ЗАКОН

III Петербургский Международный Юридический Форум

ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Учредители:

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

ООО «Редакция журнала „ЗАКОН“»

Издательская группа «ЗАКОН» выпускает журналы:
«Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»
«Закон»
«Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа»
«Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа»
«Судебная практика в Западной Сибири»
«Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа»
«Московский юрист»
«Петербургский юрист»

Перепечатка материалов журнала «ЗАКОН» допускается только с письменного согласия издателя.

РЕДАКЦИЯ И ИЗДАТЕЛЬСТВО:

Главный редактор —
Ян ПИСКУНОВ
piskunov@igzakon.ru

Директор издательства —
Алексей БЕЛОУСОВ
a_belousov@igzakon.ru

Шеф-редактор:
Владимир Румак
rumak@igzakon.ru

Выпускающий редактор:
Юлия Горбачева

Редакторы:
Ольга Васнёва,
Наталья Савельева

Корректор:
Янина Веретнова

Компьютерная верстка:
Ирина Шпак

Распространение:
Лилия Юмаева
ul@igzakon.ru
Денис Бибик
bibik@igzakon.ru

Реклама и конференции:
Наталья Когай
nk@igzakon.ru

Фото для обложки:
Никита Ковалев

Сдано в набор 24.04.2013
Подписано в печать 04.05.2013

Формат 84x108 1/16
Объем 13,5 печ. л.
Тираж 6000 экз.
Цена свободная

Отпечатано в ООО «Вива-Стар»:
107023, г. Москва,
ул. Электрозаводская, д. 20, стр. 3
Заказ № 129602

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

Е.Ю. ВАЛЯВИНА
судья Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, кандидат юридических наук;

Л.В. ГОЛОВКО
профессор МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук;

И.А. ДРОЗДОВ
директор по правовым вопросам Фонда «Сколково», кандидат юридических наук;

И.В. ЕЛИСЕЕВ
кандидат юридических наук;

А.В. КОНОВАЛОВ
министр юстиции Российской Федерации, кандидат юридических наук;

М.В. КРОТОВ
полномочный представитель Президента Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации, кандидат юридических наук;

Н.Б. КРЫЛОВ
управляющий партнер московского офиса *Winston & Strawn LLP*;

А.А. МАКОВСКАЯ
судья Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, кандидат юридических наук;

Б.Я. ПОЛОНСКИЙ
заслуженный юрист РФ;

И.В. РЕШЕТНИКОВА
председатель Федерального арбитражного суда Уральского округа, доктор юридических наук;

В.Ф. ЯКОВЛЕВ
советник Президента Российской Федерации, доктор юридических наук.

Редакция не несет ответственности за достоверность сведений, содержащихся в рекламных материалах. Рукописи не рецензируются и не возвращаются.

Телефон редакции
(495) 927-01-62
E-mail
post@igzakon.ru
Internet
www.igzakon.ru
Реклама и конференции
(919) 997-07-77
nk@ igzakon.ru

ПОДПИСКУ НА ЖУРНАЛ «ЗАКОН»
можно оформить в любом почтовом отделении

ИНДЕКС ПЕЧАТНОГО ИЗДАНИЯ:

99523 — по каталогу МАП, **39001** — по каталогу агентства «Роспечать» и объединенному каталогу «Пресса России»

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_001-007.indd 1 04.05.13 13:50

содержание

От редакции 6

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

А.В. Коновалов. «КЛЮЧЕВАЯ ОСОБЕННОСТЬ III ФОРУМА — МАКСИМАЛЬНО ШИРОКИЙ ОХВАТ АКТУАЛЬНЫХ ВОПРОСОВ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ» 10

ПРОГРАММА ФОРУМА

ПРОГРАММА III ПЕТЕРБУРГСКОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ФОРУМА 26

ЛИЦА ФОРУМА

П. Томка. «НАДЕЮСЬ, ЧТО В БУДУЩЕМ ЕЩЕ БОЛЬШЕ ГОСУДАРСТВ ПРИЗНАЮТ НАШУ ЮРИСДИКЦИЮ» 35

Б. Легум. «ЛУЧШИМ РЕШЕНИЕМ ДЛЯ ГОСУДАРСТВ МОЖЕТ СТАТЬ ВСЕОХВАТЫВАЮЩЕЕ МНОГОСТОРОННЕЕ СОГЛАШЕНИЕ ОБ ИНВЕСТИЦИЯХ» 40

М.Л. Вульф. «В КАЖДОЙ СТРАНЕ, КОТОРАЯ СТРЕМИТСЯ СТАТЬ ДЕМОКРАТИЧЕСКИМ ГОСУДАРСТВОМ, ОЧЕНЬ ВАЖНО БОРОТЬСЯ С КОРРУПЦИЕЙ» 45

М. Слазак. «НАШИ РЕКОМЕНДАЦИИ СУЩЕСТВЕННО ВЛИЯЮТ НА СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ТРЕБОВАНИЙ К ОБУЧЕНИЮ ЮРИСТОВ ВО ВСЕЙ ЕВРОПЕ» 50

М. Мак-Гоуэн. «Я НЕ СТОРОННИЦА УНИВЕРСАЛЬНОГО ПОДХОДА В ЮРИДИЧЕСКОМ ОБРАЗОВАНИИ» 53

Л. Скотт-Монкрифф. «ОЧЕНЬ ВАЖНО, ЧТОБЫ РЕГУЛИРОВАНИЕ БЫЛО НЕЗАВИСИМЫМ ОТ ГОСУДАРСТВА И ИНЫХ ЗАИНТЕРЕСОВАННЫХ ЛИЦ» 56

А.К. Фильгес. «НЕМЕЦКИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬ СЕРЬЕЗНО ПОДХОДИТ К ПРЕДОТВРАЩЕНИЮ НЕПРАВОМЕРНОЙ И НЕПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ПРАКТИКИ НА РЫНКЕ ЮРИДИЧЕСКИХ УСЛУГ» 58

Ф. Астилл. «УЧЕБНЫЕ ПРОГРАММЫ И МЕТОДИКИ ПРЕПОДАВАНИЯ ДОЛЖНЫ ВСЕЦЕЛО ОПИРАТЬСЯ НА ПРАКТИЧЕСКИЙ ОПЫТ» 62

М.Б. Пиотровский. «СПОРЫ О МЕСТОНАХОЖДЕНИИ ПАМЯТНИКОВ КУЛЬТУРЫ ДОЛЖНЫ РЕШАТЬСЯ В ПЕРЕГОВОРАХ, МАКСИМАЛЬНО УДАЛЕННЫХ ОТ ПОЛИТКИ» 64

