаты. С другой стороны, уменьшить моральный вред в том случае, когда контрагент может повести себя оппортунистически, помогут и твердые платежи, поскольку они ослабляют необходимость отслеживать уровень производства контрагента по переданной лицензии (что необходимо делать при установлении роялти) и легче поддаются проверке. Кроме того, твердые платежи дают лицензиару некую степень уверенности в доходе от инвестиции, вне зависимости от морального вреда, который может быть ему нанесен. В условиях же, когда моральный вред может быть нанесен обеим сторонам договора, они могут предусмотреть смешанные платежи¹⁰.

В России в отличие от зарубежных стран функционирует недостаточно стройная система выплат: невозможно порой предсказать экономический эффект от коммерциализации, отсутствуют некоторые среднестатистические данные. Этот недостаток особенно виден при расчете цены на базе роялти. В мировой практике при определении роялти принято пользоваться «стандартными роялти», которые усреднены для соответствующей отрасли промышленности.

В США в случае, когда лицензиар — это независимая научно-исследовательская организация (далее — НИО), которая не является конкурентом лицензиата на рынке продукта, производимого по передаваемой технологии, НИО называется внешним лицензиаром. В случае, когда лицензиар и лицензиат конкурируют на рынке производимого по передаваемой технологии продукта, владелец патента — внутренний лицензиар. Классический пример заклю-

⁸ Подробнее см.: Poddar, Sougata, Sinha, Uday Bhanu. On Patent Licensing in Spatial Competition // *The Economic Record*. Vol. 80. №. 249. June, 2004. P. 208–218 ; Poddar, Sougata, Sinha, Uday Bhanu. Patent Licensing from a High-Cost Firm to a Low-Cost Firm // *The Economic Record*. Vol. 86. №. 274. September, 2010. P. 384–395.

⁹ Erutkua, Can, Richelle, Yves. Licensing a technological headstart // *Economics of Innovation and New Technology*. Vol. 18. №. 3. April 2009. P. 225–242. URL: <http://www.economics.ca/2005/papers/0034.pdf>

¹⁰ Cebrián, Mar. The structure of payments as a way to alleviate contractual hazards in international technology licensing // *Industrial and Corporate Change*. 2009. Vol. 18. № 6. P. 1135–1160.

чения лицензионных соглашений с внутренним лицензиаром — ситуация, когда стороны имеют примерно схожую позицию на рынке, стоимость издержек, либо когда владелец патента более эффективен, чем лицензиат. Если же конкурирующий владелец патента менее эффективен на рынке, чем лицензиат, он «менее внутренний», поскольку его доход от передаваемого результата интеллектуальной деятельности становится менее зависим от него самого. Таким образом, когда владелец патента, хоть и конкурирующий с лицензиатом, совершенно неэффективен на рынке, он становится де-факто «внешним лицензиаром». Из этого можно сделать вывод о том, что асимметрия на пре-инновационном уровне между положениями сторон лицензионного соглашения на рынке играет очень важную роль в выборе оптимальной лицензионной политики владельца патента. К примеру, как показывает практика, результат интеллектуальной деятельности, коммерческий эффект от коммерциализации которого ожидается высокий, может быть передан при выплате роялти в случае, когда изначальное положение на рынке потенциально конкурирующих сторон примерно одинаково. Он может быть передан при выплате паушальных платежей в случае, когда разрыв между положениями сторон на рынке велик. Однако в случае передачи объекта, способного стать высокоприбыльной инновацией, смешанный способ оплаты будет эффективен в любом случае. Итак, получается, что наиболее удобный способ выплат за получение лицензии — смешанный¹¹.

Опционные соглашения

Снизить риски при заключении лицензионных соглашений в рамках внедрения инноваций в бизнес могут опционные соглашения. В США они называются «real option» и являются аналогом финансового опциона, но направлены на «реальные» инвестиции. В России такой вид договоров также применяется при заключении лицензионных договоров, однако он не так распространен, как в США. Как и финансовые опционы, они дают инвестору право, но не

обязанность приобрести в будущем какой-либо актив. В таком контексте опцион соответствует небольшой начальной инвестиции, пилотному проекту, который дает возможность в будущем сделать большую инвестицию. Опционные соглашения имеют большое значение ввиду неизвестности будущей возможной прибыли от полноценного инвестирования. Зарубежная литература, посвященная опционным соглашениям, выделяет две формы неуверенности инвесторов при заключении соглашений с владельцами патентов: внешнюю (exogenous) и внутреннюю (endogenous). Обе эти неопределенности могут быть преодолены во время «опционного периода». Чем больше неуверенность в успехе коммерциализации изобретения, тем более вероятно, что фирма-инвестор заключит опционное соглашение с патентообладателем, прежде чем принимать решение о покупке лицензии. В то же время фирмы, которые могут с большей долей уверенности оценить успех будущей инвестиции, менее заинтересованы в заключении опционного соглашения¹².

Некоторые особенности создания инновационного бизнеса при коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности

Коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности научными и образовательными учреждениями

В США «двигатели экономического роста» (an engine for economic growth) — это университеты, а правовая охрана и коммерциализация результатов их исследований является важным аспектом инновационной стратегии страны. Университеты в этой стране имеют крепкие и устойчивые связи с бизнесом, не говоря уже об инвестициях в сфере научных исследований. Такое крепкое взаимодействие обеспечивает закрепленную в стране систему правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности, которая направлена на их коммерциализацию. Похожая ситуация существует и в научных учреждениях Европы, которые частично перенимают опыт США, хотя управление в области интеллектуальной собственности и стимулирование коммер-

¹¹ Poddar, Sougata, Sinha, Uday Bhanu. Patent Licensing from a High-Cost Firm to a Low-Cost Firm // The Economic Record. Vol. 86. № 274, September 2010. P. 384–395.

¹² Ziedonis, Arvids A. Real Options in Technology Licensing // Management Science. Vol. 53. № 10. October 2007. P. 1618–1633.

циализации изобретений в Европе немного слабее, чем в Америке. В США Закон Бэя-Доула¹³ создал особую государственную патентную политику (a uniform federal patent policy), которая установила, что университеты имеют право на изобретения, созданные при господдержке, и это изменило в лучшую сторону их деятельность по коммерциализации университетских научных исследований и привлечению новых инвестиций. Кроме того, это стимулировало предпринимательскую активность сотрудников университетов.

В России в 2009 г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам создания бюджетными научными и образовательными учреждениями хозяйственных обществ в целях практического применения (внедрения) результатов интеллектуальной деятельности»¹⁴. Этот акт был создан на волне взятия государством нового курса на развитие инновационного бизнеса и направлен на стимулирование его осуществления в стенах бюджетных научных и образовательных учреждений. Таким образом, научные организации, являющиеся бюджетными учреждениями, после вступления в силу данного закона получили возможность быть учредителями (в том числе совместно с другими лицами) хозяйственных обществ.

Таким образом, здесь идет речь о еще одном способе внедрения результатов интеллектуальной деятельности в инновационный бизнес — создании собственного инновационного бизнеса.

Создание ООО как способ организации инновационного бизнеса при внедрении результатов интеллектуальной деятельности

Упомянутые выше хозяйственные общества могут создаваться в форме ООО, ЗАО, ОАО. Однако наиболее оптимальным для целей инновационного бизнеса представляется создание общества с ограниченной ответственностью (ООО),

поскольку оно требует меньших затрат на создание и организацию работы, чем другие организационно-правовые формы бизнеса. Кроме того, в ООО существует низкий уровень ответственности учредителей, отсутствует необходимость создания дополнительных органов управления.

Сама процедура организации такого предприятия включает в себя множество этапов, среди которых формирование уставного капитала и, что примечательно, заключение лицензионного договора о передаче права использования выбранного результата (результатов). После принятия решения об учреждении хозяйственного общества оцениваются расходы на создание или приобретение результата интеллектуальной деятельности с целью их постановки на бухгалтерский учет и установления нижней границы денежной оценки прав на использование этих результатов, передаваемых в качестве вклада в уставный капитал. Следующим шагом является проведение денежной оценки права использования результата интеллектуальной деятельности. Денежная оценка права, вносимого в качестве вклада в уставный капитал хозяйственного общества по лицензионному договору, должна быть утверждена единогласным решением общего собрания учредителей (участников) хозяйственного общества. Если номинальная стоимость (увеличение номинальной стоимости) доли или акций участника хозяйственного общества в уставном капитале хозяйственного общества, оплачиваемых таким вкладом, составляет более пятисот тысяч рублей, такой вклад должен оцениваться независимым оценщиком.

Существуют определенные особенности, связанные со свойствами изобретения как результата интеллектуальной деятельности при включении его в уставный капитал юридического лица либо использовании в качестве вклада при заключении договора простого товарищества. В соответствии с п. 6 ст. 66 Гражданского кодекса Российской Федерации в качестве вклада в уставный (складочный) капитал хозяй-

¹³ The Bayh-Dole Act or Patent and Trademark Law Amendments Act. P.L. 96–517, Patent and Trademark Act Amendments of 1980. URL: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/200>

¹⁴ См.: Федеральный закон от 2 августа 2009 г. № 217-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам создания бюджетными научными и образовательными учреждениями хозяйственных обществ в целях практического применения (внедрения) результатов интеллектуальной деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

ственного общества или товарищества могут быть внесены не только вещи, но и имущественные права, а также иные права, имеющие денежную оценку. В п. 17 Постановления Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного Судов РФ от 1 июня 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано, что «в качестве вклада в имущество хозяйственного товарищества или общества могут вноситься имущественные права либо иные права, имеющие денежную оценку»¹⁵. В связи с этим таким вкладом не может быть объект интеллектуальной собственности (патент, объект авторского права, включая программу для ЭВМ и т.п.) или ноу-хау. Однако в качестве вклада может быть признано право пользования таким объектом, передаваемое обществу или товариществу в соответствии с лицензионным договором, который должен быть зарегистрирован в порядке, предусмотренном законодательством. Патент в данном случае назван одним из объектов интеллектуальной собственности; в то же время ограничена возможность его внесения в указанный капитал. В отношении лицензионного договора обязательная возмездность представляется узким понятием, подразумевающим необходимость закрепления условия о размере вознаграждения или о порядке его определения. Однако в виде встречного предоставления правообладатель в нашем случае получает права участника хозяйственного общества или товарищества, предусмотренные ст. 67 ГК РФ. Некоторые из них носят неимущественный характер (например, право на участие в управлении, право на получение информации и др.), что не означает безвозмездность следки. Таким образом, лицензионный договор о передаче прав на изобретение, заключаемый для целей внесения вклада в уставный капитал, может не подразумевать выплату обычных для данных договоров видов платежей, однако при этом быть возмездным ввиду наличия встречного предоставления.

Как же правильно оформить условие о размере вознаграждения или о порядке его определения за передачу права в данном случае? Предполагается, что предмет дого-

вора будет выглядеть следующим образом: «Лицензиар предоставляет Лицензиату в качестве вклада в уставный капитал Лицензиата исключительную лицензию на использование изобретения, защищенного Патентом, оцененную в __ (__) рублей, что составляет __% (__) уставного капитала Лицензиата».

Договор простого товарищества как способ организации инновационного бизнеса

В качестве отдельного, но не очень популярного способа организации инновационного бизнеса с возможным применением лицензионных соглашений следует выделить договор простого товарищества. При этом возникает вопрос о том, с кем в данном случае правообладатель должен заключить лицензионное соглашение для внесения изобретения в качестве вклада. Ведь простое товарищество не является юридическим лицом, и, следовательно, с ним невозможно заключить лицензионный договор. Предполагается, что в данном случае сам договор простого товарищества должен содержать в себе существенные условия лицензионного соглашения и быть зарегистрированным должным образом в Роспатенте. Таким образом, лицензия на использование результата интеллектуальной деятельности будет передана всем товарищам.

Федеральным законом от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» устанавливаются вступившие в силу с 1 января 2012 г. особенности договора простого товарищества, заключаемого для осуществления совместной инвестиционной деятельности. Положения касаются исключительно регулирования договорных отношений между соинвесторами. Инвестиционное товарищество, хоть и представляет по смыслу некоторую промежуточную конструкцию между договорной формой организации деятельности и деятельностью в рамках юридического лица, по сути, является договором. В ст. 6 указанного закона сказано, что вкладом управляющего товарища признается все то, что управляющий товарищ вносит в общее дело, в том числе деньги, иное имущество, имущественные права и иные

¹⁵ Постановление Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ от 1 июня 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». URL: <http://www.suprcourt.ru>

права, имеющие денежную оценку, профессиональные и иные знания, навыки и умения, а также деловая репутация. Вкладом товарища, не являющегося управляющим товарищем, в общее дело могут быть только денежные средства. Таким образом, в такой договор также могут быть включены условия лицензионного соглашения с правообладателем, но только в том случае, если он является управляющим товарищем.

Совместное ведение инновационного бизнеса

Используется и такой способ организации инновационного бизнеса, как его совместное ведение. Следует отметить, что зарубежной практике свойственно такое явление, как «technology alliances» — технологические альянсы, когда партнеры делят между собой права на развитие определенного рынка. Для этого они формируют соглашение, по которому один партнер (лицензиар) выдает лицензию другим партнерам альянса. Существует множество рекомендаций по заключению и исполнению таких сделок, в зависимости от того, какую долю бизнеса получает владелец патента и какой объем прав относительно изобретения он позволяет осуществлять лицензиатам¹⁶. Как показывает практика заключения подобных сделок, объем прав в отношении результата интеллектуальной деятельности, которые передает лицензиар, зависит от его рыночной стратегии.

В нашей стране в последнее время стали все более распространены стратегические альянсы, образуемые между носителями капитала и носителями инновационных решений. Не излагая в подробностях суть организации и ведения такого инновационного бизнеса, укажем лишь, что такие стратегические альянсы могут иметь вид совместных предприятий с миноритарным участием в акционерном капитале партнера, либо это могут быть совместные исследовательские и маркетинговые проекты. Однако организация совместного предприятия в таком случае достаточно затруднена из-за сложности с разграничением,

распределением и защитой прав на результаты интеллектуальной деятельности. Сторонами также используются лицензионные соглашения, а в случаях, когда результаты интеллектуальной деятельности слабо защищены (что не относится к изобретениям, защищенным патентами), может быть использовано перекрестное лицензирование, когда каждая фирма одновременно выступает в качестве передающей и принимающей знание стороны¹⁷.

«Патентные заросли»

Даже самая развитая патентная система может иметь свои недостатки, связанные, как ни странно, именно со стимулированием разработки изобретений и их коммерциализации. Речь идет о так называемых patent thickets, или патентных зарослях. Это явление характерно для стран, в которых инновации интенсивно стимулируются государственной поддержкой, к примеру в США. Патентная система может «душить» инновации. Так происходит, когда одно исследование является продолжением другого и одно изобретение разрабатывается на основе другого. В этом случае более сильные патенты могут быть обесценены последующими патентами. «Патентные заросли» могут повысить стоимость заключения контрактов на использование изобретений настолько, что прибыль от коммерциализации приобретенной технологии будет значительно меньше, чем издержки на ее получение. Таким образом, патенты, которые имеет фирма, могут наложить издержки на другие инновации. В такой ситуации выходом также может стать заключение лицензионных соглашений¹⁸.

