

Труды молодых исследователей по сравнительному праву

№ 1 (14) / 2012

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»

Белых В.С.,
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: ▼

Международное частное право

Горбунова Э.В. Тенденции современной кодификации международного частного права в странах Восточной Европы (на примере Польши и Чехии) 3

Финансовое право

Янкевич С.В. Принцип прозрачности бюджетного процесса: опыт Польши 9

Предпринимательское право

Билецкая С.Д. Акционерные соглашения в праве Англии 14

Черновол К.А. Специфика воздействия государства на предпринимательскую деятельность в современной Китайской Народной Республике 17

Уголовный процесс

Трефилов А.А. Эволюция системы Уголовно-процессуального кодекса Германии 1877 года (до 90-х годов XX века) 23

Семейное право

Постыляков С.П. Правовое регулирование института суррогатного материнства: российский и зарубежный опыт 31

Трудовое право

Бобровникова М.А. Законодательное регулирование увольнения по экономическим причинам в Австралии 37

Научная жизнь

Данилова С.С. Состоялась лекция профессора Кристофера Осакве «Фидуциарный принцип “Duty of loyalty” в праве корпораций США» 41

Жукова Т.С. Юбилейная открытая лекция Кристофера Осакве прошла на факультете права НИУ ВШЭ 47

Горбунова Э.В. Студенты факультета права НИУ ВШЭ приняли участие в Ежегодном международном конкурсе по международному публичному праву им. Филиппа Джессопа 50

Тенденции современной кодификации международного частного права в странах Восточной Европы (на примере Польши и Чехии)*

Горбунова Э.В.**

Начало XXI в. представляет собой новую веху в развитии систематизации международного частного права (далее — МЧП). С 2000 г. в восьми зарубежных государствах были приняты автономные законодательные акты, касающиеся вопросов регулирования имущественных и личных неимущественных отношений, связанных с правопорядком двух и более государств.

Создание автономных законодательных актов о МЧП и «стремление государств иметь единый законодательный акт по вопросам МЧП»¹ признается одной из ведущих тенденций последних лет². Кодификация как способ систематизации все чаще используется законодателями различных стран и представляется одним из наиболее эффективных способов систематизации, при котором «обеспечивается системное нормативное регулирование одного вида общественных отношений путем создания единого, юридически и логически цельного, внутренне согласованного нормативного акта, выражающего содержательную и юридическую специфику структуры обособленных подразделений системы права»³. Возникновение подобных единых кодифицированных актов также свидетельствует о

повышении статуса законодательных актов в сфере МЧП⁴.

Кодификация законодательства представляет собой не только объединение и фиксирование существующих норм, регулирующих определенный круг отношений, но и создание нового нормативно-правового акта, ориентированного на изменения, которые произойдут впоследствии⁵. Автономные законы о международном частном праве, принятые в Чехословакии в 1963 г. и Польше в 1965 г., являлись «собой примеры чрезвычайно успешной (и действующей уже более 40 лет) кодификации»⁶ данной отрасли права. Однако правовые процессы всегда находятся в динамике и должны соответствовать социальной действительности. Именно поэтому, несмотря на длительное успешное существование предыдущих законов о МЧП, законодателями данных государств было принято решение о принятии новых законодательных актов, соответствующих современным тенденциям кодификации права.

4 февраля 2011 г. в Польше был принят и 16 мая 2011 г. вступил в силу новый Закон «Международное частное право»

* В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 12-05-0020 «Кодификационные и унификационные процессы в международном частном праве», выполненного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ»

** Горбунова Эльза Викторовна, студентка 4 курса кафедры международного частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)
Научный руководитель: Гетьман-Павлова Ирина Викторовна, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ Ануфриева Л.П. Международное частное право : учебник. Общая часть. М., 2000. С. 35.

² Кисиль В.И. Нельзя откладывать принятие Закона. URL: <http://www.kisilandpartners.com/rus/knowledge/articles/160/>

³ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 254.

⁴ Муранов А.И., Жильцов А.Н. Национальные кодификации в современном международном частном праве // Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

⁵ Сигалов К.Е. Кодификация и правовое время // История государства и права. 2007. № 3. С. 35–37; Бабаев В.К. Правотворчество // Общая теория права : курс лекций. Нижний Новгород, 1993.

⁶ Гетьман-Павлова И.В., Крутий Е.А. Автономные национальные кодификации международного частного права в XXI веке // Адвокат. 2010. № 4. С. 4.

(Private International Law) (далее — Закон 2011 г.)⁷. Как и действовавший до этого Закон о МЧП 1965 г. (далее — Закон 1965 г.), Закон 2011 г. не содержит норм международного гражданского процесса, однако предусматривает гораздо более детализированное регулирование отношений в области МЧП.

Закон 2011 г. определяет право, применимое к частноправовым отношениям, связанным более чем с одной страной. Данное определение сферы действия этого Закона является более широким по сравнению с Законом 1965 г., который применялся к международным отношениям в сфере гражданского права, семейного, опекунского права и трудового права.

9 ноября 2011 г. проект Закона Чешской Республики о международном частном праве (ZÁKON ze dne 25. ledna 2012 o mezinárodním právu soukromém) (вступает в силу с 1 января 2013 г.) был одобрен Нижней палатой Парламента Чехии. Впоследствии в январе он получил одобрение Сената и был подписан Президентом Чехии (13 февраля 2012 г.). Проект Закона Чехии основан на Законе ЧССР 1963 г. и сохранил перечисление конкретных отношений, к которым он применяется. Кроме того, проект содержит общую норму, согласно которой данный Закон регулирует отношения с международным элементом⁸.

В новых законах Польши и Чехии большое значение уделяется общим положениям, в которых подробно описываются случаи применения иностранного права, или *lex fori*. Так, в Законе Польши 2011 г. сохранен принцип наиболее тесной связи, применимый к иностранцам, обладающим гражданством двух и более стран, а также при невозможности установления обстоятельств, от которых зависит определение применимого права. В ст. 10 Закона 2011 г. предусмотрено применение права, наиболее тесно связанного с правоотношением (в отличие от ст. 7 Закона 1965 г., где устанавливалось применение польского права).

Добавились также положения об обязательном применении императивных норм, однако решение о применении подобных норм должно приниматься с учетом послед-

ствий их применения. Данные положения закреплены и в польском Законе 2011 г., и в проекте чешского Закона 2013 г.

Оговорка о публичном порядке, являясь одним из фундаментальных принципов МЧП, также нашла свое отражение в рассматриваемых законах. Согласно ст. 7 польского Закона иностранное право не применяется в случае, если последствия его применения противоречат основополагающим принципам правопорядка. Проект чешского Закона в § 4 устанавливает, что иностранное право не применяется, если последствия его применения идут вразрез с государственной политикой страны. Кроме того, в данном параграфе также содержатся нормы, касающиеся международного гражданского процесса и устанавливающие, что в признании решений иностранных судов также может быть отказано на основе оговорки о публичном порядке в процессуальном смысле.

Польский Закон 2011 г. не содержит определения иностранца и иностранного юридического лица и закрепляет только общие положения для определения личного закона физических и юридических лиц. Проект чешского Закона, напротив, устанавливает, что иностранцем считается любое физическое лицо, не являющееся гражданином Чешской Республики, а в качестве иностранного юридического лица выступает юридическое лицо, учрежденное за ее пределами. Проект 2013 г., устанавливая правовой статус иностранцев и иностранных юридических лиц, содержит положение, что данные лица обладают личными и имущественными правами наравне с гражданами Чешской Республики, т.е. пользуются национальным режимом. Однако существуют исключения из предоставления иностранным гражданам национального режима на территории Чешской Республики в порядке реторсий и если в иностранном государстве нарушаются основные права и свободы граждан.

Раздел 2 Закона Польши 2011 г. и Часть четвертая Проекта чешского Закона определяют личный статут физических лиц. По Закону 2011 г. правоспособность и дееспособность физического лица определяется национальным законом. Исходя из

⁷ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. // Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. 2011 r. Nr. 80, poz. 432).

⁸ ZÁKON ze dne 25. ledna 2012 o mezinárodním právu soukromém // Sbírka zákonů č. 91 / 2012.

ст. 1–3 этого Закона, можно сделать вывод, что для иностранца национальным правом является право страны его гражданства. Иной подход закреплен в Проекте чешского Закона, где говорится, что право- и дееспособность, если иное не предусмотрено данным Законом, регулируются правом государства, в котором лицо имеет постоянное место проживания. Данное положение отличается от Закона ЧССР 1963 г., в котором в § 3 было установлено, что правоспособность и дееспособность лица определяются правом государства, гражданином которого он является. Что же касается сделки, совершаемой физическим лицом, то как польский, так и чешский законодатель сошлись во мнении, что достаточным условием является ее действительность по праву места совершения.

В отношении вопроса о признании физического лица умершим или подтверждении его смерти Закон Польши 2011 г. отдает предпочтение национальному закону лица, за исключением случая, когда данный вопрос решается польским судом (п. 2 ст. 14). Чешский законодатель предусматривает несколько оснований для рассмотрения данного вопроса в своем суде, как то обычное место проживания в Чешской Республике или нахождения на ее территории определенного имущества (§ 39 Проекта).

Статут юридического лица в Польше и Чехии также регулируется по-разному. Основной привязкой в Проекте чешского Закона является право, в соответствии с которым юридическое лицо возникло, т.е. право места его инкорпорации. В польском Законе в качестве основной привязки выступает право местонахождения юридического лица. Однако если обратиться к п. 2 ст. 17 Закона 2011 г., то можно прийти и к тому, что правоспособность и дееспособность юридического лица будут определяться правом места его учреждения, если это предусмотрено правом местонахождения такого юридического лица.

Помимо право- и дееспособности, право местонахождения или инкорпорации юридического лица будет определять его наименование и фирменное наименование, отношения между организацией и ее акционерами, компетенции и принципы ее функционирования, ответственность акционеров или участников по обязательствам юридического лица (п. 1 § 30 Про-

екта Закона Чехии 2013 г., п. 3 ст. 17 Закона Польши 2011 г.). При совершении сделок юридическим лицом как по польскому, так и по чешскому праву является достаточным наличие правоспособности по праву страны, в которой осуществляется подобная коммерческая деятельность.

Закон Польши 2011 г., как и Проект Закона Чехии 2013 г., содержит положения, направленные на регулирование отношений представительства. Данные нормы являются новаторскими, поскольку представительство не было объектом регулирования ни Закона Польши 1965 г., ни Закона ЧССР 1963 г. Раздел 4 Закона 2011 г. предусматривает, что представительство подчиняется праву, применимому к правоотношению. Что же касается самой доверенности, то она подчиняется праву, избранному доверителем. Если такое право не было избрано, то представительство подчиняется либо праву местонахождения представителя, либо праву страны, где находится коммерческое предприятие представителя, либо праву страны, в которой представитель действительно действовал или должен был действовать.

Раздел 5 Закона Польши 2011 г. и Раздел 2 Проекта Закона Чехии 2013 г. касаются вопросов совершения сделок и их формы. Следует отметить, что Закон Польши 1965 г. содержал только нормы в отношении формы сделки, но не в отношении ее действительности. Закон ЧССР 1963 г. содержал следующую формулировку: «Действительность сделки, а также последствия ее недействительности, если не предусмотрено или для разумного урегулирования отношений не требуется иное, определяются тем же правом порядком, которым определяются последствия сделки».

Современное регулирование вопроса действительности сделки и по Закону Польши 2011 г., и по Проекту Закона Чехии 2013 г. подчиняется праву, применимому к самой сделке. В отношении формы сделки достаточным условием является соответствие ее праву места заключения. Существуют, однако, и исключения из этого принципа. Так, по польскому праву данные положения не применяются к сделкам по распоряжению недвижимым имуществом, а также к сделкам, предметом которых является учреждение, слияние, разделение, преобразование или ликвидация юридиче-

ского лица, не обладающего правоспособностью (п. 2 ст. 25).

Что же касается обязательств, то наиболее значительные изменения по сравнению с предшествующими законами связаны с вступлением Польши и Чехии в Европейский Союз. И польское, и чешское регулирование коллизионных вопросов обязательственных отношений предполагает применение регламентов и директив ЕС. Так, основным нормативно-правовым актом, регулирующим коллизии договорных отношений, является Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 593/2008 от 17 июня 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам»⁹ («Рим I»). Обязательства, возникающие из событий, не являющихся сделками, регулируются Регламентом (ЕС) Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 864/2007 от 11 июля 2007 г. «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам»¹⁰ («Рим II»). Помимо данных регламентов чешский законодатель предусматривает применение международных конвенций, ратифицированных Чехией, — Гагской конвенции 1971 г. о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, и Венской конвенции о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г.

Наличие в современных кодификациях МЧП положений о защите прав потребителя также является нововведением по сравнению со старыми законами. Так, Закон Польши 2011 г. содержит норму (п. 1 ст. 30) о том, что выбор права страны, не являющейся участницей Европейского экономического пространства, подлежащего применению к договору, который тесно связан с территорией как минимум одной страны-участницы, не может иметь

следствием лишение потребителя защиты, предоставляемой ему нормами польского права, имплементировавшего директивы Совета Европейского Союза № 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 г. «О несправедливых условиях в потребительских договорах»¹¹, № 97/7/ЕС от 20 мая 1997 г. «О защите потребителей в связи с контрактами, заключаемыми на расстоянии»¹², № 1999/44/ЕС от 25 мая 1999 г. «О некоторых аспектах продажи и гарантии на предметы потребления»¹³.

По Закону Польши 2011 г. потребитель не может быть лишен защиты, даже если был заключен договор, подпадающий под действие Директивы Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2008/122/ЕС от 14 января 2009 г. «Об охране потребителей относительно некоторых аспектов таймшера, продуктов длительного отдыха, договоров перепродажи и обмена»¹⁴, между государством — членом ЕС и страной, не являющейся участницей Европейского экономического пространства, и применяется право последней. Однако для получения данной защиты необходимо выполнение нескольких условий. Так, например, один из объектов недвижимости может находиться на территории страны-участницы. Если договор непосредственно не связан с объектом недвижимости, то защита предоставляется в следующих случаях:

- предприниматель осуществляет свою хозяйственную или профессиональную деятельность в одной из стран-участниц;
- руководит каким-либо образом такой деятельностью в стране-участнице.

В обоих случаях договор входит в сферу этой деятельности.

Регулирование вещных прав в новых кодификациях МЧП Польши и Чехии осталось прежним и подчиняется принципу *lex rei sitae*. Согласно Проекту Закона Чехии

⁹ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome-I) // Official Journal L 171 of 14.06.2008. P. 6.

¹⁰ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome-II) // Official Journal L 199 of 31.07.2007. P. 40.

¹¹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // Official Journal of the European Communities. N L 95. 1993.

¹² Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts // Official Journal L 144 of 04.06.1997. P. 319.

¹³ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees // Official Journal L 171 of 07.07.1999. P. 12.

¹⁴ Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts Text with EEA relevance // Official Journal L 33 of 03.02.2009. P. 10.

данный принцип применяется и для определения того, будет ли являться данная вещь движимой или недвижимой. Закон Польши 2011 г. также предусматривает, что вещные права на имущество, находящееся в пути, определяются по праву страны, из которой это имущество отправлено. Однако если из обстоятельств дела следует, что вещные права тесно связаны с правом иной страны, применяется право этой страны.

Регулирование прав интеллектуальной собственности, отсутствовавшее в старых законах, нашло свое отражение в Законе Польши 2011 г. и Проекте Закона Чехии 2013 г. Статья 46 Закона 2011 г. предусматривает, что возникновение, содержание, прекращение права интеллектуальной собственности, а также распоряжение данными правами осуществляется по праву страны, в которой имеет место использование такого права. В отношении защиты прав интеллектуальной собственности применяется право страны, на основании которого истребуется такая защита. Также Закон Польши содержит положение, что правомочия работника перед работодателем в отношении прав интеллектуальной собственности, связанных с его деятельностью в рамках трудовых отношений, определяются по праву, применимому к таким отношениям. Проект Закона Чехии 2013 г. в отношении данного вопроса содержит лишь одно положение (§ 80), согласно которому право интеллектуальной собственности регулируется правом, на основании которого они предоставляются и обеспечиваются их защита.

Вопросы семейного права также включены в сферу регулирования новых кодификаций. Право лиц на вступление в брак, как и прежде, регулируется национальным правом сторон (Чехия — правом страны гражданства), а форма брака подчиняется праву места его заключения (§ 48 Проекта Закона Чехии; ст. 49 Закона Польши). Положение супругов в браке, их личные и имущественные отношения регулируются общим национальным правом. Если

супруги являются гражданами различных государств, то применяется право места их общего проживания. В случае невозможности установить такое место чешский законодатель предусматривает применение чешского права, т.е. *lex fori*. Польский законодатель для решения данного вопроса предлагает выявить место обычного пребывания супругов или, в его отсутствие, право страны, с которой супруги вместе каким-либо иным образом тесно связаны (п. 2 ст. 51).

Регулирование отношений между родителями и ребенком, усыновления (удочерения), опеки и попечительства, алиментных обязательств играет важную роль в МЧП. Традиционно установление и оспаривание происхождения ребенка подчиняются национальному праву ребенка на момент его рождения. Проект Закона Чехии 2013 г. также содержит положение, что данный вопрос может регулироваться правом государства, в котором мать ребенка постоянно проживала на момент зачатия, если применение данного права будет в интересах ребенка. Право, применимое к вопросам родительского попечения и контактов с детьми, как в Законе Польши 2011 г. (ст. 56), так и в Проекте Закона Чехии 2013 г. (§ 60) определяется Конвенцией от 19 октября 1996 г. «О юрисдикции, применении законодательства, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мерах по защите детей»¹⁵. Вопросы, касающиеся алиментных обязательств, в обеих странах регулируются Регламентом Совета Европейского Союза № 4/2009 от 18 декабря 2008 г. «О юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и о сотрудничестве по вопросам, касающимся алиментных обязательств»¹⁶.

Закон Польши 2011 г. в сфере международного наследственного права предусматривает широкие возможности подчинения завещания различным правопорядкам. Так, согласно ст. 64 наследодатель в завещании

¹⁵ Council Decision of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify, or accede to, in the interest of the European Community, the 1996 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children and authorising certain Member States to make a declaration on the application of the relevant internal rules of Community law — Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children // Official Journal L 151, 11.06.2008. P. 36–48.

¹⁶ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations // Official Journal L 7 of 10.01.2009. P. 1.

или в ином распоряжении на случай смерти вправе подчинить наследственные вопросы своему национальному закону, праву места своего проживания либо праву места своего обычного пребывания на момент совершения такого волеизъявления или на момент его смерти. Положение, ранее предусмотренное в Законе 1965 г. о применении национального права, теперь действует только в отсутствие выбора права в отношении наследования. Согласно Проекту Закона Чехии 2013 г. правовой статус наследования регулируется законодательством, в котором умерший имел обычное место жительства (в отличие от Закона ЧССР 1963 г., где было указано, что наследственные правоотношения регулируются правом государства, гражданином которого был наследодатель).