КРУГЛЫЙ СТОЛ

ИНСТРУМЕНТЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ (**М.А. Травников**) 68

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_001-007.indd 2 04.05.13 13:50

Спецвыпуск 2013

ЗАКОН

РАЗВИТИЕ КОНКУРЕНТНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ОПЫТ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН (**И.Ю. Артемьев, В.А. Соков**) 70

РЕГУЛИРОВАНИЕ КРУПНЫХ ИНФРАСТРУКТУРНЫХ ПРОЕКТОВ: ПРОЕКТНОЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ, ГЧП И ИНЫЕ МЕХАНИЗМЫ (**А.А. Ситников, Р.С. Ибрагимов**) 78

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ РЕФОРМЫ ФИНАНСОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ (**С.В. Ячевская**) 85

ПРОБЛЕМА АФФИЛИРОВАННОСТИ: МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА (**А.А. Гольцблат, М. Полонский, У. Блех**) 89

ДЕЛЕГИРОВАННАЯ СОБСТВЕННОСТЬ КАК ФОРМА ЗАЩИТЫ АКТИВОВ: РИСКИ И ВОЗМОЖНОСТИ (**М.Л. Гальперин, Н.С. Чумак**) 104

ОБЪЕДИНЯЯ РОССИЙСКУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ ПРОФЕССИЮ (**С.Г. Пепеляев, А.М. Городисский, Е.В. Шестакова**) 108

РАДИКАЛЬНОЕ ИЗМЕНЕНИЕ ФУНКЦИОНАЛА ЮРИСТА В КОРПОРАЦИИ (**А.К. Нестеренко, А.В. Камелькова, О.В. Войтович**) 126

РОЛЬ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В ПРАВОПОРЯДКЕ: РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ (**А.В. Егоров, А.Г. Карапетов, А.В. Асосков, А.Н. Верещагин**) 135

АРБИТРАЖ — ИМЕЕТ ЛИ МЕСТО ЗНАЧЕНИЕ? (**А.А. Костин, Л. Мистелис**) 149

УГОЛОВНЫЕ ДЕЛА И ЗАЯВЛЕНИЯ О ПРЕСТУПЛЕНИЯХ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ (**Е.А. Куделич**) 155

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

Д. Хартридж, С. Сигер, Й. Бэйсбурд, Н. Баюрова. «РОССИИ НЕ СЛЕДУЕТ ДУМАТЬ, ЧТО У НЕЕ КАК У НОВОГО ЧЛЕНА ВТО ЕСТЬ ЕЩЕ КАКОЙ-ТО СРОК ДЛЯ ТОГО, ЧТОБЫ ПРИВЫКНУТЬ К ПРАВИЛАМ» 162

Н.Н. Вознесенская. ЧЬИ ИНТЕРЕСЫ ЗАЩИЩАЕТ ВТО? 178

В.В. Ярков. КОНКУРЕНЦИЯ ПРАВОВЫХ И ЮРИСДИКЦИОННЫХ СИСТЕМ 184

Л.В. Головко. УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК ИНСТРУМЕНТ ГЛОБАЛЬНОЙ ИНСТРУМЕНТАЛИЗАЦИИ: ТЕНДЕНЦИИ И РИСКИ 188

А.П. Руднев. ПАТЕНТНОЕ ПРАВО В ЭПОХУ ГЛОБАЛЬНОЙ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНКУРЕНЦИИ 194

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_001-007.indd 3 04.05.13 13:50

contents

Introduction 6

INTERVIEW

A.V. Konovalov. THE III ST. PETERSBURG INTERNATIONAL LEGAL FORUM WILL TAKE THE WIDEST POSSIBLE VIEW OF CURRENT LAW ENFORCEMENT ISSUES 10

PROGRAMME OF THE FORUM

THE III ST. PETERSBURG INTERNATIONAL LEGAL FORUM PROGRAMME 26

PERSONALITIES AT THE FORUM

P. Tomka. “I HOPE THAT MORE STATES IN THE FUTURE WILL RECOGNIZE OUR JURISDICTION” 35

B. Legum. “THE BEST SOLUTION, I THINK, WOULD BE FOR STATES TO AGREE A BROAD MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT” 40

M.L. Wolf. “IN EVERY COUNTRY THAT ASPIRES TO BE A DEMOCRACY, COMBATING CORRUPTION IS ESSENTIAL” 45

M. Ślązak. “OUR RECOMMENDATIONS PLAY AN IMPORTANT ROLE IN IMPROVING TRAINING REQUIREMENTS FOR LAWYERS ACROSS EUROPE” 50

M. McGowan. “I AM NOT IN FAVOUR OF A ‘ONE-SIZE-FITS-ALL’ APPROACH TO LEGAL TRAINING” 53

L. Scott-Moncrieff. “IT IS IMPORTANT THAT REGULATION SHOULD BE INDEPENDENT OF THE STATE AND OF OTHER INTERESTS” 56

A.C. Filges. “THE GERMAN LEGISLATOR IS SERIOUS ABOUT PREVENTING IMPROPER AND UNPROFESSIONAL PRACTICES IN THE LEGAL MARKET” 58

F. Astill. “THE CURRICULUM AND TEACHING SHOULD BE BASED FIRMLY IN EXPERIENCE” 62

M.B. Piotrovsky. “DISPUTES OVER THE HOME OF CULTURAL TREASURES SHOULD BE HANDLED BY NEGOTIATIONS HELD AS FAR AWAY AS POSSIBLE FROM POLITICS” 64

ROUND TABLE OF DISCUSSION

ANTI-CORRUPTION INSTRUMENTS (**M.A. Travnikov**) 68

THE DEVELOPMENT OF COMPETITION LAW IN THE MODERN WORLD: THE EXPERIENCE OF RUSSIA AND FOREIGN COUNTRIES (**I.Yu. Artemiev, V.A. Sokov**) 70

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_001-007.indd 4 04.05.13 13:50

Special Issue 2013

ЗАКОН

REGULATION OF MAJOR INFRASTRUCTURE PROJECTS: PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP AND OTHER MECHANISMS (**A.A. Sitnikov, R.S. Ibragimov**) 78