Заключение. Итак, лицензионный договор о передаче прав на изобретение — это, несомненно, один из главных инструментов коммерциализации изобретений. Наряду с применяемым гораздо реже договором об отчуждении прав на результат интеллектуальной деятельности лицензионный договор в той или иной форме практически всегда присутствует в процессе ведения бизне-

¹⁶ Boyd, D. Eric, Spekman, Robert E. The Licensing of Market Development Rights within Technology Alliances: A Shareholder Value Perspective // Journal of Product Innovation Management. Vol. 27. № 4. July 2010. P. 593–605.

¹⁷ Anand, B. N., Khanna T. The Structure of Licensing Contracts // Journal of Industrial Economics. Vol. 48. № 1. March 2000. P. 103–135.

¹⁸ Cockburn, Iain M., MacGarvie Megan J., Müller, Elisabeth. Patent thickets, licensing and innovative Performance // Industrial and Corporate Change. Vol. 19. № 3. June 2010. P. 899–925.

са предпринимателями-инноваторами. Это могут быть как самостоятельные соглашения, заключаемые правообладателями без цели дальнейшего ведения бизнеса, так и договоры, заключаемые с целью внесения вклада в уставный капитал инновационного предприятия. Лицензионные соглашения — это стратегический инструмент инновационной деятельности как уже существующих на рынке организаций,

так и вновь создаваемых инновационных предприятий. Богатый зарубежный опыт заключения лицензионных соглашений показывает, что нашей стране есть чему поучиться у высокотехнологичных стран, где все рыночные структуры уже давно осознали, что инновационный бизнес — это двигатель экономики, а результаты интеллектуальной деятельности — сердце этого двигателя.

Стартап как начальная стадия осуществления инновационной деятельности: правовое обеспечение, сравнительно-правовой анализ

Марова О.И.*

Понятие инновации. На сегодняшний день развитие инновационной деятельности и рынка венчурного капитала — одно из приоритетных направлений государственной политики в России. Наиболее емкими определениями понятия «инновация», на наш взгляд, являются следующие. «Инновация — рыночный продукт (товар), обладающий на момент реализации на рынке новизной, которая проявляется в потребительских качествах, в совокупности своей превосходящих качества иных подобных продуктов (товаров)»¹. «Инновация (нововведение) — конечный результат инновационной деятельности, реализованный в виде нового или усовершенствованного продукта, нового или усовершенствованного технологического процесса, используемого в практической деятельности (экономическом обороте)»². Инновационный бизнес включает в себя деятельность не только по созданию нововведения, но и по его практической реализации, которая возможна при соблюдении специфических требований, предъявляемых к организационно-правовой форме. Соответственно необходимо иметь четкое представление о способах и формах осуществления инновационной деятельности. В этой связи представляется целесообразным провести сравнение в области подходов к организации инновационного процесса в предпринимательской деятельности в России и зарубежных странах. Взятие курса на развитие инновационно-ориентированной экономики подтверждает актуальность данной темы и порождает

необходимость рассмотреть возможность перенятия российским законодательством некоторых особенностей зарубежных форм.

Понятие стартапа. Неотъемлемым элементом инновационной деятельности является стартап. Рассмотрим, что принято понимать под этим понятием.

Стартап можно рассматривать с двух позиций (см. рис. 1): как начальную стадию осуществления инновационной деятельности и как субъект инновационной деятельности.

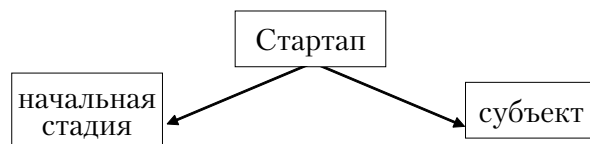


Рис. 1. Два взгляда на стартап

Для обозначения предмета проводимого в работе исследования в английском языке используется термин *startup*. Данный термин отличается своей многозначностью.

Стартап — это:

— «молодая быстроразвивающаяся компания»³;

— «стартап-компания (от англ. *startup* — запускать) — недавно созданная компания, находящаяся в фазе развития (возможно, еще не зарегистрированная официально, но всерьез планирующая стать официальной), не вышедшая на рынок или едва начавшая на него выходить и обладающая ограниченным набором ресурсов»⁴;

— «процесс реализации за короткие сроки и, как правило, при ограниченных ре-

* Марова Ольга Игоревна, студентка 5-го курса кафедры предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Научный руководитель: Чеховская Светлана Алексеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права, научный сотрудник Центра сравнительного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ Гаврилов Э.П. Инновации и патентное право // Патенты и лицензии. 2011. № 3. С. 14.

² Статья 2 Проекта федерального закона № 344994-5 «Об инновационной деятельности в Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

³ См.: Бизнес-словарь. URL: <http://www.businessvoc.ru>

⁴ См.: Википедия. URL: <http://ru.wikipedia.org>

сурсах задачи или проекта, отличающегося принципиальной новизной»⁵;

— «молодая быстрорастущая компания, нашедшая эффективную стратегию получения прибыли от использования инновационной идеи»⁶;

— «организация, создаваемая для поиска эффективной, масштабной бизнес-модели»⁷;

— «начальная стадия финансирования — предоставление средств компаниям на развитие продукта и проведение начального маркетинга»⁸.

В данной работе стартап рассматривается как начальная стадия осуществления инновационной деятельности, реализация которой возможна с использованием различных юридических конструкций.

Стартап: правовые модели взаимоотношений участников

Россия

К участникам инновационной деятельности в РФ принято относить инноваторов, инвесторов, венчурные организации, предпринимателей. В данных правовых моделях предприниматели обладают инновационной идеей или продуктом, а инвесторы — необходимыми ресурсами и готовы вложиться в рискованный проект.

Можно выделить несколько моделей взаимоотношений участников (см. рис. 2):

1. Договорная модель.
2. Институциональная модель (создание юридического лица).

При первой модели отношения строятся на договорной основе. Возможно заключение следующих договоров:

- договора о совместной деятельности (договора простого товарищества);
- инвестиционного соглашения / договора купли-продажи акций (долей);
- договора доверительного управления имуществом;

• ФЗ «Об инвестиционном товариществе»⁹ была введена новая договорная модель — «договор инвестиционного товарищества».

При заключении договора о совместной деятельности чаще всего одна сторона отвечает за техническую, а другая (инвестор) — за коммерческую часть продвижения объекта на рынок. Заключению инвестиционного соглашения / договора купли-продажи акций (долей) предшествует создание предпринимателем юридического лица, в котором инвесторы лишь покупают акции (доли), заключая соответствующие соглашения, регулирующие их отношения. Возможно опосредованное взаимодействие инвесторов и предпринимателей через не являющийся юридическим лицом паевой фонд, в котором инвесторы выступают пайщиками и передают управляющей компании фонда в доверительное управление свои средства, заключая договор доверительного управления, а предприниматели, создав самостоятельно юридическое лицо, заключают договор уже с управляющей компанией.

При второй модели инвесторы и предприниматели совместно создают юридическое лицо. Это может быть открытое акционерное общество (ОАО), общество с ограниченной ответственностью (ООО), товарищество на вере, хозяйственное партнерство¹⁰. В ОАО и ООО инвесторы и предприниматели, совместно создав юридическое лицо, могут заключить акционерное соглашение либо соглашение участников. Но данные соглашения предусматривают внесение в них только тех условий, которые предусмотрены законодательством; круг же этих условий довольно узок. Исполнить данные соглашения на сегодняшний день очень сложно, ведь, если будет установлено, что положения устава и закона соблюдены даже при нарушении соглашения, такое нарушение или действие не будет являться основанием для признания решений и сделок недействительными.

⁵ Фузеева М. Нужен ли российскому бизнесу Стартап-менеджер? // Управление сбытом. 2007. № 7. URL: <http://www.src-master.ru/article10843.html?from=subscribe>

⁶ См.: Один на один со StartUp-ом. URL: <http://one-on-one-startup.blogspot.com>

⁷ Blank, Steven. What Is A Startup? First Principles. URL: <http://steveblank.com/2010/01/25/whats-a-startup-first-principles/>

⁸ Андреев В.А. Особенности инвестирования в российские инновационные компании // Финансы. 2009. № 10. С. 8.

⁹ Федеральный закон от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» // Российская газета. 2011. № 275. 7 декабря.

¹⁰ Федеральный закон от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // Российская газета. 2011. № 278. 9 декабря.



Рис. 2. Отношения между участниками инновационной деятельности в РФ

Зарубежные страны

За рубежом в венчурном бизнесе выделяют три группы игроков: инвесторы, венчурные организации и предприниматели (см. рис. 3). Взаимоотношения участников инновационной деятельности описаны Эриком Вермеленом (Erik Vermeulen): «Обычно отношения между инвесторами и венчурными организациями выстраиваются в форму партнерства с ограниченной ответственностью, которая является доминирующей формой для венчурных фондов. В партнерстве инвесторы являются партнерами с ограниченной от-

ветственностью, а венчурные организации полными партнерами. Венчурные компании инвестируют деньги в быстроразвивающиеся и высокотехнологичные компании, без принятия участия в ежедневном управлении. Отношения между предпринимателем и венчурными организациями структурируются в форму корпорации. Дифференцированная структура управления товарищества с ограниченной ответственностью и корпорации четко выделяет три группы игроков, которые обладают своими особыми обязанностями и правами»¹¹.

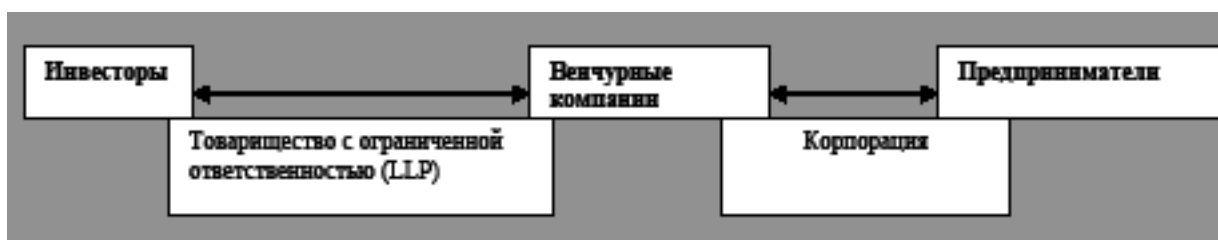


Рис. 3. Отношения между участниками инновационной деятельности за рубежом

¹¹ Vermeulen, Erik P. M. Towards a new «company» structure for high-tech start-ups in Europe // Maastricht Journal of European and Comparative Law. Vol. 8. № 3. 2001. P. 39.

Инвесторы и предприниматели, создавая определенную форму, преследуют совершенно разные интересы. Э. Вермелен рассматривает «отношения между венчурными компаниями и предпринимателями как агентские, где предпринимателя, как и инвестора, можно рассматривать с двух сторон: как представителя (агента) и как доверителя (заказчика, собственника), что схоже с отношениями между акционерами и управленцами в открытых акционерных компаниях»¹². Возможно возникновение информационной асимметрии. Венчурный капиталист и предприниматель сталкиваются с множеством проблем, которые необходимо решать договорным путем. В США в отличие от Европы и России договорное регулирование данных отношений достаточно развито. Все эти моменты нужно учитывать предпринимателям и инвесторам при создании совместного бизнеса.

Правовые формы осуществления стартапа. На сегодняшний день в России федеральными законами «Об инвестиционном товариществе» и «О хозяйственных партнерствах» были введены специфические формы осуществления инновационного бизнес-проекта: инвестиционные товарищества (договорная форма) и хозяйственные партнерства (институциональная форма). До введения новых правовых конструкций участники инновационной деятельности обычно использовали следующие формы: общество с ограниченной ответственностью, открытое акционерное общество, товарищество на вере, договор простого товарищества, закрытый паевой инвестиционный фонд. Возможные организационно-правовые формы осуществления инновационного бизнеса представлены в табл. 1. Однако ни одна из существующих в российском

праве организационно-правовых форм не подходила для осуществления деятельности в рамках стартапа. В пояснительной записке к Проекту федерального закона «О хозяйственных партнерствах» читаем, что «целью введения в практику такой формы, как хозяйственное партнерство, считается обеспечение соблюдения специфических требований к организации инновационных проектов, которые сформировались международной практикой». Данная конструкция была заимствована у американских компаний с ограниченной ответственностью (Limited Liability Companies) и английских партнерств с ограниченной ответственностью (Limited Liability Partnerships). Представляется, что Закон «Об инвестиционном товариществе» призван выполнить ту же роль, что и Федеральный закон «О хозяйственных партнерствах», — создание российского аналога правовой конструкции ограниченного партнерства (limited partnership). Однако способы осуществления этой цели в названных законах различаются. Так, Закон «О хозяйственных партнерствах» предполагает достижение такого результата через использование нового вида юридического лица, а Закон «Об инвестиционном товариществе» — через особые договорные формы.

Процесс организации инновационного бизнеса очень рискован. Проект может и не окупиться, так как для бизнеса характерно использование инновационных идей, технологий, которые требуют максимальной защиты; его характерной чертой является поэтапное финансирование.

В российском законодательстве остро встала проблема с выбором организационной формы для венчурных фондов. Сегодня они в основном функционируют как закрытые паевые инвестиционные фонды (далее — ЗПИФ).

Таблица 1

Возможные организационно-правовые формы осуществления инновационного бизнеса

Критерий	ЗПИФ	Инвестиционное товарищество	Хозяйственное партнерство	ОАО	ДПТ (договор простого товарищества)
Свобода в выборе объекта вложения	–	+	+	–	+
Уровень защиты конфиденциальной информации	низкий, в связи с обязанностью раскрывать информацию о деятельности	высокий, в связи с обязанностью раскрывать только существование договора	высокий	низкий	высокий

¹² Там же. Р. 2.