Даже при наличии столь подробного регулирования отношений в области международного частного права в обеих странах возможны ситуации, когда ни национальное право государства, ни двусторонние договоры и международные конвенции не содержат необходимых правовых норм для решения того или иного вопроса. Оптимальным решением данной проблемы, которое отражено в ст. 67 Закона Польши 2011 г., является применение принципа наиболее тесной связи, т.е. применения права страны, с которым отношения наиболее тесно связаны.

Несмотря на различные подходы законодателей к регулированию отдельных

вопросов, как-то: личный статус иностранцев, физических и юридических лиц, наличие значительного количества сходных положений в Проекте Закона Чехии 2013 г. и Законе Польши 2011 г. позволяет нам говорить о всевозрастающей тенденции к гармонизации норм МЧП. Продолжая опираться на такие привязки, как *lex fori* и *lex rei sitae*, рассматриваемые законы не только более подробно регулируют традиционные институты сделок, брака, наследства и др., но и содержат новые нормы, касающиеся регулирования прав интеллектуальной собственности и защиты прав потребителей. Усиление значимости роли норм международного и регионального характера также свидетельствует о том, что одной из основных тенденций современности является унификация норм МЧП.

Процесс кодификации является одним из наиболее трудоемких и в то же время эффективных способов систематизации законодательства, который, опираясь на накопленный опыт, позволяет устранить противоречия, восполнить пробелы и заменить устаревшие нормы новыми в соответствии с современными тенденциями¹⁷. Закон Польши 2011 года и Проект Закона Чехии, следующие современным тенденциям кодификации МЧП, одновременно являются и создателями новых тенденций, которые в дальнейшем, несомненно, будут восприняты новыми законодательными кодификационными актами о МЧП.

¹⁷ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть : учебник для студентов юрид. фак. и вузов. Изд. 3-е, перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2005. С. 128.

Принцип прозрачности бюджетного процесса: опыт Польши

Янкевич С.В.*

Согласно п. 1 ст. 216 Конституции Республики Польша от 2 апреля 1997 г.¹, финансовые средства для публичных целей собираются и расходуются в порядке, определенном законом.

Законом, определяющим в соответствии с Конституцией состав доходов и расходов государства, порядок осуществления государственных заимствований, регулирование бюджетного процесса, является Закон от 27 августа 2009 г. «О публичных финансах»².

До этого правовое регулирование финансовой деятельности государства осуществлялось Законом от 30 июня 2005 г. «О публичных финансах»³, который к настоящему времени, за исключением нескольких статей, утратил силу.

Гарантирование прозрачности сектора публичных финансов с целью реализации конституционного права граждан на доступ к информации и стало одним из оснований принятия в 2005 г. нового Закона «О публичных финансах».

В пояснительной записке к законопроекту указано, что «только прозрачность публичных финансов, достигаемая посредством постоянной публикации соответствующих отчетов, способна обезопасить казну от расточительности и легкомыслия властей, предотвратить беспорядок и коррупцию. Прозрачность бюджетной деятельности представляет собою один из фундаментов современного демократического государства, являясь значимым источником силы граждан»⁴.

Закон «О публичных финансах» от 2009 г. сохранил тенденцию, намеченную в предыдущем Законе «О публичных финансах» от 2005 г. Организационно-правовые основы принципа прозрачности бюджетного процесса польский законодатель определил через понятия «jawność» и «przejrzystość», которым посвящен раздел 4 Закона «О публичных финансах», состоящий из 9 статей.

В п. 1 ст. 33 Закона «О публичных финансах» установлено, что все действия, связанные с публичными финансами, должны быть прозрачными. Это означает возможность беспрепятственного доступа граждан к информации обо всех операциях со средствами бюджета.

В научной литературе разделяют прозрачность бюджетного процесса в формальном и материальном смысле⁵.

Формальная реализация принципа прозрачности бюджетного процесса гарантирует открытость деятельности органов государственной власти в сфере публичных финансов и может реализовываться, например, через парламентские дебаты на стадии рассмотрения проекта бюджета и его утверждения и исполнения бюджета. Процедура парламентских дебатов подробно описана в Регламенте Сейма Республики Польша, утвержденном Постановлением Сейма Республики Польша от 30 июля 1992 года⁶.

Материальное понимание заключается в возможности анализа операций со средствами бюджета. Однако если формальная прозрачность реализуется вне зависимо-

* Янкевич Семен Васильевич, аспирант кафедры финансового права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Научный руководитель: Комягин Дмитрий Львович, доктор юридических наук, профессор кафедры финансового права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. // Dziennik Ustaw. 1997. № 78. S. 483.

² Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych // Dziennik Ustaw. 2009. № 157. S. 1240.

³ Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych // Dziennik Ustaw. 2005. № 249. S. 2104.

⁴ Uzasadnienie z dnia 23 kwietnia 2005 r. do projektu ustawy o finansach publicznych // Druk Sejmowy. № 1182.

⁵ Kosikowski C. *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym)*. Warszawa, 2004. S. 107; Lipiec-Warzecha L. *Komentarz do ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych* // Доступ из СПС Ягеллонского университета «System Informacji Prawnej Lex».

⁶ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej // Monitor Polski. 2009. № 5. S. 47.

сти от воли конечного потребителя такой информации, то материальная полностью зависит от формы таких отчетов. В целях полной реализации принципа прозрачности они должны быть предельно детализированы, но должны оставаться понятными большинству граждан. Когда прозрачность и четкость финансовых показателей требует от граждан специальных знаний в области финансового права или экономики, о материальной прозрачности не может идти речи.

Особое значение в этой связи приобретает система бюджетного учета и отчетности, а также бюджетная классификация. Неслучайно в законодательствах многих государств рефреном повторяется положение о преимуществах бюджетной классификации, способствующей сравнению бюджетных показателей разных финансовых лет и более полному представлению о доходах и расходах публично-правового образования.

Однако предписания п. 1 ст. 33 Закона «О публичных финансах» могут не применяться в случае, когда на основании специальных норм или положений, вытекающих из международных договоров, следует воздерживаться от опубликования разного рода документации, которая может содержать в т.ч. и показатели финансовой деятельности государства.

Специальные положения установлены в Законе от 5 августа 2010 г. «Об охране секретной информации»⁷, Законе от 6 июля 2001 г. «О сборе, обработке и передаче криминальной информации»⁸, Законе от 25 июня 1997 г. «О главном свидетеле»⁹ и Законе от 29 августа 1997 г. «Об охране персональных данных»¹⁰.

На основании ст. 5 Закона «Об охране секретной информации» распространению не подлежат сведения, которые могут создать угрозу независимости, суверенитету или территориальной целостности Республики Польша; внутренней безопасности и конституционному порядку; международному положению государства; могут ослабить обороноспособность страны.

Законодательство не ограничивается одним лишь провозглашением принципа прозрачности бюджетного процесса. Важно, что в ст. 34 Закона «О публичных финансах» установлены требования открытости бюджетного процесса.

Во-первых, прозрачность дебатов в Сейме и Сенате, а также представительных органах единиц территориального самоуправления при рассмотрении проекта бюджета, принятии бюджета, обсуждении и утверждении отчетов об исполнении бюджетов.

Во-вторых, опубликование информации об объемах дотаций, выделяемых из бюджета государства и бюджетов единиц территориального самоуправления; дотаций, выделяемых из государственных целевых фондов; ежемесячных отчетов о текущем исполнении бюджета.

В-третьих, прозрачность обсуждения проектов долгосрочных финансовых планов единиц территориального самоуправления.

В-четвертых, обнародование сведений о договорах, заключенных с организациями частного сектора с целью оказания социально значимых услуг; об объемах средств, выделенных на оплату бюджетных обязательств публично-правовых образований; а также информации, подтверждающей выполнение социально значимой услуги и факт ее оплаты.

В-пятых, обеспечение прозрачности деятельности Национального фонда здравоохранения: обнародование данных об источниках поступления доходов и совершаемых расходах, сведений о заключаемых Фондом договоров, об их существенных условиях и прежде всего о цене.

Данная обязанность также установлена и в специальном Законе от 27 августа 2004 г. «О медицинском обслуживании за счет публичных финансов»¹¹. Так, в ст. 135 Закона указано, что Национальный фонд здравоохранения реализует принцип прозрачности, в частности, путем опубликования на своем официальном сайте в сети Интернет информации о заключенных договорах об

⁷ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych // Dziennik Ustaw. 2010. № 182. S. 1228.

⁸ Ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o gromadzeniu, przetwarzaniu i przekazywaniu informacji kryminalnych // Dziennik Ustaw. 2010. № 29. S. 153.

⁹ Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym // Dziennik Ustaw. 2007. № 36. S. 232.

¹⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych // Dziennik Ustaw. 2002. № 101. S. 926.

¹¹ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych // Dziennik Ustaw. 2004. № 210. S. 2135.

оказании услуг, поставке товаров с указанием цены товаров и их количества. Такая информация подлежит обнародованию не позднее чем через 14 дней со дня заключения договоров.

Требование открытости деятельности также содержится в Уставе Национального фонда здравоохранения, утвержденном Распоряжением Председателя Совета Министров Республики Польша от 29 сентября 2004 г.¹²

Механизм исполнения обязанности Национальным фондом здравоохранения и его отделениями в единицах территориального самоуправления выглядит более действенным, учитывая возможность привлечения последних к ответственности в административном или судебном порядке.

Так, из фабулы дела, рассмотренного Воеводским административным судом в Варшаве, следует, что министр здравоохранения Республики Польша на основании ст. 167 Закона «О медицинском обслуживании за счет публичных финансов» обязал руководителя Нижнесилезского воеводского отделения Национального фонда здравоохранения уплатить штраф за несвоевременное опубликование сведений, определенных законом, на официальном сайте отделения Фонда¹³.

В-шестых, прозрачность бюджетного процесса достигается через опубликование перечня субъектов, которым из бюджета государства или единиц территориального самоуправления были выделены дотации или средства на софинансирование выполнения ими заданий или установленных законом полномочий.

В-седьмых, обнародование годовых отчетов о результатах финансовой деятельности органов государственной власти.

В-восьмых, обеспечение доступа граждан к данным бюджетного учета и отчетности; отчетам о результатах деятельности ревизионных органов по проверке целевого использования средств бюджета; аудиторскому заключению на отчет об исполнении бюджета за предыдущий финансовый год.

В-девятых, опубликование в Бюллетене публичной информации отчета об исполнении бюджета за предыдущий финансовый

год и проекта бюджета на очередной финансовый год.

Однако прозрачность, в т.ч. в сфере финансовой деятельности государства, не может быть безграничной и имеет законные пределы, связанные с защитой прав и интересов государства, граждан и организаций.

Статья 35 Закона «О публичных финансах» призывает при реализации принципа прозрачности финансов не забывать о существовании режима тайны информации, например тайны предпринимателя, с которыми органы государственной власти вступили в договорные отношения.

В ст. 36 Закона установлен перечень обязанностей органов публичной власти, участвующих в бюджетном процессе, исполнение которых способствует реализации принципа бюджетной прозрачности.

Так, в соответствии с п. 1 министр финансов Республики Польша представляет общественности следующие виды документов:

(а) данные о результатах финансовой деятельности органов государственной власти, включая информацию о принятых обязательствах, предоставленных гарантиях;

(б) ежемесячные оперативные отчеты об исполнении бюджета с обязательным отражением суммы дефицита или профицита бюджета;

(с) перечень юридических и физических лиц, которым Министерством государственной казны Республики Польша в целях обеспечения исполнения обязательств были предоставлены гарантии или поручительства.

Данные документы подлежат опубликованию в официальном издании «Monitor Polski» ежегодно до 31 мая следующего года. Помимо этих сведений, в соответствии со ст. 38 Закона министр финансов обнародует информацию о соотношении ВВП и объема государственного публичного долга Республики Польша, совокупности долговых обязательств Министерства государственной казны Республики Польша, суммы гарантий и поручительств, предоставленных Министерством государственной казны юридическим и физиче-

¹² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 września 2004 r. w sprawie nadania statutu Narodowemu Funduszowi Zdrowia // Dziennik Ustaw. 2004. № 213. S. 2161.

¹³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 listopada 2005 r. № III SA/Wa 1943/05 // Доступ из СПС Ягеллонского университета «System Informacji Prawnej Lex».

ским лицам в целях обеспечения исполнения обязательств.

Необходимо отметить, что требование публикации вышеупомянутых данных возникает скорее не из принципа прозрачности финансовой деятельности государства, а прежде всего из положения п. 5 ст. 216 Конституции Республики Польша, в соответствии с которым запрещается брать займы или предоставлять финансовые гарантии и поручительства, вследствие которых государственный публичный долг превысит 3/5 объема ВВП.

В данном случае, полагаем, речь идет о недопустимости чрезмерной задолженности государства, что может угрожать экономике страны и, как следствие, суверенитету государства.

Как отмечает В. Скжидло, анализ результатов финансовой деятельности за последние годы показывает, что обозначенные выше показатели не превышают допустимый Конституцией предел¹⁴.

Отдельно Законом «О публичных финансах» установлены обязанности по реализации принципа прозрачности бюджетного процесса для исполнительных органов единиц территориального самоуправления. В целом можно сказать, что положения этой статьи аналогичны обязанностям министра финансов Республики Польша, предусмотренным ст. 34, 36 и 38 Закона «О публичных финансах». Необходимо отметить, что при разработке нового Закона «О публичных финансах» в 2009 г. законодателем впервые были предусмотрены отдельные положения для единиц территориального самоуправления.

Статья 37 Закона «О публичных финансах» определяет два срока обнародования информации о финансовой деятельности единицы территориального самоуправления.

Во-первых, до конца месяца, следующего после окончания квартала, исполнительный орган единицы территориального самоуправления публикует оперативный отчет об исполнении бюджета. Отчет непременно должен включать сведения о собранных доходах и произведенных расходах, информацию об изменениях, внесен-

ных в бюджет в отчетный период, а также данные об имеющемся дефиците или профиците бюджета.

Во-вторых, в срок до 31 мая следующего года исполнительные органы единицы территориального самоуправления обязаны обнародовать следующую информацию:

(а) отчет об исполнении бюджета единицы территориального самоуправления в предыдущем финансовом году с обязательным указанием имеющегося дефицита или профицита бюджета;

(б) отчет об использовании сумм, выделенных из бюджета Европейского Союза;

(с) сведения об объемах обязательств, не предусмотренных бюджетом единицы территориального самоуправления, возникших из решений судов;

(д) отчет об использовании средств, полученных из бюджетов других единиц территориального самоуправления, а также данные о предоставленных единицей территориального самоуправления суммах дотаций другим единицам территориального самоуправления;

(е) перечень юридических и физических лиц, которым органами исполнительной власти единицы территориального самоуправления предоставлены гарантии или поручительства, а также сумма таких гарантий или поручительств;

(ф) перечень юридических и физических лиц, которым предоставлены налоговые льготы и в отношении которых изменен срок исполнения налоговой обязанности, включая предоставление рассрочки или отсрочки, в случае если сумма налогов, по которым предоставлены указанные преимущества, превышает 500 злотых. При расчете следует учитывать не только основные суммы задолженности по уплате налогов, но и суммы процентов за пользование рассрочкой по уплате налога¹⁵.

Предоставление налогоплательщикам налоговых льгот, а также рассрочки или отсрочки уплаты налога должно быть обосновано и документально подтверждено.

Такой подробный перечень обязанностей органов государственной власти, являющихся участниками бюджетного процесса, полностью соответствует требо-

¹⁴ Skrzydło W. Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Krakow, 2002 // Доступ из СПС Ягеллонского университета «System Informacji Prawnej Lex».

¹⁵ Leonard E. Zasady ogłoszenia wykazu podmiotów, którym gminne organy podatkowe udzieliły ulg w zakresie podatków i opłat samorządowych. Teza nr 7 // Dziennik Ustaw. 2009. № 157. S. 1240.

ваниям, предъявляемым разделом I «Четкость функций и обязанностей» Кодекса надлежащей практики по обеспечению прозрачности в бюджетно-налоговой сфере, принятого Международным валютным фондом¹⁶.

Закон Республики Польша «О публичных финансах» содержит подробное описание процедур, действий органов государственной власти и единиц территориального самоуправления по обеспечению открытости операций со средствами бюджетов, в нем поименованы виды отчетов и иные требования к субъектам бюджетного процесса.

Изучение действующего на сегодняшний день правового регулирования прин-

ципа прозрачности бюджетного процесса в Республике Польша позволяет сказать о его полноте и логической завершенности.

В заключение можно определить «прозрачность бюджетного процесса» как доступ граждан к информации о прошлой, текущей и будущей деятельности государства в сфере публичных финансов, о структуре и полномочиях органов государственной власти и иных участников бюджетного процесса, о целях и результатах финансовой деятельности государства, а также осуществление надлежащего правового регулирования и принятие эффективных мер, направленных на повышение открытости публичных финансов на каждой стадии бюджетного процесса.

¹⁶ Официальный сайт Международного валютного фонда. URL: <http://www.imf.org/external/np/fad/trans/rus/coder.pdf>

Акционерные соглашения в праве Англии

Билецкая С.Д.*

Акционерное соглашение представляет собой договор между участниками компании, посредством которого стороны регулируют порядок осуществления ими своих корпоративных прав.

Институт акционерных соглашений, получивший наибольшее развитие в странах англосаксонской системы права, также эффективно применяется и в континентальной Европе, а в 2009 г. был легализован в России посредством внесения норм о соглашениях в ФЗ «Об акционерных обществах»¹ (ст. 32.1) и ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»² (п. 3 ст. 8).

Ввиду отсутствия широкого опыта заключения акционерных соглашений по российскому праву, а также правоприменительной практики мы хотели бы обратиться к зарубежному опыту и посмотреть, что представляют собой акционерные соглашения по праву Англии. Целью настоящей работы является раскрытие основных положений об акционерных соглашениях по праву Англии.

Концептуальные основы. Считается, что акционерные соглашения получили наибольшее развитие именно как институт общего, в частности английского, права на основе *развития принципа свободы договора*. Акционерные соглашения в Англии не закреплены законодательно и при этом распространены на практике. О давности традиции заключения акционерных соглашений в Англии мы можем судить по судебным решениям: самое раннее из тех, которые нам удалось найти, датировано 1916 г.³

Как отмечается, акционерные соглашения выступают одним из важнейших институтов права компаний, при этом английские специалисты до сих пор не нашли ответы на многие вопросы о сущности акционерных соглашений, например, в какой степени соглашение между акционерами связывает саму компанию⁴. Акционерное соглашение является *обязательным только для его сторон*, т.е. не является прямым регулятором корпоративных отношений. При этом в отличие от отечественного подхода автономный характер соглашения не мешает суду принуждать акционера голосовать в соответствии с договоренностями⁵.