LEGAL ASPECTS OF THE FINANCIAL REGULATION REFORM (**S.V. Yachevskaya**) 85

PROBLEM OF AFFILIATION: INTERNATIONAL PRACTICE (**A.A. Goltsblat, M. Polonsky, U. Blech**) 89

DELEGATED OWNERSHIP AS A FORM OF ASSET PROTECTION: RISKS AND OPPORTUNITIES (**M.L. Galperin, N.S. Chumak**) 104

UNITING RUSSIAN LEGAL PROFESSION (**S.G. Pepeliaev, A.M. Gorodissky, E.V. Shestakova**) 108

RADICAL SHIFT IN LAWYER'S FUNCTIONALITY IN A CORPORATION (**A.K. Nesterenko, A.V. Kamelkova, O.V. Voitovich**) 126

THE ROLE OF JUDICIAL DISCRETION: RUSSIAN AND FOREIGN EXPERIENCE (**A.V. Egorov, A.G. Karapetov, A.V. Asoskov, A.N. Vereshchagin**) 135

ARBITRATION — DOES THE SEAT MATTER? (**A.A. Kostin, L. Mistelis**) 149

CRIMINAL MATTERS AND ALLEGATIONS OF CRIMES IN INTERNATIONAL ARBITRATION (**E.A. Kudelich**) 155

POINT OF VIEW

D. Hartridge, S. Seeger, Y. Baisburd, N. Bayurova. "IT WOULD BE WRONG FOR RUSSIA TO ASSUME THAT AS A NEW WTO MEMBER IT HAS SOME TIME TO GET USED TO THE RULES" 162

N.N. Voznesenskaya. WHOSE INTERESTS IS THE WTO PROTECTING? 178

V.V. Yarkov. COMPETITION OF LEGAL AND JURISDICTIONAL SYSTEMS 184

L.V. Golovko. CRIMINAL LAW AS AN INSTRUMENT OF GLOBAL INSTRUMENTALIZATION: TRENDS AND RISKS 188

A.P. Rudnev. PATENT LAW IN AN ERA OF GLOBAL ECONOMIC COMPETITION 194

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_001-007.indd 5 04.05.13 13:50

ОТ РЕДАКЦИИ

Уважаемые читатели!

Вы держите в руках специальный номер журнала «ЗАКОН», посвященный III Петербургскому Международному Юридическому Форуму, успевшему стать самым заметным событием в юридической жизни не только России, но и многочисленных стран, чьи представители соберутся в середине мая на берегах Невы.

Представленные в номере интервью, статьи и описания дискуссионных сессий Форума во многом отражают те вопросы, которые в условиях глобализации актуальны в той или иной мере для всех современных правовых систем: проблемы уголовного законодательства и противодействия коррупции, конкуренции юрисдикций, эффективности судебного разбирательства и арбитража, роли судьи в современной правовой системе и т.д.

Благодаря Форуму у вас есть возможность ознакомиться с точками зрения ведущих специалистов России и мира, многие из которых примут участие в мероприятии. Мы постарались структурировать номер так, чтобы он мог стать отправным пунктом в обсуждении этих проблем. Невозможно охватить все дискуссионные сессии Форума, но надеемся, что наш журнал в какой-то степени сможет погрузить вас в атмосферу этого значимого и содержательного мероприятия.

Dear readers,

You hold in your hands a special issue of the journal «ZAKON», devoted to the III St. Petersburg International Legal Forum, which has succeeded in becoming a most noteworthy event in legal life, both in Russia and in many countries, whose representatives will come together in mid-May on the banks of the Neva.

The interviews, articles and descriptions of discussion sessions published in this issue reflect to a large extent those problems which in the context of globalisation are matters of urgency for all present-day legal systems: criminal legislation and combating corruption, competing jurisdictions, the effectiveness of judicial proceedings and arbitration, the role of the judge in a present-day legal system and so on.

Because of the Forum you have an opportunity to acquaint yourselves with the views of leading specialists from Russia and the world, many of whom will be taking part. We have tried to arrange the issue in such a way that it can be the starting-point in the discussion of these problems. It is impossible to cover all the discussion sessions at the Forum, but we hope that our journal can in some measure immerse you in the atmosphere of this important and interesting event.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_001-007.indd 6 04.05.13 13:50

www.igzakon.ru

Подписка 2013

Открыта подписка на журналы Издательской группы «Закон» на II полугодие 2013 года

ЗАКОН

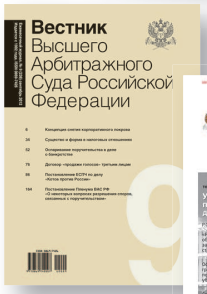
Подписной индекс **39001**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»

Подписной индекс **99529**
– в каталоге российской прессы «Почта России»

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

Подписной индекс **70040**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»

Подписной индекс **99527**
– в каталоге российской прессы «Почта России»

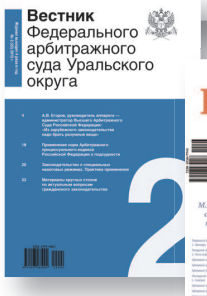


Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа

Подписной индекс **38542**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»

Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа

Подписной индекс **45703**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»



Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа

Подписной индекс **26169**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»

Судебная практика в Западной Сибири

Подписной индекс **23544**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»

Московский юрист

Подписной индекс **82481**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»

Петербургский юрист

Подписной индекс **82620**
– в Объединенном каталоге «Пресса России»
– в каталоге Агентства «Роспечать»

Подписной индекс **83510**
– в каталоге российской прессы «Почта России»

Реклама

LEXPRO
экспертная юридическая система

Клиентам юридической системы **LEXPRO** — скидка на журналы издательской группы«Закон»: **15%** — на полугодовую подписку, **20%** — на годовую!
Подробности по телефону **(495) 661-56-15**

Подписку на все журналы можно оформить в редакции

Более подробную информацию об условиях подписки можно получить в редакции по телефону **(495) 927-01-62**, на сайте **www.igzakon.ru** или по e-mail: **post@igzakon.ru**

ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_001-007.indd 7 04.05.13 13:50

Петербургский ЮРИСТ

Журнал, создаваемый в сотрудничестве с СПбГУ, Ассоциацией юристов России, органами публичной власти, в том числе судами Северо-Запада, призван стать дискуссионной площадкой для обсуждения острых вопросов правоприменения, представлять для оценки юридическому сообществу мнения экспертов отрасли об актуальных тенденциях развития и новеллах российского права, юридического образования и науки.