Возможность постадийного внесения вкладов	–	+	+	–	+
Минимальные требования к капиталу	+	–	–	+	–
Ответственность участников/сторон	управляющая компания ответственна за непрофессиональное управление активами (но не несет ответственность в связи с изменением конъюнктуры рынка)	не управляющие товарищи — ограниченная; управляющие товарищи — неограниченная	ограниченная (только внесенный вклад)	ограниченная (только внесенный вклад)	неограниченная (товарищи отвечают солидарно по всем общим обязательствам независимо от оснований их возникновения)
Субъекты	вкладчики: физические и юридические лица; УК: ОАО, ЗАО, ООО, ОДО	юридические лица (как коммерческие, так и некоммерческие), иностранные организации и ИП	граждане и юридические лица (как коммерческие, так и некоммерческие)	физические, юридические лица (как коммерческие, так и некоммерческие), ИП	только ИП и коммерческие организации
Контроль со стороны государства	повышенный	–	минимальные требования	повышенный	–
Уровень издержек	высокий	низкий	низкий	высокий	низкий

Инвестиционные товарищества были введены в оборот для укрепления рынка венчурного инвестирования. Можно провести аналогию с паевыми фондами. В данных товариществах управляющими товарищами призваны выступать венчурные инвестиционные фонды, а обычными товарищами — вкладчики-инвесторы. Прибыль товарищество может получить, вкладывая собранные с товарищей деньги в цен-

ные бумаги, не обращающиеся на организованном рынке, возможна покупка долей в капитале хозяйственных обществ. Таким образом, инвестиционные товарищества выступают одной из форм коллективного вложения инвестиций. Только вот участниками не могут быть обычные граждане. Договор инвестиционного товарищества является особой разновидностью договора простого товарищества.

Таблица 2

Сравнение договора инвестиционного товарищества с договором простого товарищества

Критерий	Договор простого товарищества	Договор инвестиционного товарищества
Участники	юридические лица (коммерческие), ИП; количество участников не ограничено	юридические лица (как коммерческие, так и некоммерческие), иностранные организации, ИП; количество участников от 2 до 50
Вклады	в любой форме (как денежные, так и неденежные вклады)	управляющие товарищи — как в денежной, так и в неденежной форме; обычные товарищи — только в денежной форме
Ответственность	неограниченная (товарищи отвечают солидарно по всем общим обязательствам независимо от оснований их возникновения)	не управляющие товарищи — ограниченная; управляющие товарищи — неограниченная
Срок	не ограничен	максимум на 15 лет, независимо от условий договора
Выход из товарищества	в любое время	выход управляющего товарища — по согласию всех участников договора; выход обычного товарища запрещен, если иное не предусмотрено договором
Сфера деятельности	извлечение прибыли или достижение иной не противоречащей закону цели	совместная инвестиционная деятельность для извлечения прибыли

Если сравнить договор простого товарищества и договор инвестиционного товарищества (см. табл. 2), то основные плюсы инвестиционного товарищества заключаются:

- в ограниченной ответственности обычных товарищей;
- в ограничении выхода товарищей;
- в возможности участия некоммерческих и иностранных организаций;

– в ограниченной сфере деятельности.

Данные положительные моменты можно также выделить, сравнивая хозяйственное партнерство с товариществом на вере. Товарищество на вере, как и новая форма – хозяйственное партнерство, является юридическим лицом. Главными недостатками товарищества на вере является возможность выхода товарища в любое время и неограниченная ответственность полных товарищей по обязательствам товарищества наряду с двойным налогообложением. Введение в оборот хозяйственного партнерства и решает одну из главных проблем товариществ на вере, а именно: появляется возможность ограничить на определенный срок выход участника из партнерства, а также ограничить ответственность участников размером внесенных вкладов.

Как уже было сказано выше, что выбрать – инвестиционное товарищество или хозяйственное партнерство, – будет зависеть от целей участников. Сравнение основных характеристик новых форм осуществления инновационного бизнес-проекта представлено в табл. 3. Договор

инвестиционного товарищества на первый взгляд может показаться наиболее оптимальной формой как для инвесторов, так и для предпринимателей, так как такой договор не надо нигде регистрировать (кроме нотариального удостоверения), достаточно лишь заключить договор о совместной деятельности и объединить свои вклады. Статья 3 Федерального закона «Об инвестиционном товариществе» гласит: «По договору инвестиционного товарищества двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и осуществлять совместную инвестиционную деятельность без образования юридического лица для извлечения прибыли». Но, во-первых, сторонами договора могут быть только индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие и некоммерческие организации. Во-вторых, поскольку это инновационный проект, при успехе бизнеса возникнет потребность его расширения и необходимость в создании юридического лица, в связи с чем повысятся издержки. Но в данном случае стороны договора экономят на налогах, не создавая юридического лица.

Таблица 3

Новые формы осуществления инновационного бизнес-проекта

Критерий	Договор инвестиционного товарищества	Хозяйственное партнерство
Форма	договор	юридическое лицо
Ответственность	не управляющие товарищи – ограниченная; управляющие товарищи – неограниченная	ограниченная (только внесенный вклад)
Вклад	управляющие товарищи – как в денежной, так и в неденежной форме; обычные товарищи – только в денежной форме	все участники – в любой форме
Участники	юридические лица (как коммерческие, так и некоммерческие), иностранные организации и ИП; количество участников от 2 до 50	граждане и юридические лица (как коммерческие, так и некоммерческие); количество участников от 2 до 50

В пояснительной записке к Проекту закона «О хозяйственных партнерствах» говорилось о том, что при создании хозяйственного партнерства «желательно ограничивать ответственность сторон размером их вклада в общее дело, а также ограничивать возможность выхода участника из проекта в любое время. Желательно установление минимальных требований со стороны государства, включая упрощенный порядок ликвидации и минимальных требований к отчетности, а также непрепятствование со стороны государства выполнению условий соглашений между участниками. Также

должна существовать возможность вносить вклад в любой форме».

Скорее всего, существующая ограниченная ответственность участников в новых формах инновационной деятельности, которая является достаточно рискованной, вызовет негодование со стороны кредиторов. В хозяйственных партнерствах при отсутствии или недостаточности у партнерства имущества для удовлетворения обязательств партнерства кредиторы обращают взыскание на принадлежащие партнерству исключительные права на результаты интеллектуаль-

ной деятельности¹³, которые достаточно сложно оценить.

Что касается таких правовых форм, как ОАО и ООО, то их деятельность регулируется в основном императивными нормами, данные компании облагаются налогом дважды: на прибыль компании и на распределяемые дивиденды. Не существует и надлежащей защиты интеллектуальной собственности участников при банкротстве компании.

Сравнение российской формы хозяйственного партнерства с зарубежными правовыми конструкциями. В США и Великобритании для осуществления инновационной деятельности чаще всего используются организационно-правовые формы юридических лиц, являющиеся по своей правовой природе промежуточными между корпорациями (как юридическими лицами) и партнерствами (как договорными образованиями). В США действует LLC (Limited

Liability Company), а в Великобритании LLP (Limited Liability Partnership), которую ввели в оборот, переняв многие черты LLC. Основными преимуществами использования этих конструкций являются: отсутствие двойного налогообложения; ограниченная ответственность инвесторов; гибкость условий договора; свобода действий и решений; возможность поэтапного внесения вкладов; малый объем издержек; конфиденциальность информации по проектам.

В российском праве ввели такую форму, как хозяйственное партнерство, заимствовав ее черты из LLP и LLC. Сравним данные организационно-правовые формы России, США и Великобритании по нескольким наиболее важным для стартап-проектов критериям: определение понятия; порядок регистрации; особенности внутренних соглашений; участники; требования к капиталу; налогообложение; выпуск акций / выход на рынок капитала. Данные сравнительного анализа представлены в табл. 4.

Таблица 4

Сравнительный анализ организационно-правовых форм для осуществления инновационной деятельности в России, США и Великобритании

Критерий/форма	Хозяйственное партнерство	LLP	LLC
Понятие	Созданная двумя или более лицами коммерческая организация, в управлении деятельностью которой принимают участие участники партнерства (партнеры), а также иные лица в пределах и в объеме, которые предусмотрены в уставе и соглашении об управлении партнерством ¹⁴ . Имеет общую правоспособность	Лицо, отличное от своих участников, не отвечающее по их обязательствам. Имеет общую правоспособность. Состоит не менее чем из двух партнеров, которыми могут быть как физические, так и юридические лица ¹⁵	Компания, отличная от своих участников; не отвечает по их обязательствам; может осуществлять любую не запрещенную законом деятельность. Состоит не менее чем из двух участников; которыми могут быть как физические, так и юридические лица ¹⁶
Регистрация	Регистрация осуществляется на основании регистрации устава (выдается свидетельство о регистрации). Соглашение об управлении партнерством (далее – соглашение) достаточно нотариально заверить. Отсутствуют требования к минимальному капиталу	Регистрация осуществляется на основании учредительного документа ¹⁷ (выдается сертификат об учреждении) ¹⁸ . Отсутствуют требования к минимальному капиталу	Регистрация осуществляется на основании регистрации устава (выдается регистрационное свидетельство) ¹⁹ . Отсутствуют требования к минимальному капиталу

¹³ Пункт 4 ст. 3 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах».

¹⁴ Статья 1 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах».

¹⁵ Глава 1, ст. 1 Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью» (Limited Liability Partnership Act 2008). URL: <http://www.icai.org.in/LLP%20Act%202008.pdf>

¹⁶ Статья 1, параграф 104 Пересмотренного Единого Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» Соединенных Штатов (The Revised Uniform Limited Liability Company Act 2006). URL: http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/hobe/2009nov24_compare.pdf

¹⁷ Глава 3, ст. 11(1) Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью».

¹⁸ Статья 12(3) Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью».

¹⁹ Статья 2, параграф 201 Пересмотренного Единого Закона «Об обществах с Ограниченной ответственностью» Соединенных Штатов.

Содержание учредительных документов	Устав —ограниченный законом набор сведений ²⁰ . Соглашение об управлении партнерством — детальное определение внутренних вопросов функционирования и управления партнерством. Заключается соглашение об управлении партнерством как между партнерами, так и между партнерством, партнерами и третьими лицами ²¹ . Приоритет отдается Закону «О хозяйственных партнерствах», затем соглашению по вопросам, не входящим в устав; общие правила о хозяйственных обществах применяются в случае, если законом не предусмотрено иное	Соглашение партнеров ²² — любое письменное соглашение между партнерами и между партнерством и партнерами, определяющее права и обязанности ²³	Соглашение об управлении регулирует отношения между участниками ²⁴ ; может быть устным; предопределяет устав
Участники (ответственность)	Ограниченная ответственность	Участники партнерства несут ответственность, ограниченную размером их вклада ²⁵	Ограниченная ответственность
Вклад	Может осуществляться деньгами, ценными бумагами и другими вещами или имущественными правами либо иными, имеющими денежную оценку правами ²⁶	Может осуществляться материальным, движимым или недвижимым имуществом или нематериальным имуществом или другим вложением в партнерство, включая деньги, векселя, выполненные услуги, или другими соглашениями по внесению наличных или имущества, или договорами на предоставление услуг ²⁷	Может осуществляться материальным и нематериальным имуществом или другим вложением, включая деньги, векселя, выполненные услуги, или другими соглашениями по внесению наличных или имущества, или договорами на предоставление услуг ²⁸
Налогообложение	Не урегулировано	Доход должен рассматриваться как получаемый не партнерством, а самими партнерами и соответственно должен облагаться только на уровне партнеров ²⁹	Облагается налогом, только со стороны членов (в 1998 г. Служба госдоходов США (Internal Revenue Service) определила статус этих компаний в целях налогообложения равным статусу товарищества (partnership), тем самым освободив LLC от уплаты налогов на уровне самой компании)
Акционерный капитал, выход на IPO	Нет акционерного капитала, есть только возможность реорганизации в ОАО	Нет акционерного капитала, но в соответствии с Законом «О компаниях» ³⁰ учредительным документом может быть предусмотрен выпуск акций	Не предусматривает выпуска акций. Факт владения компанией LLC определяется именно принадлежностью «долей интересов»

²⁰ Статья 9 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах».

²¹ Статья 6 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах».

²² Глава 3, ст. 22 Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью».

²³ Глава 1, ст. 2, п. 3, пп. «о» Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью».

²⁴ Статья 1, параграф 10 Пересмотренного Единого Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» Соединенных Штатов.

²⁵ Глава 1, ст. 1 Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью».

²⁶ Пункт 4 ст. 2 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах».

²⁷ Глава 6, ст. 32, п. 1 Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью».

²⁸ Статья 4, параграф 402 Пересмотренного Единого Закона «Об обществах с Ограниченной ответственностью» Соединенных Штатов.

²⁹ Статья 118ZA Закона «О подоходных и корпоративных налогах» (Income and Corporation Taxes Act 1988). URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/1/contents/enacted>

³⁰ Статья 545 Закона Великобритании «О компаниях» (The Companies Act 2006). URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf

Данные табл. 4 позволяют увидеть, что введенная в российское законодательство новая форма хозяйственных партнерств практически полностью заимствовала черты компаний и партнерств с ограниченной ответственностью, а именно: введение большого количества диспозитивных норм; отсутствие избыточных императивных законодательных ограничений, не позволявших устанавливать в соглашении различный объем прав и обязанностей разных участников партнерства. Важным моментом является наделение партнерства общей правоспособностью.

Так же как у LLP и LLC, у хозяйственных партнерств появляется возможность принуждения к исполнению соглашения вне зависимости от применения гражданского законодательства и возможность устанавливать приоритет одних участников партнерства перед другими при распределении имущества и иных объектов гражданских прав при ликвидации партнерства.

Сравнение модели хозяйственного партнерства с LLP и LLC выявило вопросы, касающиеся, во-первых, порядка налогообложения российских хозяйственных партнерств. Как видно из табл. 4, порядок налогообложения LLP и LLC установлен в специальных законах. Как предполагается облагать хозяйственное партнерство, остается вопросом, поскольку оно регистрируется в качестве юридического лица. Мы полагаем, что для создания наиболее оптимальных условий оно будет облагаться налогом один раз на уровне участников. Второй вопрос касается акционерного капитала. В законе «О хозяйственных партнерствах» говорится о том, что партнерство не вправе осуществлять эмиссию облигаций и иных эмиссионных ценных бумаг. Капитал партнерства разделяется на доли. То же самое можно говорить и о LLC, в которой запрещен выпуск акций.

В LLP акции или акционерные сертификаты выпускаются только для удостоверения владения определенной долей в компании и не могут быть публично торгуемыми. Вот что сказано об этом у Э. Вермелена: «Компания с ограниченной ответственностью не может появиться на NASDAQ и не может выпускать акции как

корпорации. Структура LLP отлична от корпорации. Хотя некоторые LLP могут выпускать сертификаты, удостоверяющие право собственности для того, чтобы каждый участник знал, скольким он владеет в компании, но эти сертификаты не являются в прямом смысле слова сертификатами на акции. Только акционеры в компаниях владеют акциями»³¹. В партнерстве с ограниченной ответственностью допускается установление в учредительных документах возможности выпуска акций. В Законе Великобритании «О компаниях» об этом сказано следующее: «Компании, имеющие акционерный капитал, могут установить в учредительных документах право на выпуск акций»³². Но еще раз повторимся, этот выпуск не является публичным, акции размещаются только среди партнеров. Соответственно встает вопрос о необходимости в определенный момент реорганизации хозяйственного партнерства (в России), LLP / LLC (за рубежом) в ОАО, в корпорацию для осуществления публичного размещения акций, что связано с большими издержками.