Предмет. Акционерные соглашения в английском праве могут регулировать *те же отношения, что и устав компании* (articles of association); законодательство и судебная практика вводят лишь незначительные ограничения в отношении предмета акционерного соглашения. Например, согласно ст. 11 Директивы ЕС о Поглощениях № 2004/25/ЕС⁶ ограничения прав по распоряжению акциями не должны применяться в случае поглощения.

Цель. Как правило, акционерные соглашения заключаются для регламентации отношений сторон по совместной реализации инвестиционных проектов, установления особого порядка взаимодействия компании и акционера, для сохранения конфиденциальными договоренностей о структуре управления компанией.

* Билецкая Светлана Дмитриевна, магистрант 2-го года обучения по программе «Корпоративный юрист» факультета права 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 Федеральный закон от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СПС «КонсультантПлюс».

³ Puddephatt v. Leith [1916] 1 Ch 200 // Справочно-поисковая система «Westlaw database».

⁴ См., напр., Andenas Mads. Shareholders' Agreements: Some EU and English Law Perspectives. URL: http://www.lawschool.tsukuba.ac.jp/pdf_kiyoutl/tlj-01/tlj-01-andenas.pdf

⁵ Puddephatt v. Leith [1916] 1 Ch 200 // Справочно-поисковая система «Westlaw database».

⁶ Директива Евросоюза о Поглощениях (Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids). URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:142:0012:0023:EN:PDF>

Типология. Английские специалисты выделяют следующие типы соглашений между участниками в зависимости от целей их заключения⁷:

1. *Акционерное соглашение в узком смысле (Shareholders Agreement)*. При его заключении преследуются, как правило, следующие цели:

— закрепление прав акционера, которые не будут подлежать защите в случае их включения только в устав (например, стороны могут договориться, что один из акционеров обязан оказывать определенные услуги компании и получать за это оплату);

— регламентация особых отношений между акционерами, которые не связаны с управлением компанией (например, когда один из акционеров назначается профессиональным консультантом компании);

— защита прав миноритарных акционеров;

— обеспечение конфиденциальности достигнутых договоренностей о структуре корпоративного управления.

2. *Соглашение между start-up предпринимателем и венчурным фондом / бизнес-ангелом (Private Equity Investment Agreement)* регламентирует:

— вхождение инвестора в проект (покупка акций, предоставление займов, услуг и пр.);

— вопросы совместного участия в проекте (управление, контроль, предоставление информации и пр.);

— вопросы выхода из проекта.

3. *Соглашение между участниками совместного предприятия (Joint Venture Agreement)* преследует следующие цели:

— регламентировать вопросы совместного управления компанией;

— регламентировать порядок разрешения тупиковых ситуаций (dead-lock).

4. *Соглашения об опционах (Option Agreement)* регламентируют вопросы отчуждения-приобретения акций.

И некоторые другие типы соглашений.

Сторонами соглашения могут быть все или некоторые из *акционеров*, а также само *общество, директора компании и третьи лица*.

В случае если одной из сторон соглашения является компания, соглашение не может ограничивать права компании по сравнению с тем, как это предусмотрено в законодательстве о компаниях⁸. Как указывается, причины, по которым компания (в некоторых случаях — директор компании) становится стороной акционерного соглашения, заключаются в следующем⁹:

- гарантировать действительность договоренностей о голосовании;

- наложить на компанию обязательства, которые в другом случае пришлось бы включать в устав компании (например, вопросы вознаграждения директоров);

- обязать директоров осуществлять управление компанией определенным образом; и др.

Соотношение с уставом компании.

В английской доктрине устав компании преимущественно рассматривается как договор между компанией и ее участниками, а также между самими участниками, имеющих особый публичный характер¹⁰. При этом уставом компании мы условно называем лишь articles of association (регулирует вопросы корпоративного управления). К учредительным документам (constitutional documents) компании в Англии относят также и другие решения и соглашения, фактически изменяющие устав компании¹¹.

Акционерные соглашения могут регулировать те же отношения, что и устав компа-

⁷ Fitzgerald S., Muth G. Shareholders' Agreements. 5th Edition. Sweet & Maxwell, 2009. P. 4, 193, 277, 323.

⁸ Russell v. Northern Bank Development Corporation Limited [1992] 1 WLR 588 // Справочно-поисковая система «Westlaw database».

⁹ Fitzgerald S., Muth G. Op. cit. P. 5.

¹⁰ Согласно ст. 33 Акта «О компаниях» 2006 г. (Companies Act, 2006) положения устава связывают компанию и ее акционеров, как если бы каждый из них принял на себя договорное обязательство соблюдать эти условия. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>. См. также: "Gower and Davies" principles of modern company law / by Paul L. Davies. Sweet & Maxwell, 2008. P. 65; Goulding Simon. Company Law. Second Edition. London, Sydney, 1999. P. 94.

¹¹ В соответствии со ст. 17 Акта «О компаниях» 2006 г. (Companies Act, 2006) memorandum of association (выражает желание учредителей создать компанию, регулирует вопросы уставного капитала и др.) к уставным документам не относится.

нии (например, кворум для голосования на общем собрании). При этом противоречие между уставом компании и соглашением не делает соглашение недействительным. В то же время в ст. 29 и 30 английского Акта «О компаниях» 2006 г. (Companies Act, 2006) указывается на необходимость передачи в регистрирующий орган любых соглашений между всеми акционерами или решений, фактически изменяющих положения устава компании.

Раскрытие информации. Акционерные соглашения носят конфиденциальный характер в частных компаниях. В отношении публичных компаний акционерные соглашения могут подлежать раскрытию. Правила о раскрытии информации напрямую не устанавливают обязанность раскрывать информацию об акционерном соглашении,

однако необходимость раскрытия соотношения прав по голосованию, ограничений на передачу акций и пр. ведет к тому, что такая информация раскрывается¹².

В качестве заключения. Как мы видим, акционерные соглашения в праве Англии представляют собой достаточно гибкий институт: с помощью соглашения акционеры могут изменить систему корпоративного управления компании, установить договорные отношения между акционерами или между акционерами и компанией, решить массу иных вопросов. Судебная защита соглашений и, как правило, их конфиденциальный характер делают соглашения надежным и удобным инструментом, что подтверждается широкой практикой заключения акционерных соглашений по английскому праву¹³.

¹² Ст. 10 Директивы Евросоюза о Поглощениях (Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids). URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:142:0012:0023:EN:PDF>; UK Disclosure Rules and Transparency Rules (DTR) by FSA. URL: <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/DTR>

¹³ О распространенной практике заключения акционерных соглашений в Англии см., напр.: Долинская В.В., Фалеев В.В. Миноритарные акционеры: статус, права и их осуществление / отв. ред. В.В. Долинская. М.: Волтерс Клувер, 2010 // СПС «КонсультантПлюс»; Орбинский В. Заставить согласиться // ЭЖ-Юрист. 2009. № 37; СПС «КонсультантПлюс».

Специфика воздействия государства на предпринимательскую деятельность в современной Китайской Народной Республике

Черновол К.А.*

Введение. Общеизвестно, что Китайская Народная Республика (далее — КНР) в последние десятилетия вышла на лидирующие позиции на мировом рынке. Таких результатов КНР удалось достичь прежде всего благодаря ряду экономических реформ, принятых правительством за последние 30–40 лет. В связи со стремительным подъемом китайской экономики и ростом международного авторитета страны были проведены многочисленные исследования экономистов, историков и политологов по всему миру.

Вместе с тем исследования современных правоведов по данному вопросу крайне немногочисленны, хотя, по нашему мнению, реформы в КНР и связанный с ними подъем представляют определенный интерес для исследователей права.

Целью данной работы является обозначение некоторых специфических черт воздействия государства на предпринимательскую деятельность в современной Китайской Народной Республике.

Большое влияние на правовое регулирование предпринимательства в Китае оказывает идеологический институт «социализма с китайской спецификой». Для того чтобы понять природу такого влияния, необходимо проанализировать данный термин, сопоставив его с имеющимися сегодня трактовками термина «социализм». Такой анализ был проведен В.В. Михеевым¹. Он рассуждает следующим образом: если это «общество всеобщего благоденствия», приходящее на смену современному капитализму, то Китай находится от него на гораздо большем расстоянии, чем Западная

Европа и США. Тогда «социализм с китайской спецификой» представляет собой догоняющий вариант развития страны, идущей по стопам мировых лидеров.

Если понимать под социализмом общество без частной собственности, общество советского типа, то «китайская специфика» — это либо «ревизионизм», либо начальная, незрелая стадия построения «классического» государственного капитализма, когда частная собственность еще уместна.

Если социализм — это реально существующие западноевропейские рыночные демократии, то специфика Китая — в недостаточной развитости, в отсутствии ресурсов для осуществления широкомасштабных социальных программ, а также в отсутствии демократии.

Если ориентироваться на весьма популярный среди китайских реформаторов тезис — «сначала построим процветающее общество, а затем дадим ему название», то понятие «социализм с китайской спецификой» скорее отдает дань коммунистической традиции, чем несет концептуальную нагрузку, которая, однако, проявляется в прагматическом анализе. Тогда «социализм с китайской спецификой» будет равнозначен созданию рыночной экономики, интегрированной в мировое хозяйство, при сохранении монополии на политическую власть в руках партии, в названии которой присутствует слово «коммунистическая»².

Таким образом, значение понятия «социализм с китайской спецификой» можно определить как стремление построить бюрократическо-плюралистическую мо-

* Черновол Кирилл Александрович, студент 3 курса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Научный руководитель: Жукова Юлия Дмитриевна, старший преподаватель кафедры предпринимательского права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ Михеев В.В. Демократизация Китая: уровень, проблемы, тенденции // Мировая экономика и международные отношения. 2006. № 7. С. 53.

² Там же. С. 52–53.

дель взаимоотношений власти и предпринимательства.

На тесное взаимодействие государственного централизма и рыночных отношений в китайской экономике указывает Чжан Юнган. В частности, он пишет о том, что «явления централизма и государственной монополии в китайской экономической системе сохранились, и с начала реформ к ним добавился рыночный фактор»³. Чжан Юнган выделяет следующие характерные черты бюрократическо-плюралистической модели:

- «жесткий контроль государства над крупным бизнесом;
- ведущую роль крупного бизнеса в национальной экономике и областях современных технологий;
- поддержку властью процесса формирования и развития крупного бизнеса;
- участие представителей крупного бизнеса в специальных консультативных советах, позволяющее крупному бизнесу иметь прямые контакты с исполнительной властью и выражать свое мнение по важным вопросам, затрагивающим его интересы»⁴.

Поскольку социализм с китайской спецификой указан в преамбуле Конституции КНР 1982 г. как основная теория развития государства⁵, можно сделать вывод о том, что формирование экономической системы Китая находится всецело в руках государства, а частная собственность, хотя и признается и защищается государством, занимает отнюдь не главенствующее положение в экономике страны. Проанализируем, насколько данная специфика отражена в некоторых законах КНР, регулирующих предпринимательскую деятельность.

Правовое регулирование деятельности компаний, находящихся в полной государственной собственности, и компаний с иностранным капиталом. Исходя из содержания законов КНР «О компаниях» и

«О предприятиях с иностранным капиталом» можно сделать вывод, что предпринимательская деятельность на территории Китая может осуществляться государственными органами, частными лицами и иностранными предпринимателями — физическими и юридическими лицами.

Согласно ст. 2 Закона КНР «О компаниях» 2006 г.⁶ термин «компания» указывает на компанию или акционерную компанию с ограниченной ответственностью, которые были учреждены на территории КНР в соответствии с положениями данного закона. В целом независимо от учредителя закон предусматривает две организационно-правовые формы предприятий: компании с ограниченной ответственностью и акционерные компании с ограниченной ответственностью; последние могут быть закрытыми или открытыми. Кроме того, исходя из текста ст. 7 данного закона, лицензирование деятельности компании является обязательной частью ее регистрации. Датой основания компании, исходя из текста той же статьи, является дата выдачи лицензии, что исключает возможность лицензирования деятельности компании *post factum*. По мнению профессора The George Washington University Дональда Кларка, процедура обязательного лицензирования предпринимательской деятельности является фактором, препятствующим развитию конкурентного рынка. Объясняется такая позиция тем, что нормативное законодательство не может учесть всех нюансов процедуры лицензирования предпринимательской деятельности, а также неэффективностью «надзора сверху» (*top-down supervision*) над лицензированием предпринимательской деятельности⁷.

На наш взгляд, интерес представляют положения ст. 72 Закона КНР «О компаниях». Данная статья регулирует правоотношения, связанные с отчуждением паев. При отчуждении пайщиком своей доли в пользу третьих лиц обязательно согласие

³ Чжан Юнган. Специфика моделей взаимодействия власти и бизнеса в России и Китае в начале XXI века // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2008. № 24 (55). С. 333.

⁴ Там же. С. 335.

⁵ Конституция КНР 1982 г. (с изм. 1988, 1993, 1999, 2004 гг.) / под ред. А.С. Чупанова (официальный перевод на русский язык агентства «Синьхуа»). URL: <http://chupanov.narod.ru/Chinalaw/01/01.htm>

⁶ Закон КНР «О компаниях» от 1 января 2006 года. URL: <http://www.asia-business.ru/law/law2/company/kompany/>

⁷ Clarke Donald C. China: creating a legal system for a market economy // Social Science Research Network. URL: <http://ssrn.com/abstract=1097587>

большинства пайщиков. При этом несогласие других пайщиков расценивается как их воля самостоятельно приобрести отчуждаемые паи.

В ст. 12 анализируемого закона установлена обязанность учредителей четко определять поле деятельности при регистрации компании. Любые изменения поля деятельности должны регистрироваться.

Предпринимательская деятельность неотделима от идеологии политической власти в Китае. Подтверждением этого является тот факт, что ст. 19 Закона КНР «О компаниях» установлено обязательное наличие в компаниях ячеек Коммунистической партии КНР независимо от учредителя.

Отдельный раздел Закона КНР «О компаниях» посвящен общим вопросам правового регулирования компаний, находящихся в полной государственной собственности (разд. 4 главы 2). Одной из главных особенностей таких компаний является то, что они учреждаются Госсоветом или исключительно уполномоченными на это инвестиционными организациями, или департаментами, или органами по контролю и управлению государственным имуществом (ст. 65). Перечень возможных учредителей представляет собой закрытый список. Исходя из того, что других признаков, определяющих компанию как находящуюся в полной государственной собственности, в данной норме нет, можно сделать вывод, что не имеет значения, в чьей собственности фактически находится имущество компании: если ее учредитель входит в приведенный выше перечень, то такая компания считается находящейся в полной государственной собственности. Остается непонятным, могут ли быть компании, находящиеся в полной государственной собственности, акционерными? С одной стороны, термин «компания» в том смысле, в котором он изложен в ст. 2 анализируемого закона, включает в себя и компании, и акционерные компании; с другой, раздел закона, регулирующий учреждение и структуру таких компаний, включен за-

конодателем в главу «Организационная структура компании с ограниченной ответственностью».

Итак, анализ Закона КНР «О компаниях» позволяет сделать вывод о том, что, несмотря на наличие описанных выше особенностей, государство не ставит компании, находящиеся в полной государственной собственности, в привилегированное положение относительно частных компаний.

Рассмотрим теперь особенности правового регулирования деятельности компаний с иностранным капиталом. Отметим, что предприятие иностранного капитала и иностранное предприятие — не одно и то же. Иностранные предприятия учреждаются в зарубежных странах и открывают свои филиалы в КНР; их деятельность регулируется рассмотренным ранее Законом «О компаниях». Предприятия же с иностранным капиталом основываются в КНР зарубежными инвесторами полностью или частично на их собственные средства; их деятельность регулируется Законом КНР «О предприятиях со 100% иностранным капиталом»⁸.

Основными формами присутствия зарубежных компаний в Китае являются совместные предприятия и компании со 100% иностранным капиталом⁹. Основным нормативным документом, регулирующим прямые иностранные инвестиции в экономику КНР, является Каталог — «Руководство отраслей для инвестирования иностранного капитала». В Каталоге перечислены отрасли, в которых поощряется участие иностранных инвестиций, а также сферы деятельности, в которых китайское правительство ограничивает или запрещает использование иностранного капитала¹⁰.

Среди нормативных правовых актов, регулирующих создание и деятельность совместных предприятий, можно назвать Закон КНР «О компаниях», Нормы и правила «О регулировании регистрации компаний», Закон КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала»¹¹ и Правила его

⁸ Закон КНР «О предприятиях со 100% иностранным капиталом» от 12 апреля 1986 г. (по состоянию на 31 октября 2000 г.). URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_wholly_owned_foreign_enterprises

⁹ Совместные предприятия в КНР. URL: http://www.chinawindow.ru/?/ru/articles/joint_company

¹⁰ Каталог—руководство отраслей для инвестирования иностранного капитала от 5 апреля 2007 г. URL: http://www.chinawindow.ru/?/ru/news/fdi_catalog

¹¹ Закон КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» от 1 июля 1979 г. (по состоянию на 15 марта 2001 г.). URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_equity_joint

применения¹², Закон КНР «О контрактных совместных предприятиях китайского и иностранного капитала»¹³.

Правовое регулирование создания и функционирования предприятий со 100% иностранным капиталом регламентируется Законом КНР «О компаниях», упомянутыми выше Нормами и правилами «О регулировании регистрации компаний», Законом КНР «О предприятиях иностранного капитала» и Правилами применения данного закона.

Исходя из текстов законов, регулирующих создание и деятельность предприятий с участием иностранного капитала, их организационно-правовая форма идентична форме национальных китайских компаний. Так, для паевых совместных предприятий предусмотрена форма компании с ограниченной ответственностью (ст. 4 Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала»); для контрактных совместных компаний и компаний со 100% иностранным капиталом особой организационно-правовой формы не установлено, что позволяет применять общие правила, содержащиеся в Законе КНР «О компаниях». Кроме того, в ст. 2 Закона КНР «О контрактных совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» и ст. 8 Закона КНР «О предприятиях со 100% иностранным капиталом» указано, что предприятия приобретают статус юридического лица, если отвечают условиям юридического лица, установленным китайским законодательством.

Законами, регулирующими деятельность предприятий с участием иностранного капитала, установлено, что предприятия иностранного капитала должны способствовать развитию экономики КНР. Более того, указано, что такие предприятия должны использовать современные технологии и оборудование или сбывать всю или большую часть своей продукции за пределами Китая. Отметим, что в данном законоположении не указаны критерии

современности, равно как нет отсылок к правовым актам, в которых такие критерии были бы указаны. Представляется, что данный пункт может быть использован как своего рода заслон для иностранных инвесторов, собирающихся осуществлять торговлю своей продукцией в Китае. Очевидно, что такое законоположение может быть использовано как инструмент для защиты и поддержки китайских предприятий на национальном рынке сбыта.