1

Подписной индекс 38542 в Объединенном каталоге «Пресса России» и в каталоге Агентства «Роспечать»

Подписной индекс 10584 в каталоге российской прессы «Почта России»

ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Подписка через редакцию:
тел.: **(495) 927-01-62**, e-mail: **post@igzakon.ru**

ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Санкт-Петербургский
государственный
университет

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010.indd 8 03.05.13 17:55

pepeliaev group®

Юридическую поддержку бизнесу оказывают более 180 юристов из трех офисов компании, расположенных в Москве, Санкт-Петербурге и Красноярске

THE LAWYER

«ПЕПЕЛЯЕВ ГРУПП» –

ЛУЧШАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИРМА РОССИИ И СНГ 2012 ГОДА

по оценке экспертов The Lawyer – авторитетного международного издания

THE LAWYER
EUROPEAN CONFERENCE & AWARDS
WINNER
Law Firm of the Year: Russia and The CIS
2012

КОМПЛЕКСНЫЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ УСЛУГИ ДЛЯ БИЗНЕСА:

- НАЛОГОВОЕ ПРАВО И НАЛОГОВЫЕ СПОРЫ
- БАНКОВСКОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО
- КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО
- КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО/M&A
- АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
- НЕДВИЖИМОСТЬ И СТРОИТЕЛЬСТВО
- РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ И МЕДИАЦИЯ
- ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ
- ТРУДОВОЕ И МИГРАЦИОННОЕ ПРАВО
- ТАМОЖЕННОЕ ПРАВО И ВНЕШНЕТОРГОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
- АДМИНИСТРАТИВНАЯ И УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА БИЗНЕСА
- РЕСТРУКТУРИЗАЦИЯ И БАНКРОТСТВО

pepeliaev group®

Россия, 123610, Москва,
ЦМТ-II, Краснопресненская наб., 12, 7 подъезд, 15 этаж
Тел.: +7 (495) 967-00-07 | E-mail: info@pgplaw.ru
WWW.PGPLAW.RU

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

КЛЮЧЕВАЯ ОСОБЕННОСТЬ III ФОРУМА — МАКСИМАЛЬНО ШИРОКИЙ ОХВАТ АКТУАЛЬНЫХ ВОПРОСОВ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

THE III ST. PETERSBURG INTERNATIONAL LEGAL FORUM WILL TAKE THE WIDEST POSSIBLE VIEW OF CURRENT LAW ENFORCEMENT ISSUES

— Alexander Vladimirovich, what will be special about the III St. Petersburg International Legal Forum? Which of this year's sessions and round tables are most important to you? Which discussion topics particularly interest the Ministry of Justice?

— In the first two years the Forum proved its worth as an influential platform for discussing the most urgent and important legal problems and putting forward ideas for modernizing the law.

Last year's Forum was attended by over two thousand law professionals from 50 countries. It drew high praise from participants — judges, advocates, academics, politicians and the representatives of government and business.

— Александр Владимирович, в чем будет особенность III Петербургского Международного Юридического Форума? Какие сессии, круглые столы из числа планируемых в этом году Вы бы назвали ключевыми или наиболее важными, и какие обсуждаемые на сессиях проблемы являются объектом повышенного внимания со стороны Министерства юстиции?

— За два года существования Форум успел зарекомендовать себя в качестве авторитетной площадки для обсуждения наиболее актуальных и важных проблем права и продвижения идей модернизации права.

В прошлом году в работе Форума приняли участие более 2 тыс. профессионалов из 50 стран мира. Мероприятие получило самые высокие оценки участников:

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 10 04.05.13 5:56

Alexander KONOVALOV,

Minister of Justice of the Russian Federation

Interview by Yan Piskunov, Chief Editor of Zakon

Born on 9 June 1968 in Leningrad. After serving in the USSR armed forces from 1986–1988, he graduated from Saint Petersburg State University in 1992 and joined the prosecutor's office as assistant prosecutor for the Vyborgsky district of Saint Petersburg.

From October 1992 to February 2005 he occupied the positions of: investigator for the prosecutor's office of Vyborgsky district in Saint Petersburg, prosecutor for the department of monitoring the implementation of laws on federal security of the prosecutor's office of Saint Petersburg, deputy prosecutor for the Moskovksy district of Saint Petersburg, prosecutor for the Moskovksy district of Saint Petersburg, first deputy prosecutor for the city of Saint Petersburg, prosecutor for the Republic of Bashkortostan. From November 2005 to May 2008 he was the Plenipotentiary Envoy of the RF President in the Privolzhsky Federal Okrug.

By RF Presidential Decree of 12.05.2008 № 736 he was appointed as Russian Federation Minister for Justice. In addition, he is an active state advisor on law to the Russian Federation and holds a PhD. He has been awarded numerous state decorations including the Order of Honour.

На вопросы главного редактора журнала «ЗАКОН» Яна Пискунова отвечает

министр юстиции РФ Александр Коновалов

Родился 9 июня 1968 г. в г. Ленинграде. После службы в Вооруженных силах СССР (с 1986 по 1988 г.) и окончания СПбГУ в 1992 г. поступил на работу в органы прокуратуры на должность помощника прокурора Выборгского района г. Санкт-Петербурга. С октября 1992 по февраль 2005 г. замещал должности следователя прокуратуры Выборгского района г. Санкт-Петербурга, прокурора отдела по надзору за исполнением законов о федеральной безопасности прокуратуры г. Санкт-Петербурга, заместителя прокурора Московского района г. Санкт-Петербурга, прокурора Московского района г. Санкт-Петербурга, заместителя, первого заместителя прокурора г. Санкт-Петербурга, прокурора Республики Башкортостан. С ноября 2005 по май 2008 г. — Полномочный представитель Президента РФ в Приволжском федеральном округе. Указом Президента РФ от 12.05.2008 № 736 назначен на должность министра юстиции Российской Федерации. Действительный государственный советник юстиции Российской Федерации, кандидат юридических наук. Награжден государственными наградами, в том числе орденом Почета.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 11 04.05.13 5:56

At this year's Forum the plenary session is entitled 'Competition and Cooperation between Legal Systems: The Role of Law in Ensuring the Development of Society, the State and the Economy'. The organizers have produced very full business and cultural programmes. The discussion sessions are combined in thematic tracks corresponding to major legal specialisms. There will be ten tracks and more than 50 sessions. Possibly this is the key feature of the III St. Petersburg International Legal Forum: it will take the widest possible view of current law enforcement issues.