Эрик Вермелен предлагал следующие возможные варианты выхода компании на открытый рынок:

«Для IPO (initial public offer) предлагается три варианта:

1. Доли новой формы могут быть публично торгуемыми (в данном случае они являются ничем иным, как депозитарными расписками).
2. Новая форма может иметь акционерный капитал, как и корпорация, который будет публично торгуемым.
3. Если новая форма не имеет акционерный капитал, или имеет, но только для того, чтобы каждый участник знал, скольким он владеет в компании, то перед выходом на IPO она должна преобразоваться в общество открытого типа»³³.

По мнению автора, второй вариант был бы наиболее предпочтителен, поскольку он позволяет избежать неопределенности и экономит затраты на преобразование.

Таким образом, использование новых видов правовых конструкций — хозяйственного партнерства и инвестиционного товарищества теоретически наиболее

³¹ Vermeulen, Erik P.M. Op. cit. P. 39.

³² Статья 545 Закона Великобритании «О компаниях».

³³ Vermeulen, Erik P.M. Op. cit. P. 41.

оптимально подходит для реализации инновационных проектов как форма организации венчурного фонда по сравнению с существующими в России до их появления правовыми конструкциями. Практическое же их применение и защита условий соглашений ставится под вопрос в связи со сложившимся императивным подходом к регулированию деятельности юридических лиц, преодолеть который будет достаточно тяжело. При этом российскому законодателю необходимо определиться с налогообложением и возможностью использования акционерного капитала данных хозяйственных партнерств. Это является серьезным вопросом, так как при расширении бизнеса, когда у компании появится возможность выйти на открытый рынок, придется реорганизовываться в ОАО, что отнимает много времени и денег. В связи с этим в США некоторые инвесторы предпочитают иметь дело с корпорациями и подпадать под двойное налогообложение, но затем экономить на преобразовании. Но несмотря на это, большинство участников венчурного бизнеса в Великобритании и США выбирают квазигирические лица, так как инновационная деятельность очень рискованная и нет гарантии, что бизнес разрастется и можно будет осуществить IPO, а экономить можно уже сейчас, уплачивая в рамках данных правовых форм только налог с участников и неся при этом ограниченную ответственность.

Заключение. Итак, в статье были рассмотрены возможные подходы к организации инновационного бизнеса как в России, так и за рубежом, а именно в США и Великобритании, а также факторы, влияющие на выбор той или иной организационно-

правовой формы. Были проанализированы соответствующие положения Закона Великобритании «О Компаниях» (The Companies Act 2006), Закона «О партнерствах с ограниченной ответственностью» (Limited Liability Partnership Act 2008), Пересмотренного Единого Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» Соединенных Штатов (The Revised Uniform Limited Liability Company Act 2006), Закона «О подоходных и корпоративных налогах» (Income and Corporation Taxes Act 1988), федеральных законов РФ «О хозяйственных партнерствах» и «Об инвестиционном товариществе». Представляется полезной для российских специалистов с точки зрения описания возможных способов и вариантов организации инновационного бизнеса цитируемая статья Э. Вермелена. Несмотря на то что она была опубликована в 2000 г., перед созданием в Великобритании LLP, статья является актуальной для России, в которой процесс осуществления инновационного бизнеса в рамках новых организационно-правовых форм только начался.

На данный момент новые формы хозяйственного партнерства и инвестиционного товарищества существуют только в теории (соответствующие федеральные законы вступают в силу в июле 2012 г.), поэтому, для того чтобы говорить об их превосходстве, необходимо посмотреть, как они будут реализовываться на практике, причем реализовать их надо именно в рамках континентальной системы права, где весомая роль отдается законам. А основная идея хозяйственного партнерства и инвестиционного товарищества заключается именно в возможности гибкого законодательного регулирования деятельности партнеров и товарищей.

Новейшие тенденции развития системы Уголовно-процессуального кодекса ФРГ и его институтов

Трефилов А.А.*

Введение. Немецкий Уголовно-процессуальный кодекс (далее — УПК) 1877 г. (*die Strafprozessordnung*¹), который следует рассматривать в контексте с действующим немецким законодательством, является одним из наиболее динамично развивающихся как среди других кодексов, действующих в Германии, так и среди УПК различных европейских стран. Благодаря специальным таблицам, которые публикуются в предисловии к Большому комментарию к Уголовно-процессуальному кодексу, Закону о судоустройстве (*das Gerichtsverfassungsgesetz*²) и сопутствующим им немецким законам³, можно констатировать, что в период с 1877 по 2008 г. в Германии были приняты в общей сложности 173 документа, вносящие в вышеперечисленные акты изменения и дополнения. Причем, если проанализировать количество данных актов, можно констатировать тенденцию к их возрастанию: так, в период с 1877 по 1896 г. УПК не менялся ни разу, в период с 1896 по 1924 г. в него внесли всего лишь 10 изменений, с 1924 по 1945 г. текст УПК корректировался законодателем 18 раз, а с 1945 по 2008 г. в Германии были приняты 145 законов о внесении в УПК ФРГ изменений и дополнений — всего в общей сложности 173 нормативно-правовых акта⁴.

Изменения и дополнения, вносимые в его текст, в целом подчинены заранее разработанным концепциям, широко публикуемым на сайтах государственных органов, и задают развитие данного кодекса в двух

четко определенных направлениях: одно из них связано со стремлением повысить эффективность деятельности органов и должностных лиц, участвующих в уголовном процессе, а другое — в максимальной степени защитить права и свободы лица, в отношении которого ведется уголовное судопроизводство, и иных участников процесса, причем эти направления развития вовсе не являются взаимоисключающими, не находятся в состоянии конкуренции, а достаточно уместно дополняют друг друга.

Не вдаваясь в историю немецкого законодательства, хотелось бы проанализировать и классифицировать те изменения и дополнения, которым УПК ФРГ подвергся с 1987 г. (речь идет о 90 поправках). Почему именно эта дата была выбрана в качестве отправной точки? Во-первых, потому, что 20–25 лет по уголовно-процессуальным меркам представляют собой ту самую мерку, которая отделяет историю уголовного процесса от его современного состояния⁵, и во-вторых, именно на этой дате заканчивается рассмотрение эволюции УПК ФРГ в известной работе профессора Б.А. Филимонова⁶.

Классификация изменений, формирующих основные тенденции развития УПК. Изменения, внесенные в УПК ФРГ за последние 20 лет, в целом можно разделить на две большие группы.

Первая группа изменений связана с закреплением в УПК ФРГ норм, направленных

* Трефилов Александр Анатольевич, аспирант кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (г. Москва); ассистент кафедры медицинского права МГМУ им. И.М. Сеченова

Научный руководитель: Головкин Леонид Витальевич, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (г. Москва)

¹ Die Strafprozessordnung. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>

² Das Gerichtsverfassungsgesetz. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gvg/index.html>

³ Lutz, Meyer-Gossner. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. München, 2008. P. 35–48.

⁴ Lutz, Meyer-Gossner. Op. cit. P. 48.

⁵ Schmidt, Eb. JZ. Deutsche Taschenbuch Verlag. München, 1958. P. 261.

⁶ Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии / пер. Б.А. Филимонова. М., 1994.

ных на совершенствование деятельности органов и должностных лиц, принимающих участие в уголовном процессе.

Такого рода изменения также можно классифицировать.

Во-первых, речь идет о новеллах, связанных с усовершенствованием порядка деятельности государственных органов, участвующих в уголовном процессе, в целях более эффективного решения, как сейчас принято говорить, глобальных проблем человечества. К ним можно отнести:

а) *распространение наркотиков и организованной преступности*. Закон о противодействии нелегальному обороту наркотиков и проявлениям деятельности организованной преступности (*das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*) от 15 июля 1992 г.⁷ привнес в УПК, среди прочего, предписание о защите свидетелей (§ 68), системе розыска (§ 98a, § 98b), использовании агентов под прикрытием (§ 110a-e) и применении технических средств при осуществлении уголовного преследования (§ 100c, d), а также об установлении полицейского надзора (§ 163e).

Еще один акт — Закон об улучшении борьбы с организованной преступностью (*das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*) от 4 мая 1998 г.⁸, вступивший в силу 9 мая 1998 г., предусмотрел достаточно серьезно вторгающийся в сферу частной жизни институт «большой прослушки», которая в случае подозрения в определенных тяжких преступлениях позволяет тайно подслушивать разговоры в квартирах (§ 100c I № 3), но только по предписанию специально созданной для этой цели Уголовной коллегии по вопросам национальной безопасности (*die Staatsschutzkammer*) (§ 74a Закона о судостроительстве⁹).

Кроме того, Закон о противодействии преступности (*das Verbrechensbekämp-*

fungsgesetz) от 28 октября 1994 г.¹⁰ распространил основания для задержания по тяжким преступлениям (§ 112, абзац 3) также на умышленное причинение тяжкого вреда здоровью (§ 226II Уголовного кодекса) и тяжкий поджог (§ 306 b, c Уголовного кодекса);

б) *террористические акты*. Закон о противодействии терроризму (*das Terrorismusgesetz*) от 19 декабря 1986 г.¹¹, вступивший в силу 1 января 1987 г., предусмотрел расследование и рассмотрение дел о преступлениях террористической направленности органами уголовного преследования более высокого уровня: теперь расследование таких преступлений относится к компетенции Генеральной прокуратуры ФРГ (*die Staatsanwaltschaft*) (§ 120 абзац 2 Закона о судостроительстве¹²), а их рассмотрение по первой инстанции — к ведению Верховного суда земли (*das Oberlandesgericht*);

в) *совершение преступлений международного характера*. В связи с принятием Международного уголовного кодекса (*das Völkerstrafgesetzbuch*) от 26 июня 2002 г.¹³ в целом ряде параграфов УПК (§ 100a 1 № 2, § 100c I № 3, § 112 III, § 153c I) детализированы отдельные аспекты его применения; появился и новый параграф 153f¹⁴, предусматривающий возможность отказа от уголовного преследования лица, обвиняемого в преступлениях международно-правового характера, если данное лицо было передано Международному уголовному суду, действующему на основании Римского статута¹⁵.

Во-вторых, речь идет об изменениях, позволяющих повысить эффективность деятельности государственных органов за счет применения в уголовном процессе новейших научно-технических достижений.

Закон об изменении уголовного процесса (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*) от 17 марта 1997 г.¹⁶, вступивший в силу

⁷ URL: <http://www.ramthun.net/aufsatz/aufsatz.html>

⁸ URL: <http://www.buzer.de/gesetz/2206/index.htm>

⁹ URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gvg/index.html>

¹⁰ URL: <http://www.buzer.de/gesetz/517/index.htm>

¹¹ URL: <http://derstandard.at/1263705309532>

¹² Strafprozessordnung. München, 1987. P. 239.

¹³ URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/index.html>

¹⁴ Strafprozessordnung. München, 2003. P. 78.

¹⁵ URL: <http://www.un.org/Depts/german/internatrecht/roemstat1.html>

¹⁶ URL: <http://www.bka.de/DE/>

22 марта 1997 г., предусматривает возможность проведения молекулярно-генетических исследований контроля для определения родства между лицами, если данный факт представляет интерес для органов уголовного преследования (§ 81 e, f¹⁷). При этом данная мера рассматривается как исключительная и может применяться только на основании решения суда.

Еще один акт — Закон об изменении уголовного процесса (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*) от 6 августа 2002 г.¹⁸ — дополнил УПК параграфом 100i¹⁹, в котором указано, что является допустимым определение местонахождения включенного мобильного телефона посредством использования технических средств, если это необходимо для поиска лица, обвиняемого в совершении серьезного по тяжести преступления. Кроме того, в § 88 УПК²⁰ были внесены изменения, согласно которым в целях установления личности и пола стало возможным взятие образцов тканей и проведение их дальнейшего молекулярно-генетического исследования до вскрытия трупа, вследствие чего при такой процедуре нет необходимости соблюдать сложные правила производства вскрытия, предусмотренные в законодательстве.

Помимо этого, Закон о новом регулировании анализа ДНК (*das Gesetz zur Neuregelung der DNA-Analyse*) от 12 августа 2005 г.²¹ облегчил взятие на анализ образцов ДНК (§ 81f–81h²²), уже не связывая возможность проведения данной процедуры жесткими основаниями.

В-третьих, речь идет о разного рода процессуальных изменениях общего характера, направленных на то, чтобы разгрузить следственные и судебные органы, рационализировать их деятельность

процессуально-правовыми и материально-правовыми средствами.

Так, Закон об изменении уголовного процесса (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*) от 27 января 1987 г.²³, вступивший в силу 1 апреля 1987 г., посредством внесения многочисленных, но небольших изменений в УПК попытался достичь ускорения процесса: в частности, в нем предусмотрены упрощенные правила производства по преступлениям, не представляющим большой опасности для общества.

Помимо этого, Закон о снижении нагрузки на органы правосудия (*das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege*) от 11 января 1993 г.²⁴ расширил возможности должностных лиц прокуратуры при принятии работников на службу (§ 153, абзац 1, п. 2, § 153a, абзац 1, п. 1 Закона о судеустройстве²⁵) и ограничил возможности по обжалованию приговоров, предусматривающих наказание в виде небольшого денежного штрафа (§ 313 УПК²⁶), расширил компетенцию районного суда по возможности вынесения приговоров по делам о лишении свободы на срок до 4 лет, передал обжалование приговоров районного суда в ведение малой коллегии по уголовным делам (§ 76, абзац 1 Закона о судеустройстве²⁷), которая рассматривает поданную жалобу в упрощенном порядке.

Закон о борьбе с преступностью (*das Verbrechensbekämpfungsgesetz*) от 28 октября 1994 г.²⁸ предусмотрел упрощенную процедуру представления доказательств (§ 420²⁹, § 411, абзац 2³⁰ УПК) и ввел в данный Кодекс восьмую книгу о всеобъемлющем прокурорском реестре, направленном на укрепление межрегионального сотрудничества органов уголовного преследования.

¹⁷ Strafprozessordnung. München, 2000. P. 23.

¹⁸ URL: http://www.rechtliches.de/info_StPO.html

¹⁹ Strafprozessordnung. München, 2003. P. 41.

²⁰ Strafprozessordnung. München, 2003. P. 26.

²¹ URL: http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/aktuell/dna_analyse.htm

²² Strafprozessordnung. München, 2006. P. 23–25.

²³ URL: <http://www.umwelt-online.de>

²⁴ URL: <http://www.buzer.de/gesetz/2608/index.htm>

²⁵ Strafprozessordnung. München, 1994. P. 248.

²⁶ Strafprozessordnung. München, 1994. P. 121.

²⁷ Strafprozessordnung. München, 1994. P. 236.

²⁸ URL: <http://www.buzer.de/gesetz/517/index.htm>

²⁹ Strafprozessordnung. München, 2000. P. 152.