Протекционистская направленность китайских законов прослеживается и в других нормах. Так, например, в ст. 4 Норм и правил применения Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» указано, что основаниями для отказа в принятии заявления на создание совместного предприятия являются: нарушение суверенитета КНР; противоречие законодательству КНР; несоответствие требованиям развития китайской национальной экономики; угроза загрязнения окружающей среды и нарушение прав и интересов одной из сторон вследствие неочевидного неравноправия заключенного соглашения, договора или устава¹⁴. Представляется, что на перечисленных основаниях может быть отказано в регистрации практически любого предприятия. Таким образом, можно сделать вывод о том, что данные положения закона подтверждают тезис о протекционистской направленности китайских законов о предпринимательской деятельности.

Наконец, рассмотрим положения ст. 5 Закона КНР «О предприятиях со 100% иностранным капиталом» и абзаца третьего ст. 2 Закона «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала». В них установлено, что государство не национализировало и не экспроприировало предприятия иностранного капитала, за исключением особых случаев, когда это необходимо «в интересах общества». Поскольку степень необходимости устанавливается самим государством, можно предположить,

¹² Нормы и правила применения Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» от 20 сентября 1983 г. (по состоянию на 22 июля 2001 г.). URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_equity_joint_ventures_implementation

¹³ Закон КНР «О контрактных совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» от 13 апреля 1988 г. (по состоянию на 31 октября 2000 г.). URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_contractual_joint_ventures

¹⁴ Нормы и правила применения Закона КНР «О паевых совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» от 20 сентября 1983 г. (по состоянию на 22 июля 2001 г.). URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_equity_joint_ventures_implementation

что китайские органы власти оставляют за собой право национализации и экспроприации предприятий иностранного капитала с выплатой «разумной компенсации», размер которой определяется также властными органами.

Исходя из проведенного анализа, можно сделать вывод о том, что в ряде правовых норм национальные китайские предприятия ставятся в более выгодное положение, чем предприятия иностранного капитала. Это выражается прежде всего в ограничении отраслей, в которых иностранцами может осуществляться предпринимательская деятельность. Кроме того, для национальных китайских предприятий законодательно не установлена обязанность способствовать развитию экономики КНР и использовать современные технологии и оборудование; обязанность такого рода установлена только в отношении предприятий с участием иностранного капитала. Вместе с тем профессор MIT Sloan School of Management Яшен Хуан отмечает, что китайское законодательство в отношении предприятий, зарегистрированных за рубежом, более либерально, чем в отношении частных китайских предприятий, поскольку первые обладают большей самостоятельностью в осуществлении предпринимательской деятельности¹⁵.

Важной составляющей правового регулирования предпринимательской деятельности в любой стране является законодательство о банкротстве предприятия. Для того чтобы получить представление о динамике развития этого законодательства, сопоставим Закон КНР «О банкротстве предприятий» от 2 декабря 1986 г.¹⁶ со сменившим его Законом от 27 августа 2006 г.¹⁷ Отметим, что до 2006 г. правовое регулирование банкротства в Китае было установлено только для государственных предприятий (ст. 2 Закона КНР «О банкротстве предприятий» 1986 г.). Также, согласно ст. 7 Закона от 1986 г., только кредиторы могли возбудить иск об объявлении должника банкротом. С 2006 г. должники получили возможность самосто-

ятельно обращаться в суд с ходатайством о проведении финансового оздоровления, проведении примирительной процедуры или признании банкротом и ликвидации. Кроме того, до 2006 г. законодательством о банкротстве была предусмотрена только процедура ликвидации; Закон от 2006 г. предусматривает также финансовое оздоровление, назначение управляющего и примирительные процедуры (главы 3, 8 и 9). Ликвидация предприятия предусмотрена в качестве крайней меры. Таким образом, законодательно закреплены меры по сохранению предприятия и восстановлению его платежеспособности.

Отметим идентичность ст. 37 Закона от 1986 г. и ст. 113 Закона от 2006 г., регулирующих очередность распределения имущества банкрота: в первую очередь выплачиваются задолженности по выплате заработных плат, пособий и компенсаций, т.е. задолженности перед работниками. Затем выплачиваются налоговые задолженности, т.е. долги перед государством. В последнюю очередь совершаются выплаты по заявлениям иных кредиторов. Таким образом, и по старому, и по новому законодательству на первое место ставятся интересы работников, и только после них удовлетворяются требования государства и прочих кредиторов.

Новеллами в Законе от 2006 г. является установление гражданской ответственности за «нарушение обязательств лояльности и заботы о предприятии, приведших к банкротству» (ст. 125) и штрафа за представление документов народному суду или передачу материалов управляющему в нарушение закона (ст. 127). Иными словами, установлена ответственность за умышленное и фиктивное банкротство.

Исходя из сопоставления приведенных выше законов о банкротстве, можно сделать следующие выводы: Законом от 2006 г. введена единая процедура банкротства для государственных и частных компаний. Данный закон призван регулировать процесс сохранения, восстановления платежеспособности и ликвидации обанкротившихся предприятий.

¹⁵ Yasheng Huang. Just How Capitalist is China? // Social Science Research Network Electronic Paper Collection. URL: <http://ssrn.com/abstract=1118019>

¹⁶ Закон КНР «О банкротстве предприятий» от 2 декабря 1986 г. URL: <http://www.iissi.ru/privatedata/inform.method.legal.cn11.htm>

¹⁷ Закон КНР «О банкротстве предприятий» от 27 августа 2006 г. URL: <http://www.goldstar-developments.com/component/content/article/194--1-r#q03>

Выводы. Таким образом, проведенный в статье анализ правового регулирования предпринимательской деятельности в КНР позволяет сделать вывод о том, что специфика государственного воздействия на предпринимательскую деятельность в современной Китайской Народной Республике состоит прежде всего в установлении равного государственного контроля над всеми предприятиями независимо от их учредителя. Несмотря на то, что среди современных исследователей есть мнение о явлениях централизма и государственной монополии над предпринимательством в КНР, законодательного закрепления этих

явлений не прослеживается. Идеологическая составляющая ограничивается обязательным наличием партийных ячеек КПК на предприятиях. Национальные китайские предприятия ставятся законом в более выгодное положение, чем предприятия, учрежденные иностранными лицами, что связано со стремлением китайских законодателей защитить национальные интересы. Это, однако, не препятствует доступу иностранного капитала в китайскую экономику. В целом можно сделать вывод о демократичности правового регулирования предпринимательской деятельности в Китае.

Эволюция системы Уголовно-процессуального кодекса Германии 1877 года (до 90-х годов XX века)

Трефилов А.А.*

Пожалуй, трудно не согласиться с тем, что понимание современных особенностей Уголовно-процессуального кодекса (далее — УПК) Германии (*die Strafprozessordnung, StPO*) невозможно без его рассмотрения в историко-правовом аспекте. Сама дата принятия УПК Германии — 1877 г. — располагает к тому, чтобы проанализировать развитие этого нормативно-правового акта прежде, чем перейти к рассмотрению его современной редакции.

Анализ эволюции УПК Германии представляется целесообразным как минимум по двум причинам. Во-первых, данный Кодекс принят достаточно давно, и его качество является очень высоким, иначе было бы невозможно объяснить, почему он действует уже полтора столетия, несмотря на смену нескольких государственных режимов. Во-вторых, рассматривая исторический путь данного Кодекса, мы можем предвидеть, каким будет его дальнейшее развитие и развитие уголовно-процессуальных систем зарубежных стран, на которые он оказывает влияние.

Итак, в Германии, как и в большинстве стран континентальной Европы, последовательно сменили друг друга несколько моделей уголовного процесса. Исторически первой являлась состязательно-обвинительная форма судопроизводства. Она нашла свое юридическое закрепление в Саксонском зеркале (*der Sachsenspiegel*), в Швабском зеркале (*der Schwabenspiegel*) и в других правовых актах, действовавших на территории отдельных немецких земель.

На смену состязательно-обвинительной форме судопроизводства пришел инквизи-

ционный процесс. Логическим завершением данного процесса стало принятие в 1532 г. на заседании регенсбургского Рейхстага Каролины первого свода общеимперских уголовных и уголовно-процессуальных законов (*Constitutio Criminalis Carolina*)¹. Данный акт действовал в различных немецких землях вплоть до первой половины XIX столетия. Именно тогда на территории Германии стали приниматься достаточно прогрессивные по тем временам уголовные законы, в частности, УК Баварии 1813 г., УК Саксонии 1838 г., УК Вюртемберга 1839 г., УК Брауншвейга и Ганновера 1840 г., УК Гессен-Дармштадта 1841 г., УК Бадена 1845 г., УК Пруссии 1851 г.² При этом уголовный процесс в большинстве немецких земель по-прежнему оставался инквизиционным, хотя и был существенно модернизирован, что выразилось прежде всего в отмене пыток, в предоставлении обвиняемому возможности пользоваться за свой счет услугами защитника, в привлечении к участию в процессе народных заседателей (шеффенов), в сочетании устного и письменного начала процесса.

В результате к середине XIX столетия в немецких государствах сложились две основные модели судопроизводства.

1. В подавляющем большинстве княжеств (Мекленбург-Шверин, Штерлиц, Липпе-Шаумбург, Детмоль и т.д.) продолжал действовать инквизиционный процесс, хотя он и подвергся некоторым модификациям.

2. В некоторых других землях (Саксен-Альтенбург, Любек) произошел переход к смешанному типу судопроизводства,

* Трефилов Александр Анатольевич, аспирант кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (г. Москва)

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 Крашенинникова Н.А. История государства и права зарубежных стран : учебно-методич. пособие. М., 2010. С. 155.

² Ulrich Eisenhardt. Deutsche Rechtsgeschichte. München, 2004. P. 295.

который характеризовался разделением процесса на досудебное тайное письменное производство и судебное гласное устное разбирательство. В отдельных немецких государствах имел место даже суд присяжных, привнесенный Наполеоном во время захватнических войн и не ликвидированный после свержения французского господства.

В середине XIX в. в Германии по-прежнему сохранялся правовой партикуляризм, выразившийся в том, что в каждой немецкой земле действовало собственное законодательство, в частности уголовное и уголовно-процессуальное, и в том, что практически во всех германских государствах большинство правовых отраслей были представлены обширнейшим кругом нормативно-правовых актов, зачастую противоречащих друг другу или дублирующих действующие одновременно с ними законы. Так, в одной только Пруссии одновременно действовали сразу четыре Уголовно-процессуальных кодекса³:

- 1) УПК 1805 г., имевший силу на территории всего княжества;
- 2) УПК 1840 г., также действовавший на территории всего княжества;
- 3) французский Кодекс уголовного следствия (*Code d'instruction criminelle*) 1808 г., действовавший на левом берегу Рейна;
- 4) УПК 1867 г., принятый для того, чтобы он определял порядок уголовного судопроизводства в провинциях, присоединенных к Пруссии в 1866 г.

Объединение немецких земель юридически произошло в 1871 г. и было оформлено принятием Конституции Германской империи (*die Verfassung des Deutschen Reiches*)⁴, вступившей в силу в том же году, но при этом попытки разработать единый свод уголовно-процессуальных законов стали предприниматься значительно раньше.

Еще 18 апреля 1868 г. Рейхстаг Северо-германского Союза принял резолюцию, в которой констатировалась необходимость разработать единое для всей его территории Уголовно-процессуальное уложение. В связи с этим Министерство юстиции Пруссии учредило специальную комиссию

во главе с известным правоведом Леонгардтом. В 1873 г., когда Германия уже была объединена, данный орган представил немецкому Правительству Проект Уголовно-процессуального кодекса⁵, который включал в себя семь частей:

1. Общие положения.
2. Производство в суде первой инстанции.
3. Способы обжалования.
4. Отмена вступившего в законную силу приговора.
5. Участие в процессе потерпевшего.
6. Особый порядок судопроизводства по уголовным делам.
7. Исполнение приговоров и судебные издержки.

Также Проект содержал приложение в виде «Мотивов»⁶, которые состояли из шести глав:

1. Об апелляции.
2. О возобновлении производства.
3. О подследственном заключении под стражу.
4. О частном обвинении.
5. О решении дела в суде присяжных.
6. Об английском законе от 14 августа 1848 г. «О предварительном следствии».

В этом своего рода пояснительном комментарии авторы Проекта привели обоснование, почему при решении наиболее важных вопросов они предпочли тот или иной вариант их законодательного закрепления.

Перед составителями Проекта УПК встал вопрос о том, на чем он должен основываться: одни члены комиссии предлагали взять за основу Уголовно-процессуальное уложение Пруссии 1851 г., другие выступали за необходимость принятия качественно нового акта, и в итоге вторая точка зрения одержала верх. При этом в «Мотивах» утверждалось, что:

1) «...для уголовно-процессуального кодекса невозможно мыслить о создании чего-либо абсолютно нового и при этом оставить в стороне те основы, на которых покоятся немецкие уголовно-производственные законоположения последних десятилетий»;

2) «...едва ли следует упомянуть о том, что задача создать самостоятельный в

³ Устав уголовного судопроизводства для Германской Империи с законом о его введении в действие / пер. И.В. Соболева. СПб., 1878. С. 5.

⁴ Eisenhardt Ulrich. Deutsche Rechtsgeschichte. München, 2004. P. 389.

⁵ Strafprozessordnung. Berlin, 1873.

⁶ Anlagen zu den Motiven. Berlin, 1873.

своей сущности и основаниях новый законодательный памятник не должна быть понимаема так, что проект везде и во всем возможном должен непременно отличаться от существующих законодательств, чтобы таким образом оказаться чем-то вполне новым и оригинальным. Напротив, при составлении этого проекта... принята к руководству мысль, что законодатель не должен стремиться во что бы то ни стало к оригинальному и новому, а должен следовать требованиям здравой законодательной политики и усвоить себе все хорошее, существующее в других законодательствах, и таким образом законодательное дело возвести в образец прогресса и совершенства...»⁷.

В марте 1873 г. Проект, составленный данной комиссией, был передан для подробного и обстоятельного обсуждения в новую комиссию, которую немецкое Правительство сформировало специально для данной цели. В нее вошли 11 наиболее авторитетных германских правоведов, многие из которых также были не только теоретиками, но и блестящими практиками. Ими являлись: президент Пруссии, доктор права Фридберг, прусский тайный советник Ферстер, прусский тайный советник Магер, прусский ординарный профессор права Цахариэ, прусский адвокат Винер, баварский апелляционный судья Штаудирег, саксонский генерал-прокурор Шварце, вюртембергский советник обер-трибунала Биндер, баденский советник министерства юстиции Бингнер, гессенский советник кассационного суда, доктор права Центграф и гамбургский обер-прокурор, доктор права Миттельштедт⁸. К октябрю того же года комиссия, внеся в первоначальный проект лишь незначительные дополнения, завершила свою работу, передав обновленную редакцию УПК Правительству.

В мае 1874 г. была образована третья по счету комиссия, состоявшая в первую очередь из работников Министерства юстиции Германской империи и приглашенных правоведов. Главным изменением, внесенным ею в Проект, явилось введение института суда присяжных наряду с предусмотренным в нем изначально судом шеффенов. В остальном он остался почти нетронутым

и сохранил свою прежнюю структуру — семь книг и 425 параграфов.

В ноябре 1874 г. Проект Уголовно-процессуального кодекса вместе с Проектами Гражданского процессуального кодекса и Закона о судеустройстве был передан на рассмотрение в высший законодательный орган власти Германской империи — Рейхстаг. Для обсуждения УПК, который предстояло принять, учредили еще одну — четвертую по счету — комиссию, состоявшую из 28 депутатов и приглашенных правоведов. В ее Президиум вошли четверо наиболее авторитетных юристов: Бер, Беккер, Шварце и Форкорд де'Биэ. В общей сложности данная комиссия собиралась на заседания 175 раз, а ее Президиум — 100 раз⁹.

На итоговом третьем чтении один из разработчиков УПК Шварце констатировал следующее: «Затруднения, встретившиеся при составлении проекта УПК Германской империи были... значительными... При этом затрудняющие обстоятельства лежали в духе времени, которые встречало составление Кодекса и которых влияние нельзя отрицать. Политические воззрения, как и явления социальной области, всегда отражаются на формах уголовного процесса, и история последнего показывает, что эти элементы часто были руководящими, но не всегда благоприятными для понимания и развития идеи уголовного суда. Однако главные затруднения для немецкого законодательства лежали в самом его предмете, коего разработка должна осуществиться в уголовно-процессуальном кодексе и в том ходе развития, который принял уголовный процесс в Германии...»¹⁰. Эти золотые слова, как никакие другие, являются ответом на вопрос, почему разработка данного Кодекса длилась столь продолжительный период — девять долгих лет, на протяжении которых последовательно осуществляли работу сразу четыре комиссии.

Вскоре после третьего чтения, на котором был принят УПК, 1 февраля 1877 г. его подписал император, и 1 октября 1879 г. данный акт одновременно с Законом о судебной системе вступил в силу.

⁷ Ibid. P. 24.

⁸ Устав уголовного судопроизводства для Германской Империи с законом о его введении в действие. С. 9.

⁹ Там же. С. 13.

¹⁰ Фойницкий И.Я. Судебно-уголовные кодексы Германии // Журнал гражданского и уголовного права. СПб., 1877. № 4—5. С. 43.

Прежде чем говорить о его последующей эволюции, уместно рассмотреть наиболее существенные особенности системы уголовного судопроизводства, которые нашли отражение в данном Кодексе.

Досудебное производство являлось первой стадией уголовного процесса. Его начало не сводилось к какому-либо формализованному решению и вынесению соответствующего постановления. Согласно § 158, «как только Прокуратура получила через сообщение или иным путем сведения о преступном деянии, она для того, чтобы решить, должно ли возбуждаться публичное обвинение, начинает исследовать обстоятельства дела»¹¹. После совершения в рамках дознания необходимых следственных и иных процессуальных действий (в Германии оперативно-розыскные мероприятия никогда не обособлялись в отдельную группу) Прокуратура была обязана принять решение либо об отказе в возбуждении публичного обвинения, либо о возбуждении публичного обвинения (§ 168). В последнем случае она направляла дело в суд и ходатайствовала или о проведении предварительного судебного следствия, или о рассмотрении дела по существу.

Судебное производство могло начаться лишь в том случае, если суд приходил к выводу о том, что имеются достаточные основания для рассмотрения дела по существу (§ 196). По общему правилу в состав суда первой инстанции входили судьи и шеффены либо судьи и присяжные заседатели. Критерием разграничения данных форм отправления правосудия является, соответственно, совместное или раздельное принятие решения профессиональными и непрофессиональными участниками процесса о виновности или невиновности лица, в отношении которого ведется производство по делу.

Особыми видами производства являлись:

1. Производство по вынесению судом приказа о наказании (§§ 447–452).

2. Производство по вынесению полицией распоряжения о наказании (§§ 453–458).

3. Производство при нарушении положений о взимании государственных налогов и податей (§§ 459–469).

4. Производство в отношении отсутствующих лиц, которые уклонялись от исполнения воинской повинности (§§ 470–476).

5. Производство по конфискации и аресту имущества (§§ 477–480).