судей, адвокатов, ученых, политиков, представителей государственной власти и бизнеса.

Пленарное заседание предстоящего Форума посвящено теме «Конкуренция и сотрудничество правовых систем: роль права в обеспечении развития общества, государства и экономики». Организаторами Форума подготовлены насыщенные деловая и культурная программы. Что касается дискуссионных сессий, они объединены в тематические блоки по основным правовым специализациям. В этом году их будет 10, а общее количество дискуссионных сессий превысит 50. Возможно, в этом и есть ключевая особенность III Форума — максимально широкий охват актуальных вопросов правоприменения.

— The Cyprus crisis showed that offshore can be a dangerous place for business if all its financial flows are concentrated there. Do you see the need for continuing development of the legislative barriers to offshoring, or will the economic crisis on its own draw Russian business back to Russian jurisdiction? Will the Form discuss the problems of deoffshorization?

— I think any modern national legal system should aim to increase the attractiveness of the national jurisdiction to domestic investment above all else. The legislator must work systematically and not feel dependent on the state of the economy. Yet of course economic crises abroad let business take a more measured view of the opportunities and realize the advantages of the legal system at home. Any national legislator should make use of the fact. Deoffshorization will certainly be raised at several Forum round tables on not only civil law (e.g. protection of property) but also taxation, antimonopoly regulation, banking law, etc.

— Кризис на Кипре показал, что офшоры становятся достаточно опасным местом сосредоточения финансовых потоков для бизнеса. Считаете ли Вы необходимым продолжать развивать законодательные барьеры для использования офшоров, или экономический кризис сам подтолкнет российский бизнес в родную юрисдикцию? Будут ли проблемы деофшоризации обсуждаться на Форуме?

— Думаю, что основным направлением развития любой современной национальной правовой системы должно быть повышение привлекательности национальной юрисдикции прежде всего для внутренних инвестиций. Эта работа законодателя должна носить системный характер, не зависеть от экономической конъюнктуры. Хотя, конечно, экономические кризисы за рубежом позволяют бизнесу более взвешенно оценить возможности своей собственной правовой системы, увидеть ее преимущества. Любой национальный законодатель должен этим пользоваться. Тема деофшоризации, безусловно, будет затронута в целом ряде круглых столов Форума, посвященных не только проблемам гражданского права (например, защите собственности), но и налоговым вопросам, антимонопольному регулированию, развитию банковского права и т.п.

— The differing legal opinions of Russia and the USA regarding state immunity have given rise to some dispiriting legal decisions allowing seizures of foreign states' property which have even had extra-territorial effect (the outstanding example being the decision of a Washington court in the case of the Schneersohn library). Will the Ministry of Justice hold negotiations

— Различные правовые взгляды на государственный иммунитет в России и США приводят к принятию обескураживающих судебных решений, допускающих наложение взыскания на имущество иностранного государства, к тому же носящих экстратерриториальный характер (яркий пример — решение суда Вашингтона по делу о библиотеке

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 12 04.05.13 5:56

with foreign colleagues to prevent collisions by harmonising the legal position on state immunity, or is that a matter for the Russian Ministry of Foreign Affairs alone?

— That Russian legislation recognises the absolute immunity of foreign states does not mean that foreign courts reciprocally recognise the absolute immunity of the Russian Federation. Clearly the Russian laws based on the concept of absolute state immunity need to be changed. Hence the Russian Federation Government has instructed the Ministry of Justice in conjunction with the Ministry of Foreign Affairs, Ministry of Finance, Ministry of Economic Development and the Central Bank to produce a draft Federal Law "On foreign states immunity from jurisdiction".

The draft law rests on the concept of limited immunity of foreign states. It is meant to protect Russian individuals and legal entities in their dealings with foreign states. It would limit foreign states' immunity from jurisdiction to only such cases as are specified in international law (in particular, the UN Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property) and the legislation and judicial practice of foreign states.

Шнеерсона). Будет ли Минюст проводить переговоры с иностранными коллегами для снятия возможных коллизий в этой сфере путем унификации правовых позиций по вопросам государственного иммунитета, или это удел сугубо МИД России?

— Признание в действующем в Российской Федерации законодательстве абсолютного иммунитета иностранного государства не ведет к ответному признанию абсолютного иммунитета Российской Федерации в иностранных судах. Очевидно, что российские законы, основанные на концепции абсолютного иммунитета государства, нуждаются в изменении. В связи с этим Правительство РФ поручило Минюсту совместно с МИД, Минфином, Минэкономразвития и Центральным банком разработать проект федерального закона «О юрисдикционном иммунитете иностранного государства».

Этот проект основывается на концепции ограниченного иммунитета иностранного государства. Он призван защитить российских физических и юридических лиц, вступающих в отношения с иностранными государствами. При этом законопроектом предусматривается ограничение юрисдикционного иммунитета иностранных государств лишь в тех пределах, которые установлены в международном праве (в частности, в Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности), законодательстве и судебной практике иностранных государств.

— The Forum devotes several sessions to WTO law. Does that prove that WTO regulatory principles are having a serious effect on legal practice in Russia?

— Russia's integration in the world community must continue and I think accession to the WTO is a very important step for both us and our foreign partners. Without doubt the process will affect many sectors of both economic and public activity. We expect something of a transformation of legal practice, particularly in the field of professional legal services. It must be emphasized that Russia's entry to the WTO was preceded by many discussions on Russia's acceptance of obligations in the sphere of professional legal services in particular. Let me not dwell yet again on this matter, but I do want to make a few points.

The obligations guarantee favourable conditions for foreign inward investment and maintain a level playing

— Несколько сессий на Форуме будет посвящено праву ВТО. Свидетельствует ли это о том, что регуляторные начала ВТО оказывают серьезное влияние на правовую практику в России?