³⁰ Strafprozessordnung. München, 2000. P. 150.

Обширные изменения были внесены в УПК Законом о модернизации юстиции (*das Justizmodernisierungsgesetz*) от 1 июля 2004 г.³¹ В частности, данный акт предусматривает значительное упрощение процедуры присяги и расширяет круг лиц, имеющих право давать показания без присяги, ограничивает возможности обжаловать приговор суда при истечении установленного законом 10-дневного срока (§ 411, абзац 1 УПК³²).

Также Закон о взаимодействии органов юстиции (*das Justizkommunikationsgesetz*) от 22 марта 2005 г.³³ впервые урегулировал в § 41a УПК³⁴ передачу в электронном виде электронной информации в отношении заявлений, претензий и их обоснования, если они адресованы суду или прокуратуре в письменной форме либо сообщены в устной форме, но подписаны в соответствии с законом.

Помимо этого, Закон об определении задач федеральных органов юстиции (*das Gesetz zur Errichtung und zur Regelung der Aufgaben des Bundesamts für Justiz*) от 17 декабря 2006 г.³⁵, чтобы разгрузить прокуратуру, передал этим ведомствам ведение прокурорского процессуального регистра (§ 492, абзац 1³⁶ УПК).

Важнейшей новеллой немецкого законодательства стал Закон о регулировании соглашения в уголовном процессе (*das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren*) от 29 июля 2009 г.³⁷, законодательно признавший распространённую и достаточно спорную практику «*praeter legem*» — практику сделок о признании вины.

Вторая группа изменений связана с обеспечением прав, свобод и законных интересов участников уголовного судопроизводства.

Такого рода изменения могут быть классифицированы и направлены на обеспечение законных интересов:

а) лица, в отношении которого ведётся уголовное судопроизводство.

Так, принятый в 2000 г. Закон об изменении уголовного процесса (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*)³⁸ ввел многочисленные изменения, из которых хотелось бы отметить три наиболее важных.

Во-первых, новые параграфы § 131–131c³⁹ УПК заменили существовавшую ранее достаточно сложную в техническом отношении конструкцию «объявления о розыске» облегченным «описанием задержания» и другими мероприятиями «публичного сыска».

Во-вторых, были расширены возможности обвиняемого по ознакомлению с материалами дела (абзацы 5, 7 § 147⁴⁰ УПК).

В-третьих, впервые законодательно в § 163⁴¹ УПК было урегулировано долгосрочное наблюдение за лицом, подозреваемым в совершении преступления.

Также Закон об изменении уголовного процесса (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*)⁴² от 21 декабря 2007 г. в целях защиты прав лица, в отношении которого ведётся расследование, урегулировал процедуру наблюдения за телекоммуникациями и другие скрытые мероприятия следствия, чтобы привести в соответствие друг с другом нормы УПК и решения Федерального конституционного суда (*Bundesverfassungsgericht*)⁴³, в котором он дал им свое истолкование.

Закон о внесении изменений в процедуру заключения лица под стражу (*das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts*) от 29 июля 2009 г.⁴⁴ предусмотрел новую редакцию параграфов 114 а-е, 116b, 119,

³¹ URL: <http://www.buzer.de/gesetz/7579/index.htm>

³² Strafprozessordnung. München, 2005. P. 149.

³³ URL: http://www.rechtliches.de/info_Justizkommunikationsgesetz.html

³⁴ Strafprozessordnung. München, 2006. P. 6.

³⁵ URL: <http://www.sidiblume.de/info-rom/bgbl2/2006s3171.htm>

³⁶ Strafprozessordnung. München, 2007. P. 184.

³⁷ URL: <http://www.cducsu.de/>

³⁸ URL: <http://www.umwelt-online.de>

³⁹ Strafprozessordnung. München, 2001. P. 66–67.

⁴⁰ Strafprozessordnung. München, 2001. P. 74.

⁴¹ Strafprozessordnung. München, 2001. P. 87–88.

⁴² URL: <http://www.umwelt-online.de>

⁴³ URL: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html>

⁴⁴ URL: <http://www.buzer.de/gesetz/8925/index.htm>

119а⁴⁵, 147 абзацев 2 и 7, 148 абзаца 2⁴⁶ УПК, в которых нашла свое отражение дальнейшая конкретизация полномочий органов уголовного преследования по взятию лица под стражу.

Важнейшее из последних изменений в УПК внес Закон об изменении уголовного процесса (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*) от 2 декабря 2010 г.⁴⁷, вступивший в силу 1 января 2011 г. Данный акт, разработанный по поручению Министра юстиции ФРГ Сабины Лейтхойзер-Шнарренберг, запрещает избрание меры пресечения в виде заключения лица под стражу, если оно обвиняется только в преступлениях экономической направленности, не связанных с насильственными посягательствами на жизнь или здоровье;

б) в отношении иных участников процесса, в частности:

— свидетеля.

Закон о введении права на отказ от дачи свидетельских показаний для консультантов по вопросам наркозависимости (*das Gesetz zur Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechts für Beratung in Fragen der Betaubungsmittel-abhängigkeit*) от 23 июля 1992 г.⁴⁸ предусмотрел, что данная категория граждан не обязана давать показания по вопросам, связанным с информацией, которая стала им известна или была доверена при исполнении профессионального долга.

Также Закон о защите свидетелей (*das Zeugenschutzgesetz*) от 14 ноября 1997 г.⁴⁹, вступивший в силу с 1 декабря 1998 г., позволяет проводить допрос потерпевших и малолетних свидетелей вне зала судебного заседания, который посредством видеозаписи будет передаваться непосредственно в зал судебного заседания (§ 68b⁵⁰, 397a⁵¹, 406g⁵² УПК).

Кроме того, новый Закон о гражданском партнерстве (*das Lebenspartnerschaftsgesetz*) от 16 февраля 2001 г.⁵³, принятый в связи с легализацией однополых браков, предусмотрел замену в шести параграфах УПК термина «супруг» на термин «гражданский партнер»; прежде всего это касается права на его отказ от дачи свидетельских показаний, § 52 I № 2a⁵⁴ УПК.

Закон о внесении изменений в УПК (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*) от 15 февраля 2002 г.⁵⁵ расширил право на отказ от дачи свидетельских показаний работников прессы и ограничил возможность выемки имущества редакций печатных изданий (§ 53⁵⁶ УПК);

— потерпевшего.

Закон об изменении УПК (*das Strafverfahrensänderungsgesetz*) от 13 апреля 2007 г.⁵⁷ значительно расширил предусмотренное в абзаце 2 § 406d⁵⁸ УПК право потерпевшего на информацию, обязал органы уголовного преследования сообщать ему о том, как ведется расследование.

⁴⁵ Strafprozessordnung. München, 2011. P. 58–60.

⁴⁶ Strafprozessordnung. München, 2011. P. 74–75.

⁴⁷ URL: <http://www.bmj.bund.de/>

⁴⁸ URL: <http://www.bundestag.de/>

⁴⁹ URL: <http://www.deutsche-anwaltshotline.de/rechtsanwalt/strafrecht/zeugenschutzgesetz>

⁵⁰ Strafprozessordnung. München, 2000. P. 18.

⁵¹ Strafprozessordnung. München, 2000. P. 141.

⁵² Strafprozessordnung. München, 2000. P. 146–147.

⁵³ URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/index.html>

⁵⁴ Strafprozessordnung. München, 2002. P. 12–13.

⁵⁵ URL: <http://www.bmj.bund.de/>

⁵⁶ Strafprozessordnung. München, 2003. P. 13–14.

⁵⁷ URL: <http://www.bmj.bund.de/>

⁵⁸ URL: Strafprozessordnung. München, 2008. P. 145.

⁵⁹ URL: <http://www.rechtliches.de/info>

⁶⁰ Strafprozessordnung. München, 2000. P. 80.

⁶¹ URL: <http://www.bmj.bund.de/>

⁶² Strafprozessordnung. München, 2002. P. 40–41.

⁶³ URL: <http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/>

⁶⁴ Strafprozessordnung. München, 2005. P. 180–186.

⁵⁵ URL: <http://www.bmj.bund.de/>

⁵⁶ Strafprozessordnung. München, 2003. P. 13–14.

⁵⁷ URL: <http://www.bmj.bund.de/>

⁵⁸ URL: Strafprozessordnung. München, 2008. P. 145.

Помимо этого, 20 декабря 1999 г. был принят Закон об уголовно-процессуальном закреплении системы «Преступник — жертва — посредничество» (*das Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleich*)⁵⁹, значительно расширивший возможности прокуратуры и суда влиять на возмещение ущерба потерпевшему (§ 155a, b⁶⁰ УПК); прежде всего при осуществлении этой задачи специальным органам может быть предоставлено право на получение всей необходимой информации из материалов уголовного дела; — персональных данных всех участников судопроизводства.

Так, Закон о внесении изменений в УПК (*das Strafverfahrensänderungs-gesetz*) от 20 декабря 2001 г.⁶¹ впервые коснулся регулирования порядка предоставления информации из «телекоммуникационного трафика данных» (§ 100g, 100h⁶² УПК).

Кроме того, заслуживает внимания Закон об эффективном использовании баз данных в отчетах прокуратуры (*das Gesetz zur effektiveren Nutzung von Dateien im Bereich der Staatsanwaltschaften*) от 10 сентября 2004 г.⁶³, изменивший параграфы 484, 488, 491–495⁶⁴ УПК в целях защиты персональных данных участников уголовного судопроизводства.

Заключение. Таким образом, мы видим, что изменения, которые немецкий законодатель внес в УПК ФРГ за последние 20 лет, носят комплексный характер и гар-

монично встраиваются в единую систему уголовно-процессуального регулирования, которая подчинена определенной логике.

С одной стороны, законодатель стремится повысить эффективность деятельности органов, участвующих в уголовном процессе. С другой — он стремится в максимально возможной степени защитить человека от необоснованного обвинения.

Для достижения этих целей в УПК ФРГ были внесены изменения как в общие положения, так и в нормы, регулирующие движение дела по стадиям, и надо сказать, что немецкому законодателю удалось это сделать достаточно успешно.

С уверенностью можно утверждать, что новейшие тенденции развития системы УПК ФРГ в целом вписываются в общемировые течения и выражаются в гуманизации уголовного процесса, его интернационализации, в стремлении законодателя способствовать решению глобальных проблем человечества (распространению наркотических веществ, террористической угрозе, совершению преступлений международного характера, росту организованной преступности) и вместе с тем — к максимально возможной защите прав отдельно взятой личности, попавшей в орбиту уголовного судопроизводства посредством усиления предпринимаемых мер безопасности, защиты персональных данных, расширению права на отказ от дачи показаний и иными современными и прогрессивными средствами.

⁵⁹ URL: <http://www.rechtliches.de/info>

⁶⁰ Strafprozessordnung. München, 2000. P. 80.

⁶¹ URL: <http://www.bmj.bund.de/>

⁶² Strafprozessordnung. München, 2002. P. 40–41.

⁶³ URL: <http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/>

⁶⁴ Strafprozessordnung. München, 2005. P. 180–186.

Системы трудовых судов в зарубежных странах

Казаков С.О.*

Способы организации государственных органов по трудовым спорам. В мировой практике существуют три способа организации государственных органов, компетентных разрешать трудовые споры. Первый способ — передача рассмотрения данной категории дел в ведение судов общей юрисдикции. Этим путем пошли правовые системы Италии, Нидерландов и России. В России трудовые споры по первой инстанции рассматриваются районными судами. Второй способ — создание подсистемы специализированных трудовых судов. В настоящее время трудовые суды созданы в Великобритании, Франции, Германии, Бельгии, Швейцарии, Швеции, Норвегии, Финляндии, в канадской провинции Квебек, Новой Зеландии и в ряде других развитых правовых систем. Наконец, третий вариант — наделить правом разрешать споры, возникшие из трудовых отношений, органы исполнительной власти. Такая модель получила распространение в Соединенных Штатах Америки, Японии и большинстве провинций Канады.

Наличие специализированных судебных трудовых или административных трудовых органов — характерная черта многих развитых правовых систем. Так, например, во Франции трудовая юстиция существует со времени принятия в 1806 г. декрета «О создании Совета экспертов» (*décret du 3 juillet 1806 Conseils de prud'hommes*). Современная французская судебная система включает Кассационный суд, апелляционные суды и специализированные суды, рассматривающие различные категории дел по первой инстанции (трудовые суды

во Франции являются судами первой инстанции). В настоящее время французские трудовые суды рассматривают индивидуальные споры между работниками и работодателями, вытекающие из трудового договора и ученического договора, а также дела, связанные с возмещением работнику вреда, который был причинен в результате несчастных случаев на производстве.

В Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии с 1964 г. трудовые споры были подведомственны промышленным трибуналам (*industrial tribunals*), учрежденным в соответствии с Законом «О производственном обучении» (*Industrial Training Act*)¹. С 1998 г. согласно части 1 статьи 1 Закона «О трудовых правах» (*Employment Rights [Dispute Resolution] Act 1998*)² промышленные трибуналы были преобразованы в трудовые трибуналы (*employment tribunals*), которым подведомственны индивидуальные трудовые споры, связанные с дискриминацией по любому основанию, с увольнением, выплатой выходного пособия и нарушениями Закона «О равной оплате труда» 1970 г. (*Equal Pay Act 1970*)³, направленного против дискриминации по половому признаку в отношении размеров заработной платы.

Трудовые трибуналы не входят в систему судов Великобритании и являются административными органами. Трибуналы ежегодно рассматривают около 170 000 трудовых споров. Во главе системы трудовых трибуналов стоит Президент трудовых трибуналов, который назначается Лорд-канцлером. Президент трудовых трибуналов назначает региональных глав трибу-

* Казаков Сергей Олегович, студент 5-го курса кафедры гражданского права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Научный руководитель статьи: Черняева Дарья Владимировна, кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ *Industrial Training Act 1964*. London. Published by Her Majesty's stationery office. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/16/pdfs/ukpga_19640016_en.pdf

² *Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998*. Printed in the UK by The Stationery Office Limited under the authority and superintendence of Carol Tullo, Controller of Her Majesty's Stationery Office and Queen's Printer of Acts of Parliament. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/8/pdfs/ukpga_19980008_en.pdf

³ *Equal Pay Act 1970*. Printed in the UK by The Stationery Office Limited under the authority and superintendence of Carol Tullo, Controller of Her Majesty's Stationery Office and Queen's Printer of Acts of Parliament. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1970/41/pdfs/ukpga_19700041_en.pdf

налов. Служба трибуналов по трудовым спорам представляет собой государственное агентство, входящее в структуру Министерства торговли и промышленности Соединенного Королевства.