Способами обжалования судебных актов, не вступивших в законную силу, являлись жалоба (§§ 346–363), апелляция (§§ 354–373) и ревизия (§§ 374–398), а вступившие в законную силу акты могли быть отменены посредством производства в связи с обнаружением вновь открывшихся обстоятельств в пользу осужденного (§§ 399–401) или не в пользу осужденного (§ 402). Право на обжалование предоставлялось как обвиняемому (осужденному), так и прокуратуре, последняя наделялась возможностью использовать данное право в пользу обвиняемого. Если лицо при составлении документа, которым обжаловался какой-либо судебный акт, неверно определило нужный способ обжалования, то одно только это обстоятельство не могло влечь за собой отклонение и нерасмотрение по существу данного документа вышестоящим судом.

Исполнение приговора (§§ 481–495) возлагалось на прокуратуру¹² и должно было производиться на основе засвидетельствованной копии приговора, снабженной подписью об обращении к исполнению, переданной ей секретарем суда. При этом был сделан существенный шаг в сторону отмены смертной казни: при буквальном истолковании § 485, даже если подсудимому вынесен смертный приговор, по общему правилу он не должен быть приведен в исполнение. Смертная казнь допускалась лишь в том случае, если император утвердит данный приговор и примет решение о нежелании воспользоваться правом помилования.

Помимо этого, нельзя не отметить такие важнейшие особенности УПК Германии 1877 г., как:

- наделение обвиняемого правом пользоваться помощью защитника уже на стадии досудебного производства;

- предоставление потерпевшему в определенных случаях присоединяться к возбужденному прокуратурой публичному

¹¹ Strafprozessordnung. Berlin, 1877. P. 33.

¹² Уместно отметить, что в Германии Министерство юстиции и Генеральная прокуратура всегда представляли собой один орган власти.

обвинению для поддержания уголовного преследования;

- широкое допущение применения вместо предварительного заключения под стражу различных альтернативных мер процессуального принуждения;
- максимально возможное ограничение заочного судопроизводства возможностью рассмотрения в таком порядке лишь тех дел, в которых отсутствующему обвиняемому грозит наказание в виде штрафа или конфискации имущества.

Эволюция Уголовно-процессуального кодекса Германии длится уже почти полтора века. Для того чтобы рассмотреть, как он развивался, его эволюцию логично разделить на 5 больших этапов:

1. 1877–1933 гг. — период Германской империи и Веймарской Республики.
2. 1933–1945 гг. — период фашистской диктатуры.
3. 1945–1974 гг. — период от свержения фашистской диктатуры до «большой реформы уголовного процесса».
4. 1974–1987 гг. — период от «большой реформы уголовного процесса» до современного этапа развития.
5. 1987 г. — настоящее время — современный период развития Уголовно-процессуального кодекса.

Безусловно, данная периодизация является предельно условной, но, тем не менее, в целом отражает основные этапы эволюции рассматриваемого нормативно-правового акта. В данной статье, посвященной истории развития системы немецкого УПК, будут проанализированы первые четыре этапа, поскольку последний из них не относится как таковой к истории, являясь отражением его современного состояния.

Рассматривая период развития УПК Германии, длившийся с 1877 по 1933 г., следует отметить, что он продемонстрировал стабильность своего действия. Так, за первые 19 лет в него вообще не было внесено ни одного изменения. Первым Законом о реформе УПК стал принятый в 1896 г. Вводный закон к Германскому гражданскому уложению, причем внесенные в УПК поправки носили чисто редакционный харак-

тер и были направлены исключительно на согласование двух кодексов между собой.

Первые серьезные изменения УПК последовали уже в период существования Веймарской республики¹³. 8 июля 1922 г. принимаются Закон о последующей разгрузке судов (*Gesetz zur weiteren Entlastung der Gerichte*)¹⁴, Закон об упрощении военного уголовного права (*Gesetz zur Vereinfachung des Militärstrafrechts*)¹⁵. В этих актах, несмотря на либерально-демократический настрой законодателя, предусматривалось создание чрезвычайных судов и, вопреки нормам, первоначально содержащимся в УПК, вводилось ускоренное и упрощенное производство по обширному кругу дел. Для него был характерен отказ от ряда важнейших уголовно-процессуальных гарантий: в частности, была ликвидирована стадия предания суду; суду предоставлялось право самостоятельно определять объем исследования доказательств; существенно ограничивалось право на обжалование приговора. В 1924 г. в Германии навсегда был ликвидирован суд присяжных. Но одновременно с этим были внесены и достаточно либеральные изменения: в частности, Закон «Об изменении Уголовно-процессуального кодекса» (*Gesetz zur Abänderung der StPO*)¹⁶ от 27 декабря 1926 г. ввел не известный до этого институт судебного контроля над предварительным заключением лица под стражу.

В период развития УПК, длившийся с 1933 по 1945 г. и обусловленный нахождением у власти фашистов, в данный нормативно-правовой акт вносились исключительно реакционные изменения. Так, по Закону об изменении предписаний Уголовно-процессуального кодекса и Закона о судостроительстве (*Gesetz zur Abänderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG*) от 28 июня 1935 г.¹⁷ были расширены основания для заключения лица под стражу, полностью ликвидирован институт предварительного следствия, суд получил еще более широкие возможности по определению объема исследования доказательств, введено в широких пределах заочное рассмотрение дел, отменен запрет

¹³ Eisenhardt Ulrich. Deutsche Rechtsgeschichte. P. 416.

¹⁴ Meyer-Gossner Lutz. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. München, 2008. S. XXXV.

¹⁵ Ibid. S. XXXVI.

¹⁶ Meyer-Gossner Lutz. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. S. XXXVII.

¹⁷ Ibid. S. XXXVII.

поворота к худшему. 1 сентября 1939 г. было принято «Постановление о мероприятиях в области судостройства и судопроизводства» (*Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege*)¹⁸, которое предусматривало ликвидацию судов шеффенов, предоставление Министерству юстиции права самостоятельно изменять подсудность уголовных дел, был расширен круг дел, подлежащих рассмотрению единоличным судьей, ликвидирован институт обжалования приговоров. Логическим завершением целенаправленного разрушения уголовно-процессуального законодательства стало так называемое четвертое Постановление «Об упрощении уголовного судопроизводства» (*Vierte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege*) от 13 декабря 1944 г.¹⁹, согласно которому:

- была окончательно ликвидирована стадия предания суду;
- была резко усилена карательная власть единоличного участкового судьи;
- если дело рассматривалось в коллегиальном порядке, председательствующему было предоставлено право самостоятельно без участия других судей принимать решение по всем значимым вопросам;
- устранено участие секретаря судебного заседания;
- ведение протокола судебного заседания стало необязательным;
- суду предоставлялось ничем не ограниченное право оглашать протоколы допросов подсудимого и свидетелей;
- вводились специальные военные полевые суды, которые, по сути, представляли собой органы исполнительной власти;
- решение вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу перешло к ведению прокурора.

После разгрома фашистской Германии нацистское законодательство было полностью отменено Потсдамскими соглашениями²⁰. Было восстановлено действие Закона о судостройстве и Уголовно-процессуального кодекса в редакции по состоянию на 1 января 1924 г.²¹

Для третьего периода, длившегося с 1945 по 1974 г., была характерна постепенная либерализация данной правовой отрасли. Многие демократические положения нашли отражение в Основном законе ФРГ (*das Grundgesetz*) 1949 г.²² В частности, ст. 97 закрепила принцип независимости судей, ст. 101 ввела запрет на создание чрезвычайных судов, ст. 102 окончательно отменила смертную казнь, ст. 103 закрепила основные права обвиняемого, ст. 104 предусмотрела немаловажные гарантии, которыми наделяется лицо в случае его заключения под стражу. Достаточно быстро все вышеперечисленные нормы «обросли» многочисленными постановлениями Верховного Суда (*der Bundesgerichtshof*)²³ и Конституционного Суда ФРГ (*der Bundesverfassungsgericht*)²⁴, в которых они получили свое истолкование.

В 1964 г. состоялась так называемая малая реформа уголовного процесса (свое название она получила после проведения так называемой большой реформы уголовного процесса 1974 г., о которой сказано выше), отправной точкой которой послужил Закон об изменении уголовного судопроизводства и судостройства (*Gesetz zur Abänderung der StPO und des GVG*) от 19 декабря 1964 г.²⁵ В данном нормативно-правовом акте содержались следующие достаточно важные новеллы:

- заключение лица под стражу теперь допускалось лишь в том случае, если сторона обвинения могла обосновать опасность

¹⁸ Ibid. S. XXXVIII.

¹⁹ Ibid. S. XXXVIII.

²⁰ Eisenhardt Ulrich. Deutsche Rechtsgeschichte. P. 477.

²¹ Представляется уместным отметить, что в целом восстановление действия Закона о судостройстве и УПК по состоянию на 1 января 1924 г., а не на 1933 г., по мнению автора, не влияет на периодизацию этапов его развития. Очевидно, при решении данного вопроса юристы исходили из необходимости отмены не только тех изменений, которые были внесены в данный нормативно-правовой акт в период фашистской диктатуры, но и тех поправок, которые имели место в непосредственно предшествующий ей этап немецкой истории.

²² URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>

²³ Официальный сайт Верховного Суда ФРГ. URL: http://www.bundesgerichtshof.de/cln_136/DE/Home/home_node.html

²⁴ Официальный сайт Конституционного Суда ФРГ. URL: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/>

²⁵ Meyer-Gossner Lutz. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. S. XL.

его побега или возможность воспрепятствования с его стороны проведению предварительного расследования;

- обвиняемому после завершения предварительного расследования было предоставлено право совместно с защитником знакомиться с материалами уголовного дела, ходатайствовать об истребовании дополнительных доказательств и выразить свое отношение к результатам расследования во время процедуры его «обязательно-заслушивания прокурором»;

- было значительно расширено право обвиняемого, находящегося под стражей, на переписку со своим защитником.

23 ноября 1973 г. произошло принятие так называемого четвертого закона по реформе уголовного права (*Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts*)²⁶, который был направлен на борьбу с терроризмом и предполагал изменения как в уголовном праве, так и в уголовном процессе. Разработка данного акта была напрямую связана с террористическим актом 5 сентября 1972 г. во время проведения Олимпийских игр в Мюнхене. Принятие этого закона во многом ущемляло права обвиняемого, в частности, на общение с защитником, но в то же время предоставляло полиции более широкие возможности по предотвращению терактов и их расследованию.

Для четвертого периода, длившегося с 1974 по 1987 г., были характерны коренные преобразования системы уголовного процесса. Главным из них стала так называемая большая реформа уголовного процесса, связанная с принятием первого Закона по реформе уголовного судопроизводства (*Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*) от 9 декабря 1974 г.²⁷ Наиболее важным шагом со стороны законодателя стала ликвидация предварительного следствия. Теперь в связи с этим единственной формой, а вместе с тем и единственной стадией предварительного расследования становилось полицейское дознание. Одновременно с отменой данной стадии процесса из УПК исчезли и многие права, которыми обладал обвиняемый на данной стадии, в

частности, право совместно с защитником знакомиться с материалами уголовного дела, право заявлять ходатайство об истребовании дополнительных доказательств, заявлять возражения против направления в суд обвинительного акта, право просить прокурора о заслушивании своего мнения о проведенном расследовании.

Спустя 11 дней, 20 декабря 1974 г., был принят Закон о дополнении первого закона о реформе уголовного-процессуального права (*Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts*)²⁸. Данный акт предусмотрел ранее не известный институт исключения защитника из процесса §§ 138a–138d, состоявший в том, что ему мог быть заявлен отвод при наличии следующих обстоятельств:

- если он является соучастником преступного деяния, которое является предметом расследования;

- если он использует связь с обвиняемым, находящимся под стражей, для совершения преступных деяний или нанесения значительной угрозы безопасности в месте лишения свободы;

- если он совершил действие, которое является в случае вынесения приговора обвиняемому пособничеством, уклонением от наказания или сокрытием имущества, добытого преступным путем²⁹.

Помимо этого, данный закон в качестве общего правила запретил защитнику выступать после обвиняемого с объяснениями по поводу исследования доказательств.

В данный период были приняты и другие немаловажные правовые акты, ограничивавшие права участников уголовного процесса со стороны защиты. Закон об изменении Уголовного кодекса, Уголовно-процессуального кодекса, Закона о судоустройстве, Федерального положения об адвокатах и Уголовно-исполнительного кодекса (*Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetz*) от 18 августа 1976 г.³⁰ предусмотрел, что все письма защитника, адресованные обвиняемому в терроризме

²⁶ Ibid. S. XLI.

²⁷ Meyer-Gossner Lutz. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. S. XLII.

²⁸ Ibid. S. XLII.

²⁹ Meyer-Gossner Lutz. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. S. XLII.

³⁰ Ibid. S. XLII.

лицу, находящемуся под стражей, в обязательном порядке должны просматриваться судьей соответствующего суда. Закон об изменении Уголовно-процессуального кодекса (*Gesetz zur Änderung der StPO*) от 14 апреля 1978 г.³¹ в целях изобличения лиц, причастных к террористической деятельности, расширил возможности полиции по обыску жилых помещений; закрепил право прокуратуры и полиции задерживать в целях установления личности не только лиц, подозреваемых в совершении преступления, но и любое причастное к преступлению лицо в той мере, в какой это может помочь расследованию. Паспортный Закон и Закон об изменении Уголовно-процессуального кодекса (*Passgesetz und Gesetz zur Änderung der StPO*) от 19 апреля 1986 г.³² наделил полицию правом в целях задержания подозреваемых и раскрытия преступлений вводить в компьютерные оперативно-справочные системы обширные досье на граждан; кроме того, возможность проверки документов у подозрительных лиц больше не связывалась с какими бы то ни было формальными основаниями.

Таким образом, УПК Германии в своем историческом развитии проделал долгий путь. Главными причинами, объясняю-

щими, почему он смог пережить четыре государственных режима (Германскую империю, Веймарскую республику, фашистскую диктатуру, республику ФРГ, в которой он действует сейчас), являются его системность, тщательная разработка важнейших законодательных положений при его принятии, а также достаточно гибкий характер содержащихся в нем правовых норм, позволяющий корректировать и дополнять их, не разрушая структуру Кодекса в целом. Безусловно, стабильность УПК не стоит преувеличивать: 173 Закона, вносившие в него с 1877 по 2007 г. изменения, сделали свое дело — в Кодексе не осталось почти ни одной нетронутой статьи, которая сохранилась бы в неизменном виде, изменилась даже система стадий, в частности, было ликвидировано предварительное следствие. Но, тем не менее, концептуальные основы немецкого УПК, система его принципов, круг участников процесса, положения о доказывании в целом не претерпели существенных изменений, в чем и заключается заслуга разработчиков данного Кодекса, помимо всего прочего, оказавшего еще и колоссальное влияние на правовые системы других стран.

³¹ Ibid. S. XLII.

³² Ibid. S. XLIII.

Правовое регулирование института суррогатного материнства: российский и зарубежный опыт

Постыляков С.П.*

Введение. Современная демографическая ситуация в Российской Федерации остается сложной, о чем свидетельствуют данные Всероссийской переписи населения, проведенной в 2010 г. По сравнению с переписью населения 2002 г. численность населения уменьшилась на 2,3 млн человек, в т.ч. в городских населенных пунктах — на 1,1 млн человек, в сельской местности — на 1,2 млн человек¹.

Нельзя назвать позитивными данные о коэффициенте естественного прироста (убыли) на 1000 человек населения за январь — декабрь 2011 г., который в целом по России равен 0,9, т.е. является отрицательным².

В этой связи возникает проблема низкой рождаемости. Представляется, что одними из современных инструментов решения данной проблемы являются способы применения вспомогательных репродуктивных технологий (далее — ВРТ), в частности, суррогатного материнства. Отсутствие подробной регламентации понятия «суррогатного материнства», связанных с ним правоотношений в законодательстве современной России порождает большое количество правовых проблем, что существенно снижает эффективность данного вида ВРТ при терапии бесплодия. Это обстоятельство обуславливает актуальность рассматриваемой в данной статье проблематики.

В статье анализируется зарубежный опыт в области применения института сур-

рогатного материнства, дается собственное определение суррогатного материнства, делается акцент на необходимости продолжения развития российского законодательства в данной области.

Правовое регулирование института суррогатного материнства в России. К недостаткам современного российского законодательства в области суррогатного материнства справедливо относят:

- неполноту легального определения суррогатного материнства;
- узость нормативной правовой базы, регулирующей отношения в связи и по поводу суррогатного материнства;
- однополярность функций, направленных только на защиту интересов суррогатной матери³;
- медицинскую односторонность показаний к суррогатному материнству;
- отсутствие правового регулирования договора суррогатного материнства⁴;
- институт согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка лиц, состоящих в браке между собой и давших свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания⁵;
- смешение медицинских и правовых понятий в области суррогатного материнства;
- отсутствие правовой регламентации понятий «генетическая мать», «гестационная мать»;

* *Постыляков Сергей Петрович*, студент 3 курса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Научный руководитель: Матвеева Мария Витальевна, старший преподаватель кафедры гражданского права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва)

¹ Об итогах Всероссийской переписи населения 2010 года. URL: http://www.gks.ru/free_doc/new_site/perepis2010/perepis_itogi1612.htm

² Демография в 2011 г. URL: http://www.gks.ru/bgd/free/b12_00/IssWWW.exe/Stg/dk01/7-0.htm

³ Матвеева М.В., Этко Е.А. Актуальные проблемы суррогатного материнства в современной России // Актуальные вопросы гражданского и предпринимательского права : сб. научных статей. М., 2009. С. 35.

⁴ Там же.

⁵ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.11.2011) // СПС «Консультант-Плюс».

• ограниченность субъектов, обладающих правом использования института суррогатного материнства.

Наиболее приемлемым представляется определение суррогатного материнства, данное Е.С. Митряковой: «Суррогатное материнство — правовая связь между суррогатной (вынашивающей) матерью и супругами (заказчиками), возникающая по поводу имплантации в организм суррогатной матери генетически чужого ей эмбриона для его вынашивания, рождения ребенка и его последующей передачи заказчикам»⁶.

Современное российское законодательство в области суррогатного материнства является фрагментарным, что подтверждается положениями п. 4 ст. 51 и п. 3 ст. 52 Семейного кодекса РФ⁷; п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15.11.1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»⁸; Приказа Минздрава РФ № 67 от 26.02.2003 г. «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия»⁹ (п. 1, 7 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий — Приложение № 1 к Приказу); Федерального закона от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»¹⁰. Такая «эпизодичность» законодательства не в состоянии урегулировать имущественную сторону вопроса¹¹. Отсутствие норм об ответственности за нарушение условий договора суррогатного материнства оставляет добросовестную сторону незащищенной в случае злоупотреблений контрагента.