— Интеграция России в мировое сообщество должна продолжаться, и, полагаю, вступление в ВТО — очень важный этап и для нас, и для наших иностранных партнеров. Безусловно, это процесс, который затронет многие секторы и экономической, и общественной деятельности. Мы ожидаем определенного видоизменения правовой практики, в частности в вопросах, связанных со сферой профессиональных юридических услуг. Необходимо подчеркнуть, что вступлению России в ВТО предшествовали многочисленные обсуждения и дискуссии о принятии Россией обязательств, в том числе и в сфере профессиональных юридических услуг. Мне бы не хотелось в очередной раз подробно на этом останавливаться, отмечу основные моменты.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 13 04.05.13 5:56

field for competition. That will aid the further development of the business services sector and have a positive cumulative effect on other parts of the economy.

Under the General Agreement on Trade in Services Russia will retain the right to apply non-discriminatory qualification and licensing requirements. Internal regulation is very important to the legal services sector. Such measures also act as the main instruments of protectionism. In formulating national policy in service sectors, WTO members always allow for the supplier's responsibility to society.

Russia will gain access to the legal services markets of 153 member countries of the WTO on the basis of the undertakings they gave on their accession. The benefit of WTO accession to Russian suppliers is that they cannot be discriminated against in favour of other WTO members' suppliers of similar services. If a WTO member breaks its obligations to allow access to Russian suppliers of services, Russia can apply to an arbitration tribunal to have the discrimination against Russian suppliers lifted.

At the same time I would note that joining the WTO also creates new opportunities for resolving disputes. It is in the interest of all WTO members to deal with disagreements before they reach the litigation stage. Disputes are prevented by states building their WTO obligations into policy as it is formulated. If there is any question whether a particular policy meets WTO rules, it can be resolved in the normal course of work.

I think these mechanisms can be implemented effectively and adapted to Russian legal practice.

Обязательства гарантируют благоприятные условия для притока иностранных инвестиций и сохранение нормальных условий конкуренции, что будет способствовать дальнейшему развитию сектора деловых услуг и создаст положительный кумулятивный эффект для других отраслей экономики.

В соответствии с положениями Генерального соглашения по торговле услугами у России останется право применять на недискриминационной основе меры, относящиеся к квалификационным требованиям и требованиям лицензирования. В секторе юридических услуг меры внутреннего регулирования имеют существенное значение. При этом они выступают в роли главных протекционистских инструментов. При формулировании национальной политики в секторах услуг члены ВТО всегда учитывают такой фактор, как степень ответственности поставщика услуги перед обществом.

Россия получит право доступа на рынки юридических услуг 153 стран — членов ВТО на основании тех обязательств, которые они зафиксировали в рамках своего присоединения. Особенностью деятельности после присоединения к ВТО для отечественных поставщиков услуг будет принцип, который заключается в невозможности их дискриминации по сравнению с поставщиками соответствующих услуг других стран — участников данной организации. При нарушении членами ВТО обязательств по отношению к доступу российских поставщиков услуг Россия сможет подать иск в орган по разрешению споров для устранения сложившейся в отношении российских поставщиков дискриминационной ситуации.

Вместе с этим хочу отметить, что вступление в ВТО открывает и новые возможности разрешения споров в рамках организации. В интересах членов ВТО уладить разногласия до того, как они перерастут в тяжбы. В целях предотвращения споров уже при разработке государственных мер учитываются обязательства по Соглашению ВТО. В случае если возникают вопросы относительно соответствия разрабатываемых мер нормам ВТО, они разрешаются в рабочем порядке.

Полагаю, указанные механизмы будут эффективно имплементированы и адаптированы к российской правовой практике.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 14 04.05.13 5:56

— This year the Forum held its first outside conferences in foreign states. What for?

— This new format for bilateral cooperation was proposed by the Russian Ministry of Justice in preparation for the St. Petersburg Forum. Between January and March 2013 three St Petersburg International Legal Forum Guest Conferences were held in London, The Hague and Rome and discussed a wide range of law enforcement issues. The purpose was to use the bilateral format to promote the Russian legal system in each partner country, promote Russian law as regulator of international economic relations and increase its attractiveness to foreign investors and members of the legal profession.

The Guest Conference in London addressed national and supra-national legal regulation in the context of the problems and development opportunities facing international financial centres and also some current issues of investment arbitration.

The Guest Conference in The Hague took place under the auspices of the Year of Russia in the Netherlands and the Netherlands in Russia. It discussed mediation in transnational disputes, the legal treatment of alternative dispute resolution methods and strategy for developing Netherlands-Russia cooperation in law and business.

At the Guest Conference in Rome, leading Russian and Italian lawyers exchanged views on legal regulation in economic affairs and the security and legal protection of cultural heritage in Russia and Italy.

Practically all participants of the three conferences expressed an interest in continuing these discussions at the III St. Petersburg International Legal Forum.

— Recently a draft code of administrative court procedure was put to the State Duma. How do you think its passage will change the judicial system? Will the procedural changes not necessitate reform of the courts?

— В этом году в первый раз Форум провел выездные конференции в зарубежных государствах. В чем цель подобных мероприятий?

— Минюстом России предложен новый формат двустороннего взаимодействия в рамках подготовки к Петербургскому Форуму. В январе — марте 2013 г. проведены три выездные конференции под эгидой Форума в Лондоне, Гааге и Риме, на которых обсуждался широкий спектр вопросов правоприменения. Цель этих мероприятий — продвижение в двустороннем формате российской правовой системы в конкретной стране, усиление значения российского права как регулятора международных экономических отношений, а также повышение его привлекательности для иностранных инвесторов и представителей юридической профессии.

Выездная конференция в Лондоне была посвящена вопросам национального и наднационального правового регулирования в контексте проблем и возможностей для развития международных финансовых центров, а также актуальным вопросам инвестиционного арбитража.

Конференция в Гааге прошла в рамках Года России в Нидерландах и Нидерландов в России. На конференции обсуждались вопросы медиации в трансграничных спорах, правовое регулирование альтернативных методов разрешения споров, а также стратегии развития нидерландско-российского сотрудничества в сфере права и бизнеса.

В ходе конференции в Риме ведущие российские и итальянские юристы обменялись мнениями по вопросам правового регулирования в сфере экономики, охраны и правовой защиты объектов культурного наследия в России и Италии.

Практически все участники трех конференций выразили заинтересованность в продолжении обсуждения вынесенных на повестку дня вопросов в рамках программы III Петербургского Международного Юридического Форума.