В состав трудового трибунала входят председатель, обладающий юридическим образованием и практикующий в качестве юриста не менее семи лет, а также два заседателя, которые назначаются Президентом или региональным главой трибуналов. При этом один из заседателей является представителем работников, а другой — представителем работодателей. По делам, связанным с дискриминацией по признакам пола, в соответствии со сложившейся практикой одним из заседателей должен быть мужчина, а другим — женщина. Голоса председателя и каждого из заседателей равнозначны при вынесении решения.

В Соединенных Штатах Америки правом разрешать трудовые конфликты наделен орган исполнительной власти — Национальное управление по трудовым спорам (The National Labor Relations Board), учрежденное на основании Закона от 5 июля 1935 г. «О трудовых отношениях» (Закон Вагнера) (The National Labor Relations Act 1935 [The Wagner Act])⁴, гарантировавшего права работников на создание профсоюзов и заключение коллективных трудовых договоров с работодателями. С принятием этого закона работники получили также право на забастовку. Национальное управление по трудовым спорам разрешает конфликты между работниками и работодателями, в первую очередь связанные с жалобами работников на «нечестную трудовую практику»⁵. Решения, вынесенные этим Управлением, могут быть обжалованы в суде.

Система трудовых судов Германии.

В соответствии с Конституцией ФРГ в Германии учреждены пять самостоятельных ветвей судебной системы: общая, трудовая, социальная, финансовая и административная. К ведению общих судов отнесены гражданские и уголовные дела. Трудовые суды в Германии образуют раз-

витую трехзвенную систему, состоящую из судов первой инстанции, трудовых судов федеративных земель и Федерального суда по трудовым делам. Трудовые суды разрешают индивидуальные трудовые споры между работодателями и работниками, связанные с оплатой труда, отпусками, увольнениями, а также коллективные споры между профсоюзами, с одной стороны, и объединениями предпринимателей — с другой. Верховной судебной инстанцией в системе немецкой трудовой юстиции является Федеральный суд по трудовым спорам (Bundesarbeitsgericht), наделенный полномочиями изменять или отменять решение любого трудового суда⁶.

В Германии суды по трудовым спорам рассматривают две категории дел: индивидуальные трудовые споры и коллективные трудовые споры. При этом для каждого вида споров процессуальным законодательством предусмотрена своя процедура судебного разбирательства. К категории индивидуальных трудовых споров относятся, в частности, споры о действительности трудового договора, вступлении в силу трудового договора, о его прекращении. Суды по трудовым спорам рассматривают также иски работников к работодателям по делам о несправедливом увольнении (под «несправедливым увольнением» принято понимать увольнение без явного нарушения условий трудового договора и трудового законодательства, но кажущееся работнику несправедливым, например в случае, когда у работника есть основания полагать, что работодатель при его увольнении руководствовался скрытыми мотивами).

К коллективным трудовым спорам относятся споры между сторонами коллективных трудовых соглашений (одну сторону представляют работники или их представители, а другую — работодатели или их представители), а также дела по искам о нарушении свободы собраний и свободы участия в деятельности профсоюзов и объединений работодателей. Немецкое право разбирает также в рамках процедуры, предусмотренной для коллективных трудовых споров, споры, вытекающие из реали-

⁴ Закон о трудовых отношениях (Закон Вагнера) от 5 июля 1935 г. // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. М., 1973. URL: <http://www.ufalaw.narod.ru/1/igpzs/xrestomatiya2/10.htm>

⁵ Обычно под «нечестной трудовой практикой» понимается длящееся и, возможно, охватывающее широкий круг работников недобросовестное поведение работодателя в трудовых отношениях.

⁶ Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право : учебник для вузов. М. : Дело, 1999. С. 296.

зации условий коллективного соглашения, между одной из сторон этого соглашения и третьей стороной, права и интересы которой затрагивает это соглашение.

Рассмотрим подробнее систему трудовых судов Германии. Трудовой суд первой инстанции рассматривает дела в составе профессионального судьи, представителя работников и представителя работодателей. Разбирательству дела по существу в суде по трудовым спорам первой инстанции предшествует предварительное слушание, на котором судья единолично предпринимает меры для решения конфликта путем заключения сторонами мирового соглашения. Если сторонам не удастся при посредничестве судьи прийти к мировому соглашению, судья на этой стадии подготавливает судебное заседание.

Преимуществом судов по трудовым делам Германии является то, что судебные издержки сторон, как правило, значительно ниже, чем судебные издержки в гражданском процессе. По коллективным трудовым спорам судебная пошлина не взимается, а в случае подачи иска о нарушении индивидуальных трудовых прав устанавливается пошлина, значительно меньшая по размеру, чем в судах общей юрисдикции при рассмотрении гражданско-правового спора. При рассмотрении коллективных трудовых споров интересы сторон могут представляться как профессиональными адвокатами, так и членами профсоюзов или членами объединений работодателей, наделенными своими организациями соответствующими полномочиями.

На решение суда по трудовым спорам первой инстанции недовольная сторона или ее представители могут подать апелляционную жалобу в земельный суд по трудовым спорам, но право на апелляцию ограничено. По общему правилу законодательство о трудовых судах ФРГ предусматривает необходимость получения разрешения на апелляцию у суда по трудовым спорам первой инстанции, но из этого правила есть два важных исключения, определяющих ситуации, когда получение разрешения на апелляцию не требуется:

- цена иска превышает 600 евро;
- независимо от цены иска сторона, не согласная с решением суда, может подать апелляцию без получения на нее разрешения суда первой инстанции, если предме-

том спора являются действительность трудового договора или вопросы, связанные с его расторжением.

Суд земли по трудовым спорам, так же как и трудовой суд первой инстанции, рассматривает дела в составе одного профессионального судьи, одного представителя от объединения работодателей и одного представителя от объединения работников.

Решение, вынесенное земельным судом по трудовым спорам, может быть обжаловано в апелляционном порядке в Федеральный суд по трудовым спорам, который является последней инстанцией в системе немецкой трудовой юстиции и одним из пяти высших судов ФРГ. Федеральный суд по трудовым спорам состоит из судебных составов — сенатов. Каждый сенат состоит из трех профессиональных судей, одного представителя от объединений работодателей и одного представителя от объединений работников.

Право подавать апелляцию в Федеральный суд по трудовым спорам на решение земельного суда по трудовым спорам ограничено. Для подачи жалобы требуется получить разрешение на апелляцию у земельного суда по трудовым спорам, но суд может выдать данное разрешение лишь в том случае, если рассматриваемое в суде дело имеет принципиальное юридическое значение или решение земельного суда по трудовым спорам противоречит сложившейся судебной практике Федерального суда по трудовым спорам или судебной практике Объединенного сената Высших судов Германии (Gemeinsamer Senat). В состав Объединенного сената Высших судов Германии входят представители Федерального суда по трудовым спорам (Bundesarbeitsgericht), Федерального суда по социальным делам (Bundessozialgericht), Верховного суда общей юрисдикции (Bundesgerichtshof), Федерального административного суда (Bundesverwaltungsgericht) и Федерального финансового суда (Bundesfinanzhof).

Развитие трудовой юстиции в Новой Зеландии. Во многих бывших британских колониях, которые после обретения независимости сохранили традиции британского права, суды первой, а иногда и второй инстанции создавались по принципу специализации. В этих странах существуют не только трудовые, но также администра-

тивные, семейные, ювенальные и иные суды. Благодаря этому судьи в странах, чьи правовые системы относятся к семье общего права, достигают высокого уровня профессионализма и эффективно разрешают судебные споры. В этих странах судебный прецедент является важнейшим источником права, а суды пользуются в обществе огромным авторитетом. Рассмотрим в качестве примера успешной реализации системы специализированной трудовой юстиции опыт Новой Зеландии.

В соответствии с Законом Новой Зеландии «О трудовых отношениях» (*Employment Relations Act 2000*)⁷ 2000 г. споры между работодателями и работниками по всем вопросам трудовых отношений находятся в ведении трудовых судов, которые стремятся не только к разрешению возникших конфликтов, но и к примирению сторон. Если в Великобритании трудовая юстиция возникла в 1964 г., то в правовой системе Новой Зеландии она существовала с 1894 г., поэтому трудовая юстиция Новой Зеландии накопила огромный опыт в разрешении споров между работниками и работодателями.

Впервые трудовой суд в этой стране был создан в 1894 г. в соответствии с Законом «Об Арбитраже и социальном партнерстве» (*Industrial Conciliation and Arbitration Act 1894*)⁸. Этот закон создал предпосылки для развития социального партнерства, способствовал разрешению трудовых конфликтов между работниками и работодателями при посредничестве государства. Инициатором организации системы трудовой юстиции стал Уильям Пембер Ривз (*William Pember Reeves*) (1857–1932), который в период с 1892 по 1896 г. возглавлял Министерство труда в Новой Зеландии, ставшей первой страной в мире, учредившей Министерство труда.

В тот период суды, разбиравшие трудовые споры, еще не назывались трудовыми. До 1973 г. они носили название арбитражных судов (*courts of arbitration*). В их ком-

петенцию входило рассмотрение трудовых споров, установление минимальных стандартов оплаты труда и регулирование ставок заработной платы. Арбитражный суд Новой Зеландии с 1894 по 1973 г. являлся институтом социального партнерства. В его состав входили судья Верховного суда, представители профсоюзов и представители работодателей.

В 1973 г. в Новой Зеландии был принят Закон «О трудовых отношениях», упразднивший арбитражные суды. Вместо них была создана система промышленных судов. Промышленный суд (*industrial court*) формировался из представителей Федерации работодателей (*Employers Federation*) и Федерации труда (*Federation of Labour*), являющейся общенациональным объединением профсоюзов в период с 1937 по 1987 г. Промышленные суды в отличие от арбитражных судов, на смену которым они пришли, не включали в свой состав профессиональных судей и разрешали конфликты без официальных представителей государственной власти. В их компетенцию входило разрешение споров о праве и споров об интересах⁹. Промышленные суды разрешали также демаркационные конфликты, т.е. конфликты, возникающие между профсоюзами по поводу того, члены какого профсоюза должны выполнять конкретные виды работ. В разрешении споров об интересах принимали участие представители государственного органа — Промышленной комиссии (*the Industrial Commission*).

Принятие в 1977 г. Закона «О поправках в Закон «О трудовых отношениях» означало начало новой, уже третьей в истории Новой Зеландии реформы трудовой юстиции, предусматривающей создание новых арбитражных судов, которые совмещали полномочия расформированных промышленных судов и Промышленной комиссии. В каждой отрасли промышленности создавался свой арбитражный суд, возглавляемый представителем Государственного трибунала (*State Services Tribunal*) (органа

⁷ *Employment Relations Act 2000* (This document has been developed by the Department of Labour as an information resource only and is not an official version of the Act. This document was updated on 30 November 2004.). URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/DLM58317.html>

⁸ *Industrial Conciliation and Arbitration Act 1894*. URL: <http://www.justice.govt.nz/courts/employment-court/legislation>

⁹ Спор о праве — это объективно выраженное противоречие, возникшее между двумя сторонами и состоящее из требования одной стороны и отказа другой стороны выполнить это требование. В отличие от спора о праве, юридический интерес имеется не только у сторон спорного правоотношения, но и у всех лиц, права и обязанности которых зависят от решения суда, а также у лиц, наделенных правом подавать иски в защиту чужих интересов.

исполнительной власти). Наряду с представителем Государственного трибунала в состав арбитражного суда по-прежнему входили представители Федерации работодателей и Федерации труда.

Следующая реформа трудовой юстиции прошла в 1987–1988 гг., и связана она с принятием нового Закона «О трудовых отношениях» 1987 г. и Закона «О государственном секторе» (State Sector Act 1988)¹⁰ 1988 г., предусматривающих создание новой системы трудовых судов (labour courts), которые рассматривали индивидуальные трудовые споры и демаркационные споры между профсоюзами. В состав трудового суда теперь входили профессиональный судья и назначаемые им лица из списка представителей работников и списка представителей работодателей. Первоначально трудовые суды рассматривали только споры между работниками и работодателями в частном секторе, но с 1988 г. их юрисдикция впервые в истории Новой Зеландии распространилась на государственный сектор. Таким образом, государственные служащие получили возможность защищать свои права в трудовых судах. К работникам государственного сектора относились государственные служащие министерств, департаментов, комиссий, казначейства, государственных служб и иных ведомств.

Нетрудно заметить, что в ходе реформ в Новой Зеландии конкурируют две противоположные модели организации трудовой юстиции. Первая заключалась в том, чтобы формировать судейский корпус судов по трудовым спорам лишь из представителей объединений работников и объединений работодателей без участия профессиональных судей и государственных служащих, а государство должно на законодательном уровне закрепить полномочия таких судов. Вторая модель предусматривала создание трехстороннего института социального партнерства, состоящего из представителей работников, работодателей и государства.

Дальнейшее развитие системы новозеландской трудовой юстиции связано с принятием в 1991 г. Закона «О трудовых договорах» (Employment Contracts Act 1991)¹¹, введившего двухуровневую систему трудовой юстиции, в которой в качестве первой инстанции выступал Трудовой трибунал (Employment Tribunal), а Трудовой суд (Employment Court) являлся апелляционной инстанцией по отношению к Трудовому трибуналу. Вместе с тем Трудовой суд играл роль первой инстанции по делам о назначении судебного запрета, о неправомерном увольнении, связанном с нарушением условий трудового договора и по делам о судебной защите, основанной на общем праве. Трудовой трибунал разрешал по первой инстанции дела из искового производства, связанные со спорными вопросами, возникшими из отношений по трудовому договору.

Современный этап в истории развития трудовой юстиции Новой Зеландии начался с принятием в 2000 г. нового Закона «О трудовых отношениях» (Employment Relations Act 2000)¹². Трудовой суд наряду с уже имевшимися у него полномочиями получил право рассматривать дела по жалобам на решения Инспекции труда (Employment Relations Authority); выносить и пересматривать судебные предписания в отношении забастовок, локаутов и пикетов; также были расширены полномочия Трудового суда в сфере толкования права. Важнейшая компетенция трудового суда — рассматривать дела, связанные с нарушением Закона «О трудовых отношениях» 2000 г.

Решения Трудового суда могут быть обжалованы в Апелляционном суде (Court of Appeal), но для этого нужно получить предварительное разрешение Апелляционного суда. Апелляционный суд решает вопросы права, но не вопросы факта¹³, а также осуществляет правосудие в порядке, предусмотренном регламентом Апелляционного

¹⁰ State Sector Act 1988. Date of assent 30 March 1988 № 20. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1988/0020/latest/DLM129110.html>

¹¹ Employment Contracts Act 1991. Date of assent 15 May 1991 № 022. URL: <http://legislation.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/1991/an/022.html>

¹² Employment Relations Act 2000. Date of assent 19 August 2000. № 24 (This document was updated on 30 November 2004.) URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0024/latest/DLM58317.html>

¹³ Вопросы факта связаны с установлением судом наличия или отсутствия фактических обстоятельств, имеющих значение для рассматриваемого дела, а вопрос права состоит в том, были ли нарушены материальные или процессуальные права участника процесса.