До недавнего времени пробелы в законодательстве нарушали права бесплодной женщины, не состоящей в зарегистрированном браке. Это обстоятельство является одним из недостатков приведенного выше определения, данного Е.С. Митряковой понятию «суррогатное материнство», которое

противоречит положениям вступившего в силу с 1 января 2012 г. ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — ФЗ № 323). Пункт 3 ст. 55 ФЗ № 323 гласит: «Мужчина и женщина, как состоящие, так и не состоящие в браке, имеют право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии обоюдного информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство. Одинокая женщина также имеет право на применение вспомогательных репродуктивных технологий при наличии ее информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство». В этой связи список показаний к применению ВРТ и суррогатного материнства, в частности, закрепленный в указанном выше Приказе Минздрава, нуждается в расширении. Так, закрепленное в п. 9 ст. 55 ФЗ № 323 легальное определение суррогатного материнства является неполным, в нем отмечается следующее: «Суррогатное материнство представляет собой вынашивание и рождение ребенка (в т.ч. преждевременные роды) по договору, заключаемому между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям». Можно отметить, с одной стороны, расширение легального круга субъектов, которым предоставлено право воспользоваться возможностями института суррогатного материнства. С другой стороны, акцент по-прежнему делается на возможности применения ВРТ только женщиной и только по медицинским показаниям, что порождает правовые препятствия для использования данного правового института в иных обстоятельствах.

⁶ Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 8–9.

⁷ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 30.11.2011) // СПС «Консультант-Плюс».

⁸ Федеральный закон от 15.11.1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Приказ Минздрава РФ от 26.02.2003 г. № 67 «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия» // Российская газета. 2003. 6 мая. № 84.

¹⁰ Федеральный закон от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Российская газета. 2011. 23 ноября. № 263.

¹¹ Матвеева М.В., Этко Е.А. Указ соч. С. 32.

С принятием ФЗ № 323 разрешена проблема коллизионности между правовым и медицинским определением понятия «детородный возраст». По мнению Президента Российской академии репродукции человека В.С. Корсака, детородный возраст не является юридической категорией. В медицине существуют термины «биологический возраст» и «календарный возраст», что не позволяет однозначно трактовать понятие «детородный возраст» и определить его границы¹². В этой связи положениями ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» регламентируется субъектный состав лиц, имеющих право на применение ВРТ; при этом утверждение Порядка использования таких технологий остается за уполномоченным органом исполнительной власти. Так, например, в Приложении № 1 к Приказу Минздрава РФ № 67 от 26 февраля 2003 г., в п. 7 Инструкции по применению методов вспомогательных репродуктивных технологий среди требований, предъявляемых к суррогатным матерям, отмечается возраст от 20 до 35 лет.

Правовая неопределенность в контексте возможности использования института суррогатного материнства одиноким мужчиной по-прежнему сохраняется, что заставляет задуматься о различном правовом статусе мужчины и женщины при использовании данного института. Положения ФЗ № 323 не указывают на возможность для одинокого мужчины прибегнуть к ВРТ, однако данный пробел восполняет судебная практика. Так, например, Сергей С. из Санкт-Петербурга, использовав репродуктивную программу, стал единственным родителем «суррогатных» двойняшек¹³. Однако при регистрации в органах записи актов гражданского состояния его ждал отказ. Таким образом, молодому отцу пришлось добиваться регистрации своих «суррогатных» детей через суд¹⁴. Суть про-

блемы заключается не в разнице прав и обязанностей мужчины и женщины по отношению к ребенку, появившемуся на свет при помощи ВРТ, а в полноте родительских прав на такого ребенка.

При обращении к прецедентному опыту США необходимо отметить значимость следующих судебных решений: *Stanley v. Illinois*¹⁵, *Quilloin v. Walcott*¹⁶, *Lehr v. Robertson*¹⁷. Правовую неопределенность порождает соотношение понятий биологических отношений с ребенком и юридических отношений (родительских прав). В этом аспекте правовой статус биологического отца и биологической матери в США различен, т.к. биологические отношения отца с ребенком недостаточны для того, чтобы считать последнего родителем. В свою очередь, биологическое материнство для женщины достаточно для того, чтобы считать ее родителем. Для определения статуса отца также требуется глубокое вовлечение в процесс воспитания ребенка. Таким образом, конституционно иметь родительские права может только тот мужчина, который активно участвовал в воспитании своих биологических детей¹⁸. Суды США устанавливают приоритет фактических отношений с ребенком над биологическими. В условиях российской действительности данная правовая неопределенность в первую очередь связана с отсутствием законодательной регламентации понятий «генетической мать» и «гестационная мать», что необходимо отнести к недостаткам законодательства о суррогатном материнстве.

Много споров вызывает неопределенность вида договора, отвечающего специфике данных правоотношений, что, безусловно, нуждается в правовой регламентации. В этом контексте представляется интересной позиция Н.Н. Тарусиной, определяющей договор суррогатного материнства в качестве семейно-

¹² Стеблева Е.В. Правовое регулирование института суррогатного материнства за рубежом // Вестник Российской правовой академии. 2009. № 3. С. 90.

¹³ Одиноким петербуржец стал отцом «суррогатной» двойни // Российская газета. 2011. 22 марта. № 59.

¹⁴ Решение Смольнинского районного суда Санкт-Петербурга от 4 марта 2011 г. по гражданскому делу № 2-1601/11.

¹⁵ Цит. по: *Hendricks J.S. Essentially a Mother* // *William & Mary Journal of Women and the Law*. 2007. Vol. 13. P. 432–436 (Case *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651 (1971)).

¹⁶ Цит. по: *Hendricks J.S. Op. cit.* P. 437–439 (Case *Quilloin v. Walcott*, 434 U.S. 246 (1978)).

¹⁷ Цит. по: *Hendricks J.S. Op. cit.* P. 439–440 (Case *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983)).

¹⁸ *Hendricks J.S. Essentially a Mother* // *William & Mary Journal of Women and the Law*. 2007. Vol. 13. P. 429.

правового и представляющей трехступенчатую структуру договорных отношений: «...исследуемые отношения сопровождаются двумя, а возможно, и три договора: первый — между суррогатной матерью и супругами-«заказчиками», второй — между супругами и медицинским учреждением, третий — между последним и суррогатной матерью»¹⁹. Неспособность законодателя на современном этапе урегулировать отдельный вид договора — «договора о суррогатном материнстве» — порождает существенное количество проблем. Так, например, не понятно, как исполнить обязательство надлежащим образом в случае смерти заказчика, или кто несет имущественную ответственность за причиненный здоровью суррогатной матери вред или ее смерть. Неурегулированным остается вопрос о замене лиц в обязательстве и т.д. Разрешение этих и других правовых вопросов невозможно при обращении к нормам ГК РФ общей части обязательственного права, к нормам об отдельных видах обязательств, к нормам о наследственном праве, что в очередной раз подтверждает необходимость легального закрепления положений договора о суррогатном материнстве.

Правовое регулирование института суррогатного материнства за рубежом. Обращение к зарубежному опыту не способно решить обозначенные выше проблемы российского законодательства о суррогатном материнстве. В первую очередь в силу того, что в законодательстве целого ряда европейских государств содержится запрет на применение такой формы искусственного оплодотворения, как суррогатное материнство. К таким странам можно отнести Германию, Францию. В Дании

искусственное оплодотворение запрещено, кроме случаев, когда «яйцеклетка получена от женщины, которая будет рожать ребенка, либо сперма получена от ее партнера»²⁰.

Противоречивым является опыт Соединенных Штатов Америки, т.к. согласно действующей Конституции штаты наделены полномочиями по принятию законодательных актов в области здравоохранения. Так, например, самым прогрессивным штатом в области развития суррогатного материнства является Калифорния. Однако в силу специфики правовой системы США большое значение в формировании регионального законодательства, касающегося вопросов суррогатного материнства, является судебный прецедент. Именно Верховный Суд Калифорнии закрепил все права в отношении ребенка, рожденного суррогатной матерью, за его генетическими родителями²¹. Верховный Суд Нью-Джерси в 1987 г. наделил суррогатную мать Мэри Уайтхед, не желавшую отдать ребенка супружеской чете Стернов, правами матери-визитера, лишив ее материнских прав²².

В законодательстве зарубежных стран нет и единообразия в вопросе субъектного состава правоотношений, связанных с суррогатным материнством. Речь идет о возможности фактических супругов (состоящих в незарегистрированном браке), однополых пар, одиноких женщин и мужчин выступать в качестве «заказчика» по договору суррогатного материнства. Например, в США после соответствующего судебного прецедента (*Dunkin v. Boskey 2000*)²³ неженатые пары получили право использования института суррогатного материнства²⁴. В Голландии однополые союзы приравнены к союзу брачному и т.д.²⁵

В Финляндии вопросы, связанные с применением метода суррогатного мате-

¹⁹ Тарусина Н.Н. Репродуктивные технологии: семейно-правовой аспект // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки. 2008. № 6. С. 28.

²⁰ Матвеева М.В., Этко Е.А. Указ. соч. С. 27; Ч. 2 п. 5 Закона Дании «Об искусственном оплодотворении в связи с медицинским лечением, диагнозом или исследованием и т.д.» («Bekendtgørelse af lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v.») № 460 от 10.06.1997 г. URL: <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=10319>

²¹ Матвеева М.В., Этко Е.А. Указ. соч. С. 24.

²² Митрякова Е.С. Указ. соч. С. 57; Schenker J.G. IVF surrogacy. IFFS surveillance 98 // *Fertil Steril* 1999; 71:5(2). P. 25–27.

²³ Pinkerton T.M. Surrogacy and egg donation law in California. URL: http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.html#N_1

²⁴ Пестрикова А.А. Субъектный состав договора суррогатного материнства // *Цивилист*. 2007. № 2. С. 84.

²⁵ Гражданское и торговое право зарубежных государств / под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2005. Т. 2. С. 525.

ринства и установлением происхождения детей, рожденных вне брака, регулируются Законом «Об установлении отцовства» (Laki «Isyyslaki 5.9.1975/700») 1975 г.²⁶ В Нидерландах, например, запрещены реклама суррогатного материнства, предложения услуг суррогатных матерей и их подбор. В Великобритании допускается только оплачивать текущие расходы на оказание медицинской помощи²⁷, в то время как в Калифорнии развиты коммерческие начала суррогатного материнства.

В Израиле в 1996 г. Кнессетом (כנסת) был принят закон (The Embryo Carrying Agreements Law of 1996), регламентирующий права, обязанности сторон суррогатного материнства и механизм применения данного метода репродукции человека, т.к. он считается наиболее предпочтительным²⁸. В этой стране суррогатное материнство допускается только в отношении гетеросексуальных супружеских пар с учетом следующих условий:

- суррогатная мать является гражданкой Израиля;
- суррогатная мать не имеет генетического родства с ребенком и не связана родством ни с одним из названных (генетических) родителей;
- суррогатная мать принадлежит к той же религии, что и названная мать;
- необходимо получение одобрения комитета, состоящего из социальных работников, врачей и религиозных деятелей²⁹.

В Греции развитие правовых норм института суррогатного материнства связано с 2000 г. Именно в это время действующим министром юстиции М. Stathopoulos был создан Комитет (Рабочая группа) для изучения влияния биотехнологий и генетики на гражданское и семейное законодательство. Комитет должен был иметь дело с такими проблемами, как терапевти-

ческое и репродуктивное клонирование, суррогатное материнство, оплодотворение после смерти и т.д. По итогам работы Комитета был создан законопроект, который был принят Парламентом в начале ноября 2002 г. и стал именоваться как Закон 3089/2002³⁰. Первоначально нормами Закона предусматривалось допущение финансовой выгоды суррогатной матери от заключения договора по вынашиванию ребенка. Однако в скором времени положения Закона были изменены и заметно ужесточены. Положения новой редакции ст. 1458 Закона запрещали получение какой-либо финансовой выгоды суррогатной матерью, устанавливали требования к ее здоровью (возможность забеременеть), отмечали допустимость заключения договора суррогатного материнства только в том случае, если женщина не способна забеременеть по медицинским показаниям³¹. Важно подчеркнуть, что законодательство Греции не относит компенсацию издержек, связанных с исполнением обязательств по договору суррогатного материнства (затраты на консультации врачей, медикаменты и т.д.), к финансовой выгоде суррогатной матери, закрепляя ее право на компенсацию. Размер компенсации подлежит установлению независимым органом, а за злоупотребления в этой области предусмотрена уголовная ответственность.

Таким образом, действующие правовые механизмы в области института суррогатного материнства в зарубежных странах нуждаются в анализе на предмет соответствия правовым, социально-экономическим и морально-этическим реалиям российского общества.

Выводы. Подводя итог вышеизложенному, необходимо отметить положительную тенденцию в развитии российского законо-

²⁶ Стеблева Е.В. Правовое регулирование института суррогатного материнства за рубежом // Вестник Российской правовой академии. 2009. № 3. С. 89; International Encyclopedia of Law. Family and Succession law. The Hague London Boston, 1998. Vol. 3. P. 68; Laki «Isyyslaki 5.9.1975/700». URL: <http://www.edilex.fi/kela/fi/lainsaadanto/19750700>

²⁷ Померанцев Е.И., Козлова А.Ю., Супряга О.М. Законодательное обеспечение вспомогательных репродуктивных технологий // Проблемы репродукции. 2001. № 2; Brisden P.R., Appleton T.C., Murray E., Hussein M., Akagbosu F., Marcus S.F. Treatment by in vitro fertilization with surrogacy: experience of one British centre. *BMJ* 2000; 1: 320(7239): 924-8.

²⁸ Цит. по: Birenbaum-Carmeli D. Contested Surrogacy and the Gender Order: An Israeli Case Study // *Journal of Middle East Women's Studies*. Bloomington: Fall, 2007. Vol. 3. P. 21-24.

²⁹ Ibid.

³⁰ Hatzis A.N. From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece // *Portuguese Economic Journal*. 2009. Vol. 49. No. 3. P. 205-220.

³¹ Ibid.

дательства, касающегося института суррогатного материнства. В первую очередь речь идет о принятии и вступлении в силу нового Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», нормы которого закрепляют легальное определение обозначенного института и расширяют субъектный состав данных правоотношений. Однако российское законодательство в области суррогатного материнства по-прежнему нуждается в конкретизации не только правоотношений, связанных непосредственно со сторонами договора суррогатного материнства, но и правоотношений с их законными представителями и близкими родственниками. Так, например, представляется необходимым урегулировать с учетом специфики данного договора вопрос регистрации в качестве родителей ребенка близких родственников или законных представителей субъектов правоотношений в области суррогатного материнства в случае их смерти до исполнения обязательств по договору. Невозможность применения в данном случае общих положений гражданского законодательства о наследовании в очередной раз подтверждает необходимость правового регламентирования договора суррогатного материнства, где были бы определены вид договора, регулирующего данные право-

отношения, а также меры ответственности сторон; четко определены права и обязанности суррогатной матери и генетических родителей; регламентированы субъектный состав данных отношений и устранен произвол того или иного субъекта в отношении контрагента. Учитывая социальную значимость семейных правоотношений, конституционную защиту материнства, отцовства и детства (ст. 7 Конституции Российской Федерации)³², необходима императивная регламентация существенных условий договора суррогатного материнства в федеральном законодательстве.

С учетом вышеизложенного представляется возможным дать следующее определение суррогатного материнства: «Суррогатное материнство представляет собой вынашивание и рождение ребенка (в т.ч. преждевременные роды) по договору суррогатного материнства, заключаемому на основе федерального законодательства между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям, либо их законными представителями в случае смерти или утраты дееспособности».

³² Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.: с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ // Российская газета. 2009. 21 января. № 7.

Законодательное регулирование увольнения по экономическим причинам в Австралии

Бобровникова М.А.*

*Действительные производственные причины для увольнений по экономическим причинам были главной чертой нового режима регулирования увольнений согласно Work Choices Act 2005 г.
Anthony Forsyth*

Введение. В течение различных исторических периодов времени в Австралии по-разному регулировались вопросы, касающиеся увольнений по экономическим причинам. Цель настоящей статьи — рассмотреть эволюцию данного вопроса в исторической ретроспективе.

Развитие австралийского законодательства по регулированию так называемого «экономического увольнения» (economic dismissal) можно разделить на четыре периода:

I период — до 1993 г.

II период — 1993–1996 гг.

III период — 1996–2005 гг.

IV период — 2006 г. — по настоящее время.

Рассмотрим сначала регулирование «экономических увольнений» в Австралии до 2005 г., охватывающее три периода развития соответствующего законодательства.

Регулирование «экономических увольнений» в Австралии до 2005 г.

В первый период до 1993 г. в Австралии не было законодательного регулирования защиты от несправедливых «экономических» увольнений, в т.ч. увольнений по экономическим причинам на федеральном уровне. Однако была распространена практика регулирования данного вопроса в решениях судов. Широко известным стало решение Австралийской согласительной и арбитражной комиссии (Australian

Conciliation & Arbitration Commission) «О прекращении, изменении и сокращении» (Termination, Change and Redundancy Case) (1984) № 8 IR 34. Данное решение является историческим и часто цитируется при решении дел по сей день: «Дело «О прекращении, изменении и сокращении» также обеспечило некоторую информацию и права для работников в случае изменений, вводимых работодателями, которые могут привести к увольнению по экономическим причинам ...»¹.

Второй период (с 1993 г. по 1996 г.) характеризуется социальной направленностью законодательства и защитой прав работников. Правительство Пола Китинга (премьер-министра Австралии с 1991 по 1996 гг.) создало основу для защиты прав работников от несправедливых увольнений на федеральном уровне, что нашло отражение в принятии ими законов «О реформировании производственных отношений» (Industrial Relations Reform Act (IR Reform Act)) 1993 г.² и «О трудовых отношениях» (Workplace Relations Act) 1996 г.³ Положения последнего акта основывались на Конвенции Международной организации труда 1982 г. № 158 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» (Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer) (далее — Конвенция № 158 МОТ)⁴.

В целом положения австралийского законодательства в этот период могут быть

* Бобровникова Мария Александровна, студентка 4 курса кафедры гражданского права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва); эксперт по Австралии Студенческого журнала по сравнительному трудовому праву

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

¹ Forsyth Anthony. Australian Regulation of Economic Dismissals: Before, During and After “Work Choices”. URL: http://sydney.edu.au/law/slr/slr30_3/Forsyth.pdf. P. 509.

² URL: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/irra1993311/

³ URL: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2005C00626>

⁴ URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158

сведены к следующему. Работодатель мог прекращать трудовые отношения с работником по своей инициативе, если только существовала веская причина или веские причины, связанные с производительностью работника или его поведением или имеющие отношение к требованиям по ведению бизнеса. Работники же, в свою очередь, имели право оспаривать законность «экономического увольнения» и получать средства судебной защиты, включая компенсационные выплаты и восстановление на работе на основании того, что увольнение могло быть проведено без веских к тому оснований или не была соблюдена процедура увольнения. При этом бремя доказывания справедливости увольнения по операционным (рабочим) требованиям бизнеса лежало на работодателе, который доказывал, что сокращение действительно было необходимо и что оно было связано с экономической причиной, и что выбор конкретного работника для увольнения был разумным, законным, обоснованным и объективно заслуживающим оправдания⁵. Необходимо особо выделить положение IR Reform Act в части, касающейся положений, разрешающих работникам или их объединениям получать приказы от Австралийской комиссии по производственным отношениям (Australian Industrial Relations Commission), устанавливающих требования для работодателей об информировании работников о крупномасштабных увольнениях⁶.