— Недавно в Госдуму внесен проект кодекса административного судопроизводства. Как, на Ваш взгляд, изменится судебная система после его принятия? Не повлекут ли процессуальные изменения необходимость в реформировании системы судоустройства?

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 15 04.05.13 5:56

— The draft code was drafted and put to the Duma under the List of Instructions arising from the President's Address to the Federal Assembly and the President's Executive Order 'On main directions of developing the public administration system'.

The code implements provisions of the Constitution of the Russian Federation and the Laws 'On the judicial system of the Russian Federation' and 'On courts of general jurisdiction in the Russian Federation'. It governs the conduct of judicial proceedings in cases arising from administrative or other public offences in which one side has official authority over the other.

It should be noted that the new procedural code will not in itself automatically necessitate reform to the judicial system or the creation of special courts.

Russia is currently seeing a trend towards increasing specialisation of judges. In administrative cases panels sit in the Supreme or Higher Commercial Court. The Supreme Court of the Russian Federation has written a draft federal constitutional law which would create panels to try administrative cases in the supreme courts of republics, krais, oblasts, federal cities, autonomous oblasts and autonomous okrugs and in military courts.

— How do you view proposals to establish a unified court in Russia?

— The questions of creating a unified judicial system and whether autonomous organs of judicial power are necessary or appropriate at this time are in discussion among academics and practitioners. Some argue that the existence of three independent, unrelated structures weakens judicial power which is acknowledged to be a stabilising factor in the state and protector of the rights and freedoms of citizens. At the same time there is merit in the opinion that a hasty radical reform of the courts would be dangerous because it might not strengthen but disrupt the country's judicial power.

— Подготовка и внесение в Государственную Думу проекта кодекса административного судопроизводства предусмотрена Перечнем поручений по реализации Послания Президента Федеральному Собранию, а также Указом Президента «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления».

Проект направлен на реализацию положений Конституции РФ и Законов «О судебной системе Российской Федерации» и «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации». Предметом правового регулирования законопроекта является порядок осуществления судопроизводства по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, в которых одна из сторон наделена властными полномочиями по отношению к другой стороне.

Следует заметить, что само по себе принятие нового процессуального кодекса не влечет за собой автоматически необходимость реформирования судебной системы и создания специализированных судов.

В России в настоящее время наблюдается тенденция углубления специализации судей. Коллегии по административным делам действуют в составе Верховного и Высшего Арбитражного судов. Кроме того, ВС РФ подготовил проект федерального конституционного закона, предусматривающий создание коллегий по административным делам в верховных судах республик, краевых, областных судах, судах городов федерального значения, судах автономных областей, судах автономных округов, военных судах.

— Как Вы относитесь к предложениям о создании единого суда в России?

— Вопросы о создании объединенной судебной системы, о необходимости и целесообразности существования автономных органов судебной власти на данный момент дискутируются среди ученых и практиков. При этом приводятся доводы о том, что существование трех самостоятельных, не связанных друг с другом структур ослабляет судебную власть, призванную играть роль стабилизирующего фактора в государстве и защищать права и свободы граждан. В то же время заслуживает внимания мнение о том, что поспешность в радикальном реформировании судов опасна, поскольку это может не только не решить проблему формирования сильной судебной власти в стране, но и привести к ее дезорганизации.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 16 04.05.13 5:56

The principle of the unity of the judicial system which is enshrined in the Constitution and other normative acts does not preclude the separation of certain subsystems in the Russian judicial system. Note that proper delimitation of jurisdiction between different branches of judicial power and uniformity of judicial practice are crucial to the coherent functioning of the judicial system as a whole. Ensuring uniform interpretation and application of the law by all courts is one of the main aims of judicial reform. Respect for the principles on which the constitutional Russian judicial system is built does not prevent further modernization.

Принцип единства судебной системы, закрепленный в Конституции и в других нормативных актах, не исключает фактической обособленности нескольких подсистем в судебной системе России. Следует отметить, что от качественной регламентации разграничения подведомственности дел между различными ветвями судебной власти, а также от обеспечения единства судебной практики во многом зависит слаженность в деятельности судебной системы в целом. Обеспечение единообразного толкования и применения всеми судами действующего законодательства является одним из основных направлений судебной реформы. Сохранение принципиальной основы построения отечественной судебной системы, закрепленной в Конституции, не исключает ее дальнейшую модернизацию.

— The Supreme Court has proposed sending individual bankruptcy cases to the courts of general jurisdiction. Do you think that is a good idea?

— On 22 March 2013 the President of the Russian Federation instructed the Government to make provision for cases of individual bankruptcy to be tried in the courts of general jurisdiction. The property relations of individual debtors, as distinct from entrepreneurs, serve purposes of private consumption. Court-ordered recovery of debts incurred by non-performance of contracts is designed primarily to force the discharge in good faith of individuals' obligations to a specific creditor, rather than aid their financial recovery and continued economic development. Moreover in individual bankruptcy cases the courts will be obliged to consider cases arising from family, employment and other relations which by their nature or that of the participants cannot go before the Commercial Courts. Examples are changes to maintenance and support agreements and compensation for material damage by employees to employers, and so on.

To place property disputes involving individuals in the jurisdiction of the Commercial Courts would complicate the ordinary citizen's access to justice considerably. The structure of the Commercial Courts is such that in order to attend hearings citizens have to travel to courts at great distances from their place of residence.

— Верховный Суд высказал предложение о перенесении дел о банкротстве граждан в суды общей юрисдикции. Целесообразно ли это, на Ваш взгляд?

— Президентом РФ 22 марта 2013 г. дано поручение Правительству предусмотреть положения о подведомственности дел о банкротстве граждан судам общей юрисдикции. Гражданин-должник, не являющийся предпринимателем, участвует в имущественных правоотношениях с целью личного потребления. Взыскание с него задолженности, образовавшейся вследствие ненадлежащего исполнения договоров, направлено в первую очередь на добросовестное исполнение гражданином своих обязательств перед конкретным кредитором, а не на обеспечение финансового оздоровления и дальнейшего экономического развития первого. Кроме того, в рамках дел о банкротстве гражданина суды вынуждены будут рассматривать дела, вытекающие из семейных, трудовых и иных правоотношений, которые в силу своего характера и субъектного состава не могут быть предметом разрешения арбитражных судов. Это, в частности, дела об изменении соглашений об уплате алиментов, о взыскании материального ущерба, причиненного работником работодателю и т.д.