суда. Апелляционный суд рассматривает апелляции не только на решения Трудового суда, но и на решения Верховного суда (High Court), не наделенного компетенцией по трудовым спорам. Таким образом, Апелляционный суд — это орган судебной власти, наделенный общей компетенцией и разбирающий все категории дел. Решения Апелляционного суда, в свою очередь, могут быть обжалованы в Высший суд (Supreme Court), который в соответствии со статьей 6 Закона «О Высшем суде» (Supreme Court Act 2003) (в редакции от 1 июля 2009 г.)¹⁴ является судом высшей апелляционной инстанции. Он рассматривает в качестве апелляционного суда последней инстанции дела из гражданских, трудовых, уголовных и иных правоотношений.

Проект создания трудовой юстиции в Российской Федерации. В России также предпринимались попытки создания специализированной трудовой юстиции. Во второй половине 90-х годов XX в. Правительство Российской Федерации приняло Постановление от 26 февраля 1997 г. № 222 «О программе социальных реформ в Российской Федерации на период 1996–2000 годов»¹⁵. Ссылаясь на рост числа нарушений трудовых и социальных прав граждан, планировалось изменить систему общественных институтов по защите трудовых прав граждан.

Двумя основными направлениями данной реформы должны были стать принятие нового Трудового кодекса и создание особых органов по рассмотрению трудовых споров. Если первая задача была реализована, то трудовые суды в России так и не были созданы. Предполагалось, что организация трудовой юстиции будет проведена в два этапа. Для регламентации процесса осуществления правосудия предполагалось разработать Трудовой процессуальный кодекс.

Однако это направление реформы российской судебной системы осталось незавершенным. В конце 1990-х годов работа над разработкой предложений по созданию трудовой юстиции и Трудового процессу-

ального кодекса была фактически прекращена. Разрешение трудовых споров, как и иных дел, отнесенных к ведению судов общей юрисдикции, продолжает осуществляться в порядке, предусмотренном действующим Гражданским процессуальным кодексом РФ.

Таким образом, реформа судебной системы в России осталась незавершенной.

Заключение. Итак, институт трудовой юстиции в развитых зарубежных правовых системах накопил богатый, более чем двухсотлетний опыт. Трудовая юстиция может быть полностью самостоятельной ветвью судебной системы, а может встраиваться в общую судебную систему, при этом трудовые суды создаются только на низовых уровнях. В других странах, например в США, трудовые споры рассматриваются административными или квазисудебными органами. Система специализированных судов позволяет достичь большего профессионализма судей, обеспечивает быстрое и эффективное решение трудовых конфликтов.

На примере Германии и Новой Зеландии были рассмотрены две различные модели организации системы трудовых судов. Если в ФРГ трудовые суды образуют самостоятельную ветвь судебной власти, то в Новой Зеландии трудовые судебные органы созданы лишь на двух нижних уровнях судебной системы. Апелляционный суд и Высший суд в Новой Зеландии представляют собой вышестоящие судебные инстанции, наделенные общей юрисдикцией.

Российские суды общей юрисдикции уже сейчас с трудом справляются с огромным количеством поступающих к ним на рассмотрение дел, поэтому в скором будущем вопрос о создании российской специализированной трудовой юстиции снова может обостриться. В этой связи опыт Новой Зеландии и Германии по успешной реализации системы специализированной трудовой юстиции, описанный в настоящей статье, может оказаться полезными при разработке российского проекта реформирования судебной системы.

¹⁴ Supreme Court Act 2003 No 53 (as at 01 July 2009). Public Act. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0053/latest/DLM214028.html>

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 26 февраля 1997 г. № 222 (ред. от 27.07.1998 г.) «О Программе социальных реформ в Российской Федерации на период 1996 — 2000 годов» // СПС «КонсультантПлюс».

Магистерская программа «ФИНАНСОВОЕ, НАЛОГОВОЕ И ТАМОЖЕННОЕ ПРАВО»

Магистерская программа «**Финансовое, налоговое и таможенное право**» направлена на подготовку высококвалифицированных специалистов, обладающих современными знаниями в области финансового, налогового и таможенного права, которые позволят дипломированным магистрам эффективно работать:

- на службе в государственных и муниципальных органах в сфере правового обеспечения финансовой деятельности государства и муниципальных образований;
- в области внешнеэкономической деятельности органов публичной власти;
- в сфере оказания консалтинговых и экспертных услуг, юридического сопровождения бизнеса по вопросам взаимодействия публичных и частных финансов, налогообложения и государственного регулирования внешнеэкономической деятельности;
- в юридических и междисциплинарных научных исследованиях по проблематике магистерской программы как фундаментального, так и прикладного характера.

Главной задачей программы является формирование у магистров комплексной и сбалансированной системы теоретических и практических знаний, навыков и компетенций, необходимых в бизнесе, на публичной службе и в научно-исследовательской деятельности.

Продолжительность программы – 2 года.

В процессе обучения по данной программе студенты овладевают:

- способностями четко ориентироваться в быстро меняющемся законодательстве: осуществлять доктринальное толкование норм права, усваивать основные тенденции формирующейся правоприменительной практики; использовать имеющийся опыт при принятии управленческих решений;
- знаниями бюджетного процесса и особенностей бюджетного регулирования на этапе проведения административной и бюджетной реформ, а также налоговых и таможенных процедур и основных процессуальных производств, организационно-правовых основ валютного регулирования и валютного контроля;
- профессиональными навыками экспертной и консалтинговой деятельности в области правового и финансово-экономического обеспечения деятельности публичной администрации, умением самостоятельно организовать и реализовать проекты в области налогового и таможенного консалтинга (ведение переговоров с клиентами).

Руководитель программы — доктор юридических наук, профессор **Козырин Александр Николаевич**, заведующий кафедрой финансового права НИУ ВШЭ.

Условия зачисления на программу

Прием осуществляется на очную форму обучения на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и на места с оплатой стоимости обучения на договорной основе посредством конкурсного отбора путем зачисления по результатам вступительных испытаний.

Прием документов от кандидатов проводится с 1 июня по 16 июля (включительно).

Вступительные испытания по финансовому праву (письменно) проводятся с 1 июня по 31 июля по мере формирования групп из числа кандидатов, подавших документы.

Дополнительная информация

На официальном сайте НИУ ВШЭ: <http://www.hse.ru> в разделе «Магистратура», а также на официальном сайте факультета права: <http://pravo.hse.ru>

Контакты

Факультет права:

г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 219
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561
e-mail: postgraduate_pravo@hse.ru

Приемная комиссия

г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, ауд. 111
Тел.: (495) 771-32-42
e-mail: abitur@hse.ru

Магистерская программа «Корпоративный юрист»

Магистерская программа «Корпоративный юрист» готовит юристов для правового обеспечения деятельности корпораций, а также для юридического консалтинга в российских и международных фирмах. В программе делается акцент на формировании и развитии навыков практической деятельности корпоративного юриста.

Главной задачей программы является обучение магистров приемам и методам правового обеспечения эффективной деятельности и развития корпораций.

Продолжительность программы — 2 года.

В процессе обучения по программе формируются навыки профессиональной работы по следующим направлениям:

- Организация и осуществление договорной работы.
- Переговорные процессы, технология и психология ведения переговоров.
- Процессуальная деятельность.
- Взаимоотношения с госорганами и органами власти.
- Налогово-аналитическое консультирование. Взаимоотношения в рискованных ситуациях.
- Формирование корпоративных правоотношений.
- Разработка локальных нормативных документов.
- Проектное сопровождение бизнеса.
- Участие в структурировании бизнеса. Взаимоотношения с акционерами. Взаимоотношения с филиалами. Структурирование сделок.
- Правовая экспертиза: разработка правовых форм (сделок), анализ предлагаемых форм с точки зрения рисков (участие в управлении рисками) и пр. Уголовно-правовые риски корпораций.
- Трудовые правоотношения, управление персоналом, мотивация деятельности.

В преподавании профессиональных дисциплин и организации практики участвуют специалисты White&Case, KPMG, Castern&Snellman, Baker&MacKenzie, «Пепеляев, Гольцблат и партнеры», British Petroleum, судьи Высшего Арбитражного Суда РФ.

Руководитель программы — доктор юридических наук, профессор **Олейник Оксана Михайловна**, заведующая кафедрой предпринимательского права факультета права НИУ ВШЭ.

Условия зачисления на программу

Прием осуществляется на очную форму обучения на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и на места с оплатой стоимости обучения на договорной основе посредством конкурсного отбора путем зачисления по результатам вступительных испытаний.

Прием документов от кандидатов проводится с 1 июня по 16 июля (включительно).

Вступительные испытания по гражданскому праву (устно) проводятся с 1 июня по 31 июля по мере формирования групп из числа кандидатов, подавших документы.

Дополнительная информация

На официальном сайте НИУ ВШЭ: <http://www.hse.ru> в разделе «Магистратура», а также на официальном сайте факультета права: <http://pravo.hse.ru>

Контакты

Факультет права:

г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 219
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561
e-mail: postgraduate_pravo@hse.ru

Приемная комиссия

г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, ауд. 111
Тел.: (495) 771-32-42
e-mail: abitur@hse.ru

Межфакультетская магистерская программа «ПРАВОВАЯ ИНФОРМАТИКА»

Магистерская программа «Правовая информатика» направлена на изучение теоретических и практических аспектов правового регулирования деятельности в сфере информационных технологий, что позволит дипломированным магистрам эффективно работать в государственных органах и бизнес-структурах, функционирующих в сфере связи, информационных и телекоммуникационных технологий, а также в научно-исследовательских организациях данного профиля.

Продолжительность программы — 2 года.

Обучение по программе ориентировано:

— на специалистов с высшим неюридическим образованием, работающих в сфере информационных технологий, сталкивающихся по роду своей деятельности с правовыми проблемами и испытывающих дефицит юридических знаний при их разрешении, с целью дать им юридическую подготовку магистерского уровня;

— на лиц, уже имеющих высшее юридическое образование, с целью дать им специализацию магистерского уровня в сфере права и информационных технологий.

В процессе обучения по данной программе формируются профессиональные компетенции, необходимые для осуществления:

- организационно-управленческой деятельности в виде способности принимать оптимальные управленческие решения и воспринимать технические и управленческие инновации в сфере связи, информационных технологий и телекоммуникаций;
- экспертно-консультационной, аналитической деятельности, состоящей в оценке законодательной и правоприменительной практики, подготовке проектов нормативных правовых актов и административных решений в сфере своей профессиональной деятельности;
- научно-исследовательской деятельности на стыке права, связи, информационных и телекоммуникационных технологий.

Преподавание дисциплин осуществляется профессорско-преподавательским составом факультетов права и бизнес-информатики, других факультетов НИУ ВШЭ, а также квалифицированными специалистами-практиками из органов государственной власти и бизнес-структур.

Руководитель программы — доктор юридических наук, профессор **Исаков Владимир Борисович**, заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой теории права и сравнительного правоведения НИУ ВШЭ.

Условия зачисления на программу

Прием осуществляется на очную форму обучения на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и на места с оплатой стоимости обучения на договорной основе посредством конкурсного отбора путем зачисления по результатам вступительных испытаний.

Прием документов от кандидатов проводится с 1 июня по 16 июля (включительно).

Вступительные испытания по теории государства и права (устно) проводятся с 1 июня по 31 июля по мере формирования групп из числа кандидатов, подавших документы.

Дополнительная информация

На официальном сайте НИУ ВШЭ: <http://www.hse.ru> в разделе «Магистратура», а также на официальном сайте факультета права: <http://pravo.hse.ru>

Контакты

Факультет права:

г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 420
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561
e-mail: postgraduate_pravo@hse.ru

Приемная комиссия

г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, ауд. 111
Тел.: (495) 771-32-42
e-mail: abitur@hse.ru

Магистерская программа «Публичное право»

Программа «Публичное право» ориентирована на подготовку как практикующих юристов, обеспечивающих правовое сопровождение деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, международных организаций, так и ученых-исследователей.

Обучение по программе сочетает изучение теоретических основ права и государственного управления с формированием прикладных правовых навыков, которые позволят дипломированным магистрам приступить к практической работе в международных, государственных и муниципальных структурах, а также в научно-исследовательской области.

Выпускник НИУ ВШЭ, завершивший обучение по магистерской программе «Публичное право», будет иметь качественную университетскую подготовку юриста и обладать высокими компетенциями:

- по анализу системы институтов публичной власти и их функционирования;
- по разработке оптимальных решений в целях совершенствования правового регулирования как в сфере организации самой публичной власти и международных организаций (сообществ), так и в сфере воздействия органов публичной власти и международных организаций на наиболее актуальные сегменты общественных отношений;
- по участию в переговорных процессах, а также юридическому консультированию участников таких процессов;
- по конструированию оптимальной организационно-функциональной структуры органов публичной власти.

Преподавание профессиональных дисциплин программы осуществляется ведущими профессорами факультета права, имеющими большой опыт работы в органах публичной власти.

Руководитель программы — доктор юридических наук, профессор **Краснов Михаил Александрович**, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права факультета права НИУ ВШЭ.

Условия зачисления на программу

Прием осуществляется на очную форму обучения на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и на места с оплатой стоимости обучения на договорной основе посредством конкурсного отбора путем зачисления по результатам вступительных испытаний.

Прием документов от кандидатов проводится с 1 июня по 16 июля (включительно).

Вступительные испытания по конституционному праву (письменно) проводятся с 1 июня по 31 июля по мере формирования групп из числа кандидатов, подавших документы.

Дополнительная информация

На официальном сайте НИУ ВШЭ: <http://www.hse.ru> в разделе «Магистратура», а также на официальном сайте факультета права: <http://pravo.hse.ru>

Контакты

Факультет права:

г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 219
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561
e-mail: postgraduate_pravo@hse.ru

Приемная комиссия

г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, ауд. 111
Тел.: (495) 771-32-42
e-mail: abitur@hse.ru

Новая магистерская программа «Правовое обеспечение управления персоналом»

Магистерская программа «Правовое обеспечение управления персоналом» направлена на подготовку высококвалифицированных специалистов, способных применять полученные знания, навыки и компетенции в правоприменительной деятельности организаций, учреждений, предприятий, в том числе их юридических служб и служб персонала; эффективно функционировать в юридических и кадровых службах органов государственной власти РФ и субъектов РФ, а также муниципальных образований; активно взаимодействовать в рамках системы социального партнерства, представляя интересы работодателей и их объединений.

Главной задачей программы является формирование комплексного взгляда на принятие управленческих решений, учитывающего не только особенности правового регулирования деятельности организации, но и понимание взаимосвязи права с менеджментом персонала, экономикой труда, психологией, социологией и философией управления.