Третий период (с 1996 г. по 2005 г.) ознаменован тем, что новое правительство Джона Говарда (премьер-министра Австралии с марта 1996 г. по декабрь 2007 г.) пересмотрело прежнее законодательство социальной направленности. Поправки были нацелены на создание более благоприятных условий для увольнения по инициативе работодателя. В период с 1996 по 2005 г. правительство предприняло ряд шагов по реформированию законодательства о несправедливых увольнениях

«в целях сокращения «давления» законов об экономических увольнениях на работодателей»⁷. Чтобы отразить реформы данного этапа, обратимся к положениям Закона «О трудовом выборе» 2005 г. (Work Choices⁸ Act 2005 г.)⁹, который значительно изменил нормы, регулирующие прекращение трудовых отношений. Было введено несколько исключений из понятия «несправедливое увольнение»:

- «исключение 100 работников» (если численность предприятия составляет менее 100 работников, то работодатель может не соблюдать положения о несправедливом увольнении);

- исключение действительных производственных («эксплуатационных») причин («operational» reasons), т.е. работник не может предъявить никаких требований в том случае, если работа была прекращена из-за того, что работодателю в силу так называемых «эксплуатационных» причин больше не требуется выполнение данной работы. Пояснительная записка к Work Choices Act приводит следующий пример данного исключения: увольнение по причине того, что машина теперь делает то, что раньше делал работник. Кроме того, предписанный законом процесс получения приказов Australian Industrial Relations Commission по получению выходного пособия был отменен. Данный подход к регулированию не только ущемлял права работников, но и прямо противоречил международным стандартам труда. Так, положения Work Choices Act противоречили следующим нормам Конвенции № 158 МОТ:

- исключение действительных производственных («эксплуатационных») причин и понятие Конвенции МОТ «эксплуатационные требования» имели терминологические различия, что позволяло работодателям в некоторых ситуациях, которые имели только отдаленную связь с экономическими причинами, увольнять работников¹⁰;

⁵ Macken J., O'Grady P., Sappideen C., Warburton G. The Law of Employment. 5th ed. Sidney: Lawbook Co, 2002. P. 331–332.

⁶ Под «крупномасштабным увольнением» в законодательстве этого периода понималось увольнение, затрагивающее 15 и более работников.

⁷ Forsyth A. Op. cit. P. 513.

⁸ Дословный перевод с английского — «трудовой выбор» (прим. автора.)

⁹ URL: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2007C00183>

¹⁰ Forsyth A. Protection against economic dismissals. How does Australian law compare with ILO standards and five other OECD countries? URL: <http://www.buseco.monash.edu.au/blt/wclrg/vwra-ed-report-nov-2007.pdf>. P. 2.

— Конвенция МОТ № 158 не разрешает общее исключение из защиты от несправедливого увольнения в отношении увольнений, основанных на эксплуатационных причинах;

— «исключение 100 работников» противоречит положениям Конвенции № 158, т.к. она разрешает некоторые исключения из защиты от несправедливого увольнения, включая защиту малых предприятий, но только в том случае, если создаются существенные проблемы для данного бизнеса.

Регулирование «экономических увольнений» в Австралии после 2005 г. Рассмотрим теперь современный, четвертый период развития австралийского законодательства (с 2006 г. по настоящее время). Новое правительство во главе с Кевином Радом (премьер-министр с 2007 по 2010 гг.) инициировало принятие Закона «О справедливом труде» (Fair Work Act) 2009 г.¹¹, характерной чертой которого является отход от действительных производственных («эксплуатационных») причин и закрепление концепции «необходимого и доказанного сокращения» (genuine redundancy). В ходе данной реформы были устранены противоречия с Конвенцией № 158 МОТ.

В настоящее время в доктрине и практике австралийского права сложилось понятие «увольнение по экономическим причинам» на основе Конвенции № 158 МОТ. Согласно ст. 4 данной Конвенции «трудовые отношения с трудящимися не прекращаются, если только не имеется законных оснований для такого прекращения, связанного со способностями или поведением трудящегося или вызванного производственной необходимостью предприятия, учреждения или службы». Увольнение работников по экономическим причинам обычно основывают на операционных, технологических или сходных причинах, вытекающих из «реструктуризационных» решений работодателей¹².

При этом увольнение по экономическим причинам должно производиться в соответствии с законодательно установленной

процедурой. Увольнение работника в случае необходимого и доказанного сокращения имеет место, если работодателю больше не нужен труд работника для выполнения работы из-за изменений в эксплуатационных требованиях на предприятии работодателя¹³. Fair Work Act 2009 (далее — FWA 2009)¹⁴ приводит примеры необходимого и доказанного сокращения: работа стала механизированной, произошел спад деловой активности или поглощение компании, или ее реорганизация. Если Fair Work Australia (Австралийская организация по трудовым отношениям)¹⁵ признает, что имело место genuine redundancy, то в этом случае, согласно FWA 2009, уволенный работник не имеет права подать жалобу о несправедливом увольнении.

Заключительные положения. Таким образом, мы проследили путь развития австралийского законодательства с момента отсутствия в нем регулирования увольнений по экономическим причинам на федеральном уровне до принятия комплексных законов, регулирующих «экономическое увольнение». Развитие австралийского трудового законодательства отличает разнообразие подходов к регулированию данного вопроса. Периодически законодатель ставит на первое место то экономические интересы и интересы работодателя, то принимает во внимание интересы работника.

Проанализировав законодательство по регулированию «экономических увольнений», можно сделать следующие выводы.

В период с 1993 по 1996 г. австралийское законодательство ориентировалось на интересы работника, поскольку были установлены действенные механизмы защиты прав работников, которые были рассмотрены выше. В период с 1996 по 2005 г. австралийское правительство пересмотрело свои взгляды на этот вопрос, не учитывая при этом мнение профсоюзов и работников. Данный период характеризуют следующие

¹¹ URL: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00483>

¹² Forsyth A. Australian Regulation of Economic Dismissals: Before, During and After “Work Choices”. URL: http://sydney.edu.au/law/slr/slr30_3/Forsyth.pdf

¹³ URL: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2009C00392>. Section 38 Meaning of genuine redundancy.

¹⁴ URL: <http://www.executivedismissal.com/redundancy.html>

¹⁵ Fair Work Australia (FWA) является организацией, призванной регулировать производственные отношения. Была создана правительством Лейбористской партии в 2009 г.

необдуманные, по мнению автора, нововведения:

- заметно сократились права работников на защиту от несправедливых увольнений;
- изменились требования к численности предприятий, работники которых наделены правом подавать иски в целях защиты от несправедливых увольнений;
- кроме того, было введено несколько исключений из понятия «несправедливое увольнение», рассмотренных в настоящей статье.

Если Work Choices Act 2005 г. открыто защищал интересы работодателя, то после 2005 г. правительство Австралии,

осознав социальные неблагоприятные последствия положений Work Choices Act¹⁶, скорректировало курс развития законодательства в данной сфере с либерального на социально ориентированный. Достижением данного гуманного, социально ориентированного курса стал отказ от концепции действительных производственных («эксплуатационных») причин и закрепление понятия «необходимого и доказанного сокращения» (genuine redundancy)¹⁷, что позволило австралийскому законодательству по регулированию увольнений по экономическим причинам соответствовать международным стандартам.

¹⁶ Бобровникова М. Судьба либеральных реформ в сфере труда // Студенческий журнал по сравнительному трудовому праву. 2009. № 2. URL: www.hse.ru/data/2010/01/10/1230597346/Australia_2_2009_T1.pdf

¹⁷ Там же. С. 5.

Состоялась лекция профессора Кристофера Осакве «Фидуциарный принцип “DUTY OF LOYALTY” в праве корпораций США»

10 марта 2012 г. на факультете права НИУ ВШЭ состоялась лекция профессора кафедры гражданского права НИУ ВШЭ Кристофера Осакве на тему «“Duty of loyalty” (fiduciary principle) in American law of corporation». Лекция была посвящена теоретическим и практическим особенностям толкования ключевой фидуциарной обязанности в корпоративном праве США. Поскольку в отечественном законодательстве также есть определенные формулировки статей, устанавливающие требования для лиц, осуществляющих управление в обществе (ст. 44 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», ст. 71 ФЗ «Об акционерных обществах»), то актуальность проблематики лекции профессора К. Осакве не вызывает сомнения. В данном обзоре мы представим вниманию читателей журнала основное содержание прошедшей лекции.

Теоретические основы фидуциарного принципа “Duty of loyalty”. Во вводной части лекции профессор К. Осакве остановился на этимологии слова «fiduciary», берущего свои истоки в общем праве, которое, как известно, всецело пропитано принципом доверия — «trust», разработанным при этом по большей части для институтов гражданского права. Система общего права выделяет 11 видов обязательств, одними из которых и являются фидуциарные обязательства (fiduciary obligation). Характеристика подобного рода обязательства была дана в Англии еще в 15 в.: фидуциарное обязательство подразумевает обязанность высочайшей лояльности, наибольшей верности и безупречной преданности. В основе данного обязательства лежит договор агентирования, сторонами которого

являются агент и принципал. Сущность договора заключается в том, что агент есть alter ego (лицо заменяющее) принципала; он должен всегда быть лояльным, преданным и верным по отношению к принципалу, иными словами — независимо от обстоятельств ставить интересы принципала выше своих личных интересов. Со временем институт фидуциарных обязанностей «перекочевал» из гражданского права в лоно корпоративных отношений, поэтому субъектный состав обязательства нуждался в дополнительной конкретизации. В качестве принципала в наиболее общем смысле выступает сама корпорация, а фидуциариями, с точки зрения корпоративного права США, могут быть:

- директора (штатные и внештатные);
- управляющие — «officers» (исполнительные и штатные сотрудники корпорации);
- контролирующие акционеры¹;
- работники, не являющиеся директорами и управляющими (low-level employees);
- материнская компания, которая несет фидуциарные обязанности перед дочерней.

Помимо указанных категорий, фидуциариями² считаются их родственники, которые также должны ставить свои интересы «ниже» интересов принципала³.

Основными источниками в рамках американского права, раскрывающими содержание рассматриваемого принципа “Duty of loyalty”, на настоящий момент являются:

- английское общее право (English common law);
- судебный прецедент (case law);
- статутное право — Кодекс Соединенных Штатов (United States Code), а также кодексы отдельных штатов;

¹ В данном случае лицо необязательно должно быть мажоритарным акционером, основной критерий — возможность заблокировать принимаемое решение ввиду расщепления (раздробленности) общего количества акций среди всех акционеров корпорации.

² Синонимичными понятиями для термина «агент» могут выступать: «доверенное лицо» (fiduciary), «лицо замещающее» (alter ego).

³ Палата лордов (House of Lords) уточнила, кто в данном случае может относиться к числу родственников. В данную категорию входят: супруги, родители, сестры, братья лиц, являющихся агентами.

– Модельный закон США о предпринимательских корпорациях (Model Business Corporation Act);

– разъяснения Американского института права (American Law Institute — Restatements of the Law), являющиеся доктриной для суда;

– Правила профессиональной этики юриста (ABA Model Rules of Professional Conduct)⁴.

Ключевым вопросом, обсуждаемым на лекции, стал анализ ситуаций, которые вызывают на практике подозрение в надлежащем осуществлении фидуциарием своих обязанностей. Такие обстоятельства были условно поименованы профессором К. Осаке «Red flag situations» и выделены в следующие группы.

1. Наиболее очевидной ситуацией, заставляющей уделить особое внимание поведению агента, является совершение им сделок с корпорацией (self-dealing), т.е. выступление одновременно с обеих сторон в сделке, когда конфликт интересов наличен. Директор заключает договор с корпорацией или продает/покупает у нее имущество. При этом он является членом Правления корпорации, т.е. участвует в принятии решения о заключении контракта с самим собой. Проиллюстрировать подобные сделки может следующий пример. Основным видом деятельности корпорации является строительство гостиниц. Директор, выступая в качестве собственника земельного участка, убеждает других директоров корпорации совершить сделку по покупке участка от имени компании за 1 млн долл. При этом, будучи продавцом, он участвует в процессе принятия решения о совершении сделки по покупке участка корпорацией. В данном случае исковые требования к такому директору могут быть обусловлены неразумной ценой сделки.

2. Подозрения на нарушение фидуциарием требований лояльности, верности корпорации могут также возникнуть, когда действия лица направлены на получение чрезмерных, необоснованных доплат, компенсаций (excessive executive compensation). Например, директор убедил остальных директоров компании повысить ему заработную плату, о чем было принято

соответствующее решение. Подобное решение также может стать поводом для возбуждения судебного разбирательства в отношении директора по причине неразумности суммы установленных ему доплат.

3. Среди прочих нарушений фидуциарием обязанности быть верным интересам компании можно выделить следующее: присвоение им экономической возможности, которую он мог отдать, уступить корпорации (usurpation of corporate opportunity). В качестве примера на лекции была приведена такая ситуация. Декан факультета иностранных языков одновременно является учредителем средней школы, занимающейся подготовкой абитуриентов для поступления в вуз на отделение иностранных языков. Во время отпуска в Москве к декану поступило предложение организовать обучение иностранному языку 500 московских студентов по программе обмена в США. В данном случае предложение ему поступило как частному лицу, но в то же время он занимал пост декана в университете (т.е. являлся субъектом фидуциарного обязательства) и был владельцем школы. С точки зрения фидуциарной обязанности в качестве лояльного по отношению к компании поведения от декана ожидаются следующие действия: он должен сообщить информацию принципалу — университету о возможности организации стажировки московских студентов. Причем фактические возможности вуза принять и обучать студентов по обмену не имеют значения: не важно, обладает ли университет достаточными ресурсами для их размещения, имеется ли инфраструктура для подготовки такого количества учащихся. Однако экономическая возможность, о которой необходимо сообщить агенту, должна лежать в области интересов принципала, относиться к его сфере деятельности.

Декан должен предоставить право выбора университету — принимать предложение об обучении студентов или нет, он не вправе подменять волю принципала. Если лицо несет фидуциарные обязанности перед несколькими принципалами, агент также не может отдавать приоритет одному из них: он должен довести информацию до всех, оставив дальнейшее разрешение си-

⁴ Следует отметить, что если юрист корпорации является одновременно членом ее Правления, то создается ситуация «двойного» подчинения: закону и Правилам профессиональной этики юриста.

туации на их усмотрение. Иными словами, конкуренция агента и принципала не допускается, что, однако, никоим образом не отражается на возможности фидуциария конкурировать с третьим лицом.

Не имеет при этом существенного значения и тот факт, что к директору обращались как к частному лицу: он прежде всего несет фидуциарные обязанности перед университетом⁵, поэтому его интересы как владельца школы должны быть второстепенными по отношению к интересам вуза.

Следует также обратить внимание на то, что форма доведения информации до принципала в американском корпоративном праве не важна. Агент должен сообщить принципалу сведения о такого рода экономических возможностях любым образом, причем бремя доказывания лежит на ответчике: он должен предоставить подтверждение того, что исполнил свою обязанность по информированию общества надлежащим образом. Таким образом, главное — факт, а не форма доведения информации до принципала.

Между тем агент не всегда будет нести ответственность за решения, умаляющие интересы корпорации при присвоении им корпоративной возможности. На практике были выработаны следующие условия, при одновременном выполнении которых фидуциарий может «отойти» от своих обязательств, не нести ответственность перед компанией:

- агент дал возможность совету директоров или общему собранию акционеров корпорации принять решение, т.е. есть соответствующее одобрение;
- решение независимое, т.е. одобрено независимыми лицами в процессе голосования, причем агент в данном случае не принимал участия в голосовании или не обсуждал вопрос, не участвовал в дискуссии или не присутствовал на голосовании;
- решение принято большинством голосов незаинтересованных лиц;
- агент полностью раскрыл информацию перед корпорацией (full disclosure).

Возможна ситуация, в которой большинство незаинтересованных акционеров приняли решение о заключении сделки, но отсутствует ратификация со стороны директоров. В таком случае сделку можно

санировать, если она является действительно справедливой, законной для корпорации (intrinsic fairness), т.е. не умаляет интересы компании. Причем бремя доказывания важности, справедливости такой сделки для компании лежит на директоре: он должен предоставить подтверждение того, что совет директоров одобрил сделку, а перед акционерами им были раскрыты все существенные факты, касающиеся транзакции.

Если же совет директоров одобрил сделку, но ратификация со стороны общего собрания акционеров произошла постфактум, то сделку могут отменить, в случае если в результате ее совершения активы компании существенно уменьшились (waste of corporate assets), даже при условии, что такая транзакция соответствует требованию intrinsic fairness. Срок исковой давности согласно американскому праву в данном случае общий — 3 года. Акционер, обращающийся с подобным иском, должен доказать, что компания понесла существенные имущественные потери, а наличие факта причиненных компании убытков в связи с излишним расточительством в конечном итоге устанавливает суд.

Корпоративному праву США известна еще одна конструкция — good business judgment, т.е. презумпция принятия правильного бизнес-решения управляющим. Это означает, что если отсутствуют перечисленные выше обстоятельства, вызывающие подозрение в лояльности фидуциария по отношению к корпорации, то все решения, принимаемые агентом в рамках осуществления им своих полномочий, одобряются судом. Если же есть хотя бы одно из указанных обстоятельств, то презумпция правильного бизнес-решения не действует, а суд оценивает факт растраты активов компании.

4. В последнюю группу «подозрительных обстоятельств», требующих оценки поведения фидуциария, можно отнести ситуацию, в которой лицо занимает должность директора в компании А, являясь при этом акционером и директором в компании В (sale of controlling shares). В таком случае, если у лица возникает корпоративная возможность присвоить себе что-либо в связи с участием в компании А, информация об этом должна быть доведена им до компании В.

⁵ Данное положение основывается на одном из основных принципов общего права (equity): обязанности действовать по совести.

Процессуальные особенности рассмотрения в США споров между фидуциариями и акционерами при предъявлении косвенного иска профессором К. Осаке не затрагивались, однако на лекции было уделено внимание допустимым способам защиты прав. Среди них можно выделить:

- признание сделки, совершенной при конфликте интересов, недействительной (rescission);
- возмещение убытков в виде реституционных убытков (restitutionary damages)⁶;
- карательные убытки (punitive damages)⁷;
- возмещение истцу расходов на адвоката (reimburse corporation's legal council's fees);
- удержание сумм из заработной платы ответчика, если ее размер слишком высок — суд может обязать вернуть всю заработную плату (return salary received);
- доверительная собственность, оформленная судебным решением (hold property in constructive trust);
- полный отчет перед судом за израсходованные средства в случае извлечения прибыли, передача их корпорации;
- запрет исполнять сделку, если на момент вынесения решения она еще не исполнена.

Практические особенности ответственности за нарушение принципа “Duty of loyalty”. Вторая часть лекции была посвящена обсуждению конкретных судебных дел, рассмотренных американскими судами, в которых давалась оценка поведению фидуциариев с точки зрения соответствия требованиям принципа “Duty of loyalty”.

1. *Lewis v. S.L. & E. Inc.* 629 F 2d. 764 (2d. Cir. 1980).

В рамках данного дела истец, будучи акционером компании SLE, предъявил иск к трем своим братьям, которые являлись директорами компании SLE, а также директорами, акционерами компании LGT. Исковые требования были мотивированы несоответствием размера арендной платы, выплачиваемой компанией LGT в пользу компании SLE в период 1966–1972 гг., ры-

ночным ценам. То есть истец указывал на то, что в результате действий ответчиков компания SLE претерпела значительное уменьшение своих активов.

Суд первой инстанции отказал в удовлетворении исковых требований на том основании, что истец не доказал, в чем заключается факт растраты средств со стороны ответчиков. Суд апелляционной инстанции не согласился с такими доводами, посчитав, что бремя доказывания при рассмотрении дела по существу было распределено неверно. Директора компании SLE занимали аналогичный пост в компании LGT, а также являлись акционерами последней. Поэтому именно они, будучи ответчиками, должны были доказать, что сделки между указанными компаниями, опосредующие сдачу помещений в аренду, были заключены на разумных и справедливых условиях.

Суд второй инстанции также указал, что по общему правилу действует презумпция принятия правильного бизнес-решения директорами компании. Однако данное правило применяется только при отсутствии конфликта интересов. Таким образом, оспариваемая акционером сделка, совершенная в ситуации конфликта интересов директора и компании, считается порочной до тех пор, пока ответчик не докажет обратное: что она является справедливой и разумной для корпорации. В указанном споре ответчики не привели надлежащих доказательств того, что арендная плата была справедливой, поэтому суд первой инстанции принял неправосудное решение.

2. *Broz v. Cellular Information Systems Inc.* 673 A. 2d 148 (Del. 1996).

В данном споре вопрос главным образом состоял в том, была ли присвоена корпоративная возможность директором. Иск компанией (CIS) был подан против ее директора — Broz, который одновременно являлся президентом и единственным акционером компании RFBC — конкурентом компании CIS. Ответчик приобрел лицензию для компании RFBC на право осуществления основного вида ее деятельности на определенной территории в пределах штата Мичиган.

⁶ В американском праве в отличие от права РФ выделяется 75 видов поименованных убытков, реституционные убытки являются одним из них.

⁷ Карательные убытки не относятся к институтам частного права, однако их взыскание допускается в случае, если поведение ответчика будет расценено как возмутительное.

По мнению суда первой инстанции, ответчиком не была соблюдена формальная процедура раскрытия информации и получения одобрения от совета директоров компании CIS, и им была присвоена корпоративная возможность. Решение было вынесено в пользу истца.

Суд второй инстанции указал, что не раскрытие информации директором необязательно должно было повлечь узурпацию им корпоративной возможности. При этом соблюдение формальной процедуры сообщения информации обществу не является обязательным: важнее факт, а не формализм. Суд также сформулировал элементы состава, только при одновременном наличии которых присвоение корпоративной возможности будет считаться доказанным. Такими элементами являются:

- предоставление экономической возможности директору (неважно, получает ли лицо такую возможность как частное лицо или как директор компании);
- экономическая возможность входит в сферу деятельности корпорации;
- есть ожидания, вероятность реализации возможности компанией;
- у компании есть разумные возможности реализации;
- компания обладает финансовыми возможностями реализации;
- если фидуциарий присваивает себе экономическую возможность, он оказывается в ситуации конфликта интересов с компанией.

В рассматриваемом споре на момент приобретения лицензии директором для компании RFBC компания CIS находилась в процессе банкротства и не собиралась вести бизнес на территориях, покрытых компанией RFBC, в силу полученной лицензии. Конкуренции директора с компанией CIS не возникло, конфликта интересов нет. В связи с этим при пересмотре дела судом был сделан вывод об отсутствии состава правонарушения.

3. *Sinclair Oil Corporation v. Levien* 280 A.2d 717 (Del. 1971).

Акцент в данном споре был сделан на основаниях применения двух различных концепций: презумпции правильного бизнес-решения и стандарта совершения сделки, являющейся справедливой, законной для корпорации.

Спор возник между дочерней компанией Sinven и материнской компанией

Sinclair относительно получения последней выгоды в виде выплачиваемых дивидендов от Sinven, которая, по ее мнению, претерпела убытки в результате данных выплат. Поскольку директора в компании Sinven были назначены материнской компанией, то они, как указал суд первой инстанции, являлись «зависимыми», а Sinclair в целом несла фидуциарные обязанности перед дочерней компанией. Получение большей части дивидендов головной компанией суд расценил как выгоду, причиняющую ущерб интересам дочерней компании. В связи с этими обстоятельствами суд применил стандарт *intrinsic fairness*, налагающий в данном случае на ответчика бремя доказывания исключительной внимательности и честности совершаемых с истцом сделок.

Однако суд второй инстанции не согласился с такой позицией. Выплата дивидендов осуществлялась не только в пользу материнской компании (как мажоритарного акционера), но и в пользу остальных акционеров. Соответственно, это не могло быть расценено как чрезмерное злоупотребление своими полномочиями со стороны фидуциария (Sinclair). Выплата дивидендов совершалась в рамках общей стратегии фирмы, в которую суд вмешиваться не вправе; присвоение ответчиком какой-либо корпоративной возможности истец не доказал. Таким образом, должен был быть применен иной критерий — *good business judgment standard*.

Помимо этого, истец заявил о нарушении Sinclair договорных обязательств, выразившихся в просрочке оплаты и неприобретении установленного количества товара. Доводы истца суды обеих инстанций сочли обоснованными. Бремя доказывания совершения сделки справедливой и честной для Sinven лежало на материнской компании, которая не представила подтверждений соблюдения стандарта *intrinsic fairness*.

4. *Flieger v. Lawrence* 361 A. 2d 218 (Del. 1976).

Основной вопрос, который стоял перед судом: есть ли в целом основания для подозрения лица в присвоении корпоративной возможности? Имеются ли условия, при которых поведение фидуциария не рассматривается в качестве противоречащего интересам корпорации, а принятое решение, соответственно, не подлежит отмене?

Согласно обстоятельствам дела директора купили землю для добычи угля, а впоследствии продали ее компании, в состав совета директоров которой они и входили. Однако информация об этом была доведена ими до корпорации, соответственно, они не воспользовались корпоративной возможностью в личных целях. Компания не имела финансовых возможностей развивать месторождения, а значит, еще одно из условий, свидетельствующих о нарушении, не выполнено. В данном случае стандарт *intrinsic fairness* оказался приоритетным по сравнению с заинтересованностью директоров, поскольку в конечном итоге от совершенной сделки компания получила прибыль, необходимую ей для дальнейшего развития.

В заключение хочется подчеркнуть, что изучение зарубежного опыта законотворчества и правоприменительной практики позволяет получить материал, необходимый для проведения сравнительного исследования: сопоставления с отечественными правовыми реалиями. Поскольку российское

корпоративное законодательство содержит лишь рамочные нормы, касающиеся ответственности управленцев, восполнять данный пробел вынуждена судебная практика. Ввиду вышесказанного получение представления о предпосылках нормативного закрепления и сущности фидуциарного принципа “*duty of loyalty*” в праве корпораций США является одним из необходимых этапов осмысления роли данного института в корпоративном праве РФ. В этой связи материал, представленный профессором К. Осаке в рамках прошедшей лекции, поможет лучше понять и глубже осмыслить один из фундаментальных принципов, используемых в англо-американской традиции права, а также найти ему должное применение в условиях активного развития системы корпоративного управления в России.

*Данилова Софья Сергеевна,
аспирантка 2-го года обучения
кафедры предпринимательского права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики» (г. Москва)*

Юбилейная открытая лекция Кристофера Осакве прошла на факультете права НИУ ВШЭ

8 мая 2012 г. свой 70-летний юбилей отметил ведущий американский компаративист в области гражданского права и процесса, профессор кафедры гражданского права факультета права НИУ ВШЭ Кристофер Осакве.

В честь этого события 21 мая 2012 г. на факультете права НИУ ВШЭ состоялась юбилейная открытая лекция Кристофера Осакве на тему «Гражданско-правовая санкция в романо-германском и англо-американском праве: сопоставительное сравнение».

Перед началом лекции юбиляра сердечно поздравили руководители факультета права и коллеги-юристы. С поздравлениями выступили: декан факультета права НИУ ВШЭ Евгений Николаевич Салыгин, заместитель декана по науке Любовь Аркадьевна Прокудина, заведующая кафедрой предпринимательского права НИУ ВШЭ, д.ю.н, профессор Оксана Михайловна Олейник, профессор, д.ю.н. Виктор Павлович Мозолин, адвокат Центральной коллегии адвокатов г. Москвы, к.ю.н. Лев Николаевич Бардин.

Присоединились к поздравлениям и аспиранты, и студенты факультета права НИУ ВШЭ, которые, обращаясь к юбиляру, также вспоминали, насколько интересным и полезным был курс профессора Осакве, читаемый им ежегодно на нашем факультете.

Ниже приводится краткое изложение основных тезисов юбилейной лекции профессора Осакве «Гражданско-правовая санкция в романо-германском и англо-американском праве: сопоставительное сравнение».

«В отношении гражданско-правовой санкции романо-германское и англо-американское право занимают две противоположные позиции, отражают два непримиримых мировоззрения о том, какова ответственность за нарушение гражданско-правового обязательства, и представляют разные концепции философии права, являющиеся антиподами.

Для сопоставительного сравнения этих двух позиций было выбрано пять эписцен-

тров философского столкновения между римским (*ius civile*) и английским правом (*common law*):

1) терминологическое противостояние между применяемыми терминами (романо-германский термин «санкция» и англо-американский термин «remedies»);

2) архитектура гражданско-правовой санкции и гражданско-правовой remedies;

3) обозначенные функции гражданско-правовой санкции и гражданско-правовой remedies;

4) классификация отдельных видов гражданско-правовой санкции и гражданско-правовой remedies;

5) содержание отдельных видов гражданско-правовой санкции и гражданско-правовой remedies.

1. Применяемая терминология.

В то время как романо-германское право употребляет термин «гражданско-правовая санкция», англо-американское право предпочитает термин «гражданско-правовая remedies» (т.е. способы излечения кредитора от отрицательных последствий нарушения его субъективного права должником). В романо-германском праве санкция определяется как государственно-принудительная форма воздействия на правонарушителя, т.е. санкция применяется исключительно в отношении лица, совершившего правонарушение. В романо-германском праве санкция делится на публично-правовую (например, конституционно-правовую, административно-правовую, уголовно-правовую) и частноправовую (например, гражданско-правовую). В этой правовой системе основанием для применения санкции является правонарушение, т.е. правонарушение является неотъемлемым реkvизитом для применения санкции.

Позиция англо-американского права по дефиниции и основанию для применения санкции полностью совпадает с позицией романо-германского права. Но в англо-американском праве санкция применяется исключительно в сфере публичного права. Такой подход продиктован правовой поли-

тикой англо-американского права. В англо-американском праве ни нарушение договора, ни совершение деликта, ни неосновательное обогащение одного лица за счет другого не считаются правонарушением или противоправным действием. Эти гражданско-правовые поступки квалифицируются как неправомерные поступки. Соответственно, в англо-американском праве термин санкция не применяется в сфере нарушения чистого частноправового обязательства. Согласно данной позиции в англо-американском праве в сфере нарушения гражданско-правового обязательства также не применяется такая санкция, свойственная публично-праву, как конфискация имущества. Конфискация имущества как мера ответственности за нарушение гражданско-правового обязательства абсолютно чужда англо-американской гражданско-правовой *remedies*. Иными словами, в то время как романо-германское право квалифицирует нарушение договора и совершение деликта как правонарушение (противоправное действие), англо-американское право квалифицирует эти нарушения гражданско-правового обязательства как неправомерные поступки, а не как правонарушения или противоправные действия. На этом основании к таким неправомерным гражданско-правовым поступкам нельзя применять меры публично-правовой санкции.

2. Архитектура гражданско-правовой санкции и гражданско-правовой *remedies*.

В романо-германском праве санкция делится на публично-правовую и частноправовую (в т.ч. гражданско-правовую). В свою очередь, гражданско-правовая санкция делится на три группы, т.е. меры защиты, меры ответственности и иные неимущественные меры воздействия на правонарушителя. В англо-американском праве гражданско-правовая *remedies* делится на 4 группы: *common law remedies*, *equitable remedies*, *statutory remedies*, *contract remedies*.

3. Функции гражданско-правовой санкции и гражданско-правовой *remedies*.

В романо-германской цивилистической доктрине выделяются шесть генеральных функций гражданско-правовой санкции: восстановительная (компенсационная), превентивная (предупредительная), воспитательная (стимулирующая), сигнализационная, ка-

рательная (штрафная) и конфискационная. В англо-американском праве круг функций гражданско-правовой *remedies* определяется природой нарушенного обязательства. Например, функциями *remedies* за нарушение договорного обязательства являются следующие: компенсировать кредитору понесенный ущерб; не допустить недобросовестного обогащения нарушителя договора (разгрузительные убытки); не допустить получения кредитором незаслуженного обогащения в виде доходов, «принесенных ветром», вследствие нарушения договора должником (*equitable restitution*); карать нарушителя договора при наличии хотя бы одного из двух условий (нарушение договора содержит самостоятельный поименованный деликт или нарушение договора было злоумышленным).

4. Классификация отдельных видов гражданско-правовой санкции и гражданско-правовой *remedies*.

Философское противостояние между отдельными видами романо-германской санкции и англо-американской *remedies* особенно ярко проявляется в противоположности их учения о неустойке.

В романо-германском праве неустойки классифицируются по трем признакам, внутри которых выделяются следующие виды неустойки.

1. По признаку основания возникновения выделяются неустойки — законная, договорная и смешанная.

2. По признаку функции выделяются неустойки — обеспечительная и оценочная (т.е. неустойка выступает и как способ обеспечения исполнения обязательства, и как мера ответственности).

3. По признаку соотношения неустойки с убытком выделяются зачетная, альтернативная, исключительная и штрафная (карательная) неустойки.

Из приведенной классификации неустойки в романо-германском праве англо-американское право по первому признаку признает лишь один вид неустойки — договорную; по второму признаку — оценочную функцию; по третьему признаку — исключительную неустойку.

5. Содержание отдельных видов санкций и *remedies* (на примере убытков).

В романо-германском праве применяется теория генеральных убытков, со-

гласно которой все убытки делятся на две генеральных группы — реальный ущерб и упущенную выгоду. В англо-американском праве применяется теория поименованных убытков, согласно которой выделяются десятки видов поименованных убытков. Примерный перечень поименованных убытков включает в себя следующие убытки: disgorgement damages, nominal damages, equitable restitution, punitive damages, intentional interference with contract damages, intentional interference with prospective advantage damages, loss of prospective advantage damages, lost profits, future damages.

Заключение

Несмотря на тот факт, что английское (англо-американское) право формально не делится на частное и публичное, такое деление на самом деле существует де-факто. В сфере назначения мер государственно-принудительного воздействия на нарушителя гражданско-правового обязательства английское (англо-американское) право строго придерживается деления между публично-правовой санкцией за публично-правовое правонарушение (противоправное действие) и гражданско-правовой rem-

edies за нарушение гражданско-правового обязательства. В романо-германском праве придерживаются совершенно противоположной позиции. Несмотря на тот факт, что романо-германское право формально делится на публичное и частное, в сфере назначения мер государственно-принудительного воздействия на нарушителя гражданско-правового обязательства наблюдается несоблюдение грани между публично-правовой и частноправовой санкциями. Об этом свидетельствует применение таких явно публично-правовых форм санкции, как карательная неустойка и конфискация имущества в качестве мер гражданско-правовой санкции. То есть, несмотря на формальное деление романо-германского права на публичное и частное, наблюдается «ползучая тенденция публицизации мер частноправовой санкции».

***Жукова Татьяна Сергеевна,
младший научный сотрудник Цен-
тра сравнительного права НИУ ВШЭ,
литературный редактор журнала
«Труды молодых исследователей по
сравнительному праву»***

Студенты факультета права НИУ ВШЭ приняли участие в Ежегодном международном конкурсе по международному публичному праву им. Филиппа Джессопа

С 25 по 31 марта 2012 г. в Вашингтоне проходил ежегодный международный конкурс по международному публичному праву им. Филиппа Джессопа (Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition). Соревнование представляет собой стилизованное заседание международного суда ООН, где стороны защищают позицию своего выдуманного государства по конфликту, предложенному организаторами конкурса. Все этапы конкурса проводятся исключительно на английском языке.

Команда факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» впервые участвовала в данном конкурсе в следующем составе: Виктория Исригова (студентка 3 курса), Мария Тимошенко (студентка 3 курса), Эмиль Шагиахметов (студент 3 курса) и Эльза Горбунова (студентка 4 курса). Тренером команды факультета права на протяжении всего этого года были Ксения Капранова (выпускница Нижегородского филиала НИУ ВШЭ и бывшая участница нижегородской команды) и Эндрю Мендельссон (бывший судья конкурса).

Несмотря на первый год своего существования в данном составе, команда факультета права хорошо выступила на российском этапе соревнований. По результатам конкурса она была выбрана в качестве команды показательных выступлений для поездки на международный этап конкурса в Вашингтоне. Участники команды дважды представили позиции своего государства

перед судьями во время игр с командами из Израиля и Гватемалы, а также приняли участие в процессе в качестве судебных приставов.

Помимо официальной части, организаторы конкурса подготовили обширную культурную программу, включавшую в себя национальный бал, где представители каждого государства должны были одеться в костюм, который тем или иным способом представлял их страну, а также знакомство с авторами дела (конкурсного международного конфликта), над решением которого с сентября трудились студенты со всего мира.

Данная поездка, ставшая возможной только благодаря финансовой поддержке факультета права и Центра стипендиальных и благотворительных программ НИУ ВШЭ, позволила команде окунуться в мир Джессопа, познакомиться с его участниками, организаторами и судьями из разных стран мира, а также укрепить желание участвовать в данном конкурсе на следующий год и достигнуть новых вершин успеха.

*Горбунова Эльза Викторовна,
студентка 4 курса
кафедры международного
частного права
факультета права НИУ ВШЭ,
стажер-исследователь
Центра сравнительного права
НИУ ВШЭ*

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

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>

Научное издание
Труды молодых исследователей по сравнительному праву

Журнал
Выпуск 1 (14)

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

Подписано в печать 27.09.2012 г. Формат 60-90/8.
Гарнитура PetersburgC. 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.