В процессе обучения по данной программе формируются следующие знания, навыки, умения и профессиональные компетенции:

- ✓ фундаментальные знания в области теории права, экономики труда и персонала;
- ✓ научные и практико-ориентированные знания по трудовому праву, праву социального обеспечения, менеджменту, страховому праву, документоведению, законодательству о социальном партнерстве, разрешению трудовых споров, правовым аспектам занятости и трудоустройства, международному трудовому праву, правовому регулированию трансграничного труда и особенностям зарубежного трудового права, необходимые в стремительно меняющихся современных условиях;
- ✓ системно-аналитические навыки, позволяющие адекватно воспринимать и оценивать организационные и правовые риски в области управления персоналом, предлагать и формализовать правовые решения по их нейтрализации;
- ✓ инновационные способности, т.е. умение не только генерировать новые идеи в сфере правового регулирования и правоприменительной практики в области управления человеческими ресурсами, но и внедрять их с наименьшими социальными издержками.

Особенностью данной программы является преподавание в ней преимущественно авторских курсов, которое осуществляется на базе собственных разработок, учебников, учебных пособий и учебно-методических материалов, не имеющих аналогов. Профессорско-преподавательский состав представлен ведущими российскими учеными в области трудового права и управления персоналом, а также высококвалифицированными специалистами – практиками, занимающими руководящие должности в юридических и кадровых службах крупнейших российских компаний.

Руководитель программы – д.ю.н., профессор **Орловский Юрий Петрович**, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой трудового права НИУ ВШЭ.

Условия зачисления на программу

Прием осуществляется на очную форму обучения на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и на места с оплатой стоимости обучения на договорной основе посредством конкурсного отбора путем зачисления по результатам вступительных испытаний.

Прием документов от кандидатов проводится с 1 июня по 16 июля (включительно).

Вступительные испытания по трудовому праву России (письменно) проводятся с 1 июня по 31 июля по мере формирования групп из числа кандидатов, подавших документы.

Дополнительная информация

На официальном сайте НИУ ВШЭ: <http://www.hse.ru> в разделе «Магистратура», а также на официальном сайте факультета права: <http://pravo.hse.ru>

Контакты

Факультет права:

г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 219
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561, (495) 953-17-91
e-mail: postgraduate_pravo@hse.ru;tp@hse.ru

Приемная комиссия

г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, ауд. 111
Тел.: (495) 771-32-42
e-mail: abitur@hse.ru

Новая магистерская программа «История, теория и философия права»

Магистерская программа «История, теория и философия права» направлена на углубленное изучение теоретико-исторических основ государства и права с одновременным формированием навыков практической работы в правовой сфере. Данная программа нацелена на подготовку юристов с широким междисциплинарным кругозором для:

- ✓ научно-исследовательской и педагогической работы в научных и образовательных учреждениях;
- ✓ практической работы в некоммерческих организациях, в государственных и муниципальных учреждениях по вопросам, связанным с разработкой и обоснованием концепций институциональных реформ, выработкой моделей государственно-правовой политики с последующим аналитическим обеспечением и нормативным сопровождением.

В процессе обучения по программе формируются следующие профессиональные компетенции, необходимые для осуществления:

- организационно-управленческой деятельности в виде способности принимать оптимальные решения и воспринимать управленческие инновации в соответствующей сфере труда;
- экспертно-консультационной, аналитической деятельности по оценке законодательной и правоприменительной практики, подготовке проектов нормативных правовых актов и административных решений в сфере своей профессиональной деятельности;
- научно-исследовательской деятельности в виде способности:
 - ✓ выбирать оптимальные методы исследования и разрабатывать новые, исходя из задач конкретного исследования, с учетом понимания архитектоники и внутренней логики государственного и правового развития;
 - ✓ обрабатывать полученные результаты и анализировать их с учетом знания научных исследований по теории и истории государства и права, сравнительному правоведению и философии права;
 - ✓ вести научно-поисковую работу с привлечением современных информационных технологий;
 - ✓ представлять итоги проделанной работы в виде отчетов, рефератов, статей, оформленных в соответствии с требованиями и с использованием современных средств редактирования и печати;
- научно-педагогической деятельности в ходе формулирования и решения задач, связанных с работой в образовательных учреждениях и требующих углубленных профессиональных знаний;
- культурно-просветительской деятельности в виде организации мероприятий, направленных на повышение общего уровня правовых знаний и правовой культуры граждан Российской Федерации.

Руководитель программы — д.ю.н., д.и.н. **Туманова Анастасия Сергеевна**, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения НИУ ВШЭ.

Условия зачисления на программу

Прием осуществляется на очную форму обучения на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и на места с оплатой стоимости обучения на договорной основе посредством конкурсного отбора путем зачисления по результатам вступительных испытаний.

Прием документов от кандидатов проводится с 1 июня по 16 июля (включительно).

Вступительные испытания по теории государства и права (устно) проводятся с 1 июня по 31 июля по мере формирования групп из числа кандидатов, подавших документы.

Дополнительная информация

На официальном сайте НИУ ВШЭ: <http://www.hse.ru> в разделе «Магистратура», а также на официальном сайте факультета права: <http://pravo.hse.ru>

Контакты

Факультет права:

г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 219
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561
e-mail: postgraduate_pravo@hse.ru

Приемная комиссия

г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, ауд. 111
Тел.: (495) 771-32-42
e-mail: abitur@hse.ru

Новая магистерская программа «Юрист в правосудии и правоохранительной деятельности»

Магистерская программа «Юрист в правосудии и правоохранительной деятельности» направлена на подготовку высококвалифицированных специалистов, обладающих современными знаниями о развивающихся судебной и правоохранительной системах и судебном праве как взаимосвязанном комплексе, обеспечивающем реализацию практических задач судебной власти и реформирования судебных и сопряженных с ними институтов и процедур.

Данная магистерская программа ориентирована на приобретение образования, которое позволит претендовать на занятие требующих шестилетнего высшего юридического образования (поскольку в силу закона для этого недостаточно юридического образования, полученного в бакалавриате) должностей:

- ✓ судей;
- ✓ прокуроров;
- ✓ адвокатов;
- ✓ нотариусов;
- ✓ госслужащих, в том числе и в системе институтов, обеспечивающих организацию судебной деятельности.

Главной задачей программы является формирование системы как теоретических, так и практических знаний, навыков и компетенций, многие из которых являются универсальными для любого юриста в сфере правосудия и правоохранительной деятельности и одинаково необходимы как тем, кто идет на судебскую или иную публичную службу, так и тем, кто нацелен по окончании магистратуры на работу в частном секторе, а равно и тем, кто планирует исследовательскую и педагогическую карьеру в сфере академической деятельности.

Конкурентными преимуществами магистерской программы являются:

- ✓ комплексное углубленное изучение общих для всех видов судопроизводства и выделение специфических отраслевых, требующих особого регулирования проблем процессуального права;
- ✓ изучение правового регулирования и реального функционирования взаимодействующих с судом государственных и общественных институтов, таких как прокуратура, адвокатура, нотариат, органы исполнения судебных актов и управления в судебной деятельности, третейские суды;
- ✓ направленность на анализ и освоение практики судебной защиты и правоохранительной деятельности;
- ✓ нацеленность на подготовку юристов не только для практической работы в судах, правоохранительных, государственных органах, адвокатуре, но и для исследовательской, а также научно-педагогической деятельности в высших учебных заведениях.

Руководитель программы — д.ю.н., ординарный профессор **Моршакова Тамара Георгиевна**, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ, заведующая кафедрой судебной власти и организации правосудия НИУ ВШЭ.

Условия зачисления на программу

Прием осуществляется на очную форму обучения на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и на места с оплатой стоимости обучения на договорной основе посредством конкурсного отбора путем зачисления по результатам вступительных испытаний.

Прием документов от кандидатов проводится с 1 июня по 16 июля (включительно).

Вступительные испытания по судебной власти и правоохранительной деятельности (устно) проводятся с 1 июня по 31 июля по мере формирования групп из числа кандидатов, подавших документы.

Дополнительная информация

На официальном сайте НИУ ВШЭ: <http://www.hse.ru> в разделе «Магистратура», а также на официальном сайте факультета права: <http://pravo.hse.ru>

Контакты

Факультет права:

г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 219
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561, (495)951-05-02
e-mail: postgraduate_pravo@hse.ru, judiciary@hse.ru

Приемная комиссия

г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20, ауд. 111
Тел.: (495) 771-32-42
e-mail: abitur@hse.ru

Научное издание
Труды молодых исследователей по сравнительному праву

Журнал
Выпуск 4 (13)

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
Факультет права
Центр сравнительного права
Издательская группа «Юрист»

Подписано в печать 18.05.2012 г. Формат 60-90/8.
Гарнитура PetersburgС. Печать офсетная. Усл. печ. л. 8,25.
Тираж 999 экз.

Отпечатано в ООО «Национальная полиграфическая группа»
248000, г. Калуга, ул. Светлая, д. 2. Тел. (4842) 70-03-37.

ФАКУЛЬТЕТ ПРАВА НИУ ВШЭ

предлагает Вам продолжить свое образование и приглашает Вас на обучение:

• **в очную и заочную аспирантуру** по специальностям:

- 12.00.01 Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве;
- 12.00.02 Конституционное право; муниципальное право;
- 12.00.03 Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право;
- 12.00.08 Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право;
- 12.00.10 Международное право, Европейское право;
- 12.00.11 Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности;
- 12.00.14 Административное право, финансовое право, информационное право;
- 12.00.15 Гражданский процесс; арбитражный процесс.

Открыты Диссертационные советы по специальностям:

12.00.01, 12.00.02, 12.00.03, 12.00.08, 12.00.11, 12.00.14.

Обучение в аспирантуре осуществляется за счет бюджетного финансирования. Иногородним аспирантам очной формы обучения предоставляется общежитие. С правилами и условиями поступления в аспирантуру можно ознакомиться в Интернете по адресу: <http://www.hse.ru> (раздел «Аспирантура»).

Контактная информация

Отдел аспирантуры и докторантуры факультета права
119017, г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17 (проезд: м. «Третьяковская», м. «Полянка»)
Тел.: (495) 951-52-95, электронная почта: postgraduate_pravo@hse.ru
Адрес в сети Интернет: <http://pravo.hse.ru>

• **в магистратуру** по следующим программам:

Программы, реализующие подготовку магистров юриспруденции с 2011 г.:

– **«История, теория и философия права»**

Руководитель программы – д.ю.н., д.и.н., профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения НИУ ВШЭ **А.С. Туманова**.

– **«Правовое обеспечение управления персоналом»**

Руководитель программы – д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой трудового права НИУ ВШЭ **Ю.П. Орловский**.

– **«Юрист в правосудии и правоохранительной деятельности»**

Руководитель программы – д.ю.н., заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ, ординарный профессор, заведующая кафедрой судебной власти и организации правосудия НИУ ВШЭ **Т.Г. Морщакова**.

Программы, реализующие подготовку магистров юриспруденции с 2010 г.:

– **«Правовая информатика»** (совместная программа с факультетом бизнес-информатики)

Руководитель программы – д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой теории права и сравнительного правоведения НИУ ВШЭ **В.Б. Исаков**.

– **«Финансовое, таможенное и налоговое право»**

Руководитель программы – д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой финансового права НИУ ВШЭ **А.Н. Козырин**.

Программы, реализующие подготовку магистров юриспруденции с 2009 г.:

– **«Корпоративный юрист»**

Руководитель программы – д.ю.н., ординарный профессор, заведующая кафедрой предпринимательского права НИУ ВШЭ **О.М. Олейник**.

– **«Публичное право»**

Руководитель программы – д.ю.н., ординарный профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права НИУ ВШЭ **М.А. Краснов**.

Прием в магистратуру осуществляется на места, финансируемые из средств федерального бюджета, и с оплатой стоимости обучения на договорной основе. Для успешного поступления в магистратуру на базе НИУ ВШЭ создано бюджетное подготовительное отделение. С правилами и условиями поступления в магистратуру можно ознакомиться в Интернете по адресу: <http://www.hse.ru> (раздел «Магистратура»).

Контактная информация

Отдел магистратуры факультета права
119017, г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17 (проезд: м. «Третьяковская», м. «Полянка»)
Тел.: (495) 772-95-90 доб. 5561, электронная почта: postgraduate_pravo@hse.ru
Адрес в сети Интернет: <http://pravo.hse.ru>

Напоминаем требования к оформлению статей, представляемых для опубликования

1. Работа представляется в бумажном и электронном виде:

◆ в электронном виде (формат MSWord 1997–2003) материал направляется на электронный адрес: ccl@hse.ru;

◆ в бумажном виде передается в редакцию журнала в Центр сравнительного права: г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, факультет права НИУ ВШЭ, к. 401, Жуковой Татьяне Сергеевне (тел. (495) 953-51-46).

2. Вместе с файлом статьи представляются в электронном виде:

◆ **сведения об авторе:**

• Ф.И.О. полностью; студент (курс), аспирант (год обучения, кафедра), магистрант (программа); факультет; название вуза, город; контактные тел. и e-mail;

ОБРАЗЕЦ

Иванов Иван Иванович, аспирант 3-го года обучения кафедры международного частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

или

Лисовский Роман Викторович, студент 5-го курса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (г. Москва)

◆ **сведения о научном руководителе:** Ф.И.О. полностью, ученая степень, ученое звание, кафедра, факультет, вуз, город.

ОБРАЗЕЦ

Научный руководитель: Золотников Александр Иванович, кандидат юридических наук, ассистент кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (г. Москва)

или

Петров Игорь Николаевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры судебной власти и организации правосудия факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

◆ **краткая рекомендация научного руководителя** с его подписью и контактными данными.

3. Требования к **формату текста:**

- шрифт текста – Times New Roman, 14-й кегль;
- межстрочный интервал – 1,5;
- страницы должны быть пронумерованы;
- объем статей от 16 000 до 24 000 знаков, включая пробелы и сноски.

4. **Оформление сносок*:**

- сноски печатаются 10-м шрифтом с одинарным межстрочным интервалом;
- нумерация сносок постраничная (в подстрочнике), сквозная;
- автором статьи все цитаты, цифры и сноски должны быть вычитаны и сверены.

5. **Содержание статьи:**

• статьи должны опираться на новые источники зарубежного права, еще не опубликованные в России на русском языке или не введенные в научный оборот иным способом (опубликование краткого пересказа в реферативных и иных подобных сборниках, описание с цитированием в ходе исследования в монографиях, статьях или учебниках, опубликованных в России);

• статьи могут быть посвящены тем или иным правовым институтам в одной зарубежной стране, в нескольких зарубежных странах или в одной или нескольких зарубежных странах в сравнении с российскими институтами.

6. Статьи, направленные авторам **на доработку**, подлежат возврату в редакцию **в рекомендованный срок** с производственными изменениями и исправлениями в тексте **в электронном виде**.

* Рекомендации по оформлению сносок и примеры смотрите на сайте на странице Центра сравнительного права: <http://pravo.hse.ru/claw/projects>