Передача имущественных споров с участием граждан в ведение арбитражных судов значительно осложнит простым гражданам доступ к правосудию. Построение системы арбитражных судов предполагает участие граждан в заседаниях в судах, значительно отдаленных от места их жительства.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 17 04.05.13 5:56

— The recent ECHR judgment in the case of Gladyshev v. Russia revealed the gaps in the Russian system for registering rights to real property. According to what principles and in what areas is reform of the system needed?

— In the current state of development of the property market there is evidently a need to return to a notarial system of formalizing property transactions. Under current legislation most property transactions can be completed by simple written agreement. That does little to stop the increasing use of fraudulent ownership registration schemes. There are therefore proposals to amend legislation so as to increase the number of civil-law transactions for which notarization is mandatory.

The advantage of notarization is that all the steps required for official registration of a change of ownership of property are in the hands of the notary. The notary is obliged to confirm the identity of the parties and explain the proposed transaction and its consequences so that one side's lack of legal knowledge cannot be exploited to its disadvantage. Where there is any doubt as to the capacity or the free will of any party, the notary must refuse to certify the transaction. Moreover notaries will be able to request and obtain information from official registers and submit notarized documents for official registration, all by electronic means. That will greatly simplify the individual's dealings with the registration authorities and keep the official registers more accurate at the same time.

Nor does the notary's involvement in a transaction end when it is certified. There are proposals for an effective insurance system for notaries' material liability. Thus notarization will offer a genuine economic guarantee of the protection of individuals' property rights subsequently.

— While the State Duma was working on amendments to the Russian Federation Civil Code, the draft law fell

— Недавно разрешенное ЕСПЧ дело «Гладышев против России» показало изъяны отечественной системы регистрации прав на недвижимое имущество. В чем основные причины, и в каком направлении следует ее реформировать?

— На современном этапе развития рынка недвижимости прослеживается необходимость восстановления нотариального порядка удостоверения сделок с недвижимостью. В соответствии с действующим законодательством большинство сделок с недвижимым имуществом может быть совершено в простой письменной форме. Это зачастую ведет к росту использования мошеннических схем при оформлении права собственности на объекты недвижимости. В связи с этим предлагаются изменения в законодательство, направленные на увеличение количества гражданско-правовых сделок, для которых установлена обязательная нотариальная форма.

Преимущество нотариального оформления сделок на рынке недвижимости состоит в том, что нотариус осуществляет весь комплекс действий, связанных с государственной регистрацией перехода прав на недвижимое имущество. При удостоверении сделки нотариус обязан идентифицировать личности сторон, разъяснить существо совершаемой сделки и ее последствия, чтобы юридическая неосведомленность одного из участников не могла быть использована ему во вред. Если у нотариуса возникнет сомнение в дееспособности одной из сторон сделки либо в добровольности волеизъявления, он обязан отказать в удостоверении. К тому же нотариусы смогут запрашивать и получать информацию из государственных реестров в электронном виде, предоставлять нотариально засвидетельствованные документы на государственную регистрацию также в электронном виде. Это существенно упростит взаимодействие граждан и регистрирующих органов и одновременно усилит надежность государственной регистрации.

Участие нотариуса в совершении сделки не завершается после ее удостоверения. Предусматривается эффективный механизм страхования имущественной ответственности нотариуса. Таким образом, нотариальное удостоверение будет реальной экономической гарантией последующей защиты имущественных прав граждан.

— В ходе работы над поправками в ГК РФ в Госдуме законопроект распался на несколько частей.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 18 04.05.13 5:56

apart. Many saw that as the death of a unified concept for reforming civil legislation. Will it help the future law that the draft has been broken up?

— The question of reforming civil legislation is as acute today as it was a year ago. Then the President of Russia, D.A. Medvedev, put draft amendments to the Duma and the Duma passed them on first reading. The decision to split the draft law into several tranches was unprecedented in parliamentary practice. It was done to allow detailed discussions and proper consideration of decisions on each aspect. We simply cannot afford any errors. It may be that the painstaking work on each tranche of the draft goes unnoticed in the media world. Each tranche will be go for second reading as and when it is ready. I hope that work can be completed in the foreseeable future.

I can assure you that the unified reform concept is absolutely secure. All that has happened is a technical dividing up of the draft. Readers can see for themselves if they look at the current versions of the draft amendments on the State Duma website. The principles of regulation and the main directions of reform have been maintained.

Многие восприняли это как смерть единой концепции реформы гражданского законодательства. Пойдет ли на пользу будущему закону расщепление законопроекта?

— Вопрос о реформе гражданского законодательства стоит сегодня так же остро, как и год назад, когда Президент России Д.А. Медведев внес в Думу проект изменений, а Дума приняла их в первом чтении. Беспрецедентное в парламентской практике решение о разделении проекта закона на несколько траншей было обусловлено необходимостью их детального обсуждения и принятия взвешенных решений по каждому институту. Мы просто не имеем в этом вопросе права на ошибку. Возможно, в медийном пространстве незаметна кропотливая работа над проектом по каждому из траншей, которые по мере готовности будут выноситься на рассмотрение во втором чтении. Я надеюсь, что эта работа будет завершена в обозримом будущем.

Могу вас заверить, что единая концепция реформы, безусловно, обеспечена, несмотря на техническое разделение проекта, читатели могут и сами это увидеть, ознакомившись с проектами изменений в актуальной редакции на сайте Госдумы. Принципы регулирования, основные направления реформы сохранены.

— Recently the Government published its comments on the draft Russian Federation Civil Code, most conspicuous among which was an objection to the prohibition on potestative conditions. Where does the Ministry of Justice stand today? Is it fair to say the Ministry's view has changed since original draft — which the Ministry of Justice, among others, wrote — was put forward?

— The question of potestative conditions is not, I think key to the modernization of the Civil Code. However, it did cause much argument and discussion. In discussing the Government response, the Ministry of Economic Development expressed the fear that the original draft provision which would have prohibited transactions containing a condition entirely or predominantly dependent on the volition of one of the parties, was an unwarranted restriction on the freedom of contract. The department noted that such transactions are in fact useful to commerce. Subsequently it was proposed to turn the rule on its head and say in the Civil Code

— Недавно Правительство опубликовало свои замечания к проекту ГК РФ, самым заметным из которых стало негативное восприятие запрета потестативных условий. Какую позицию по этому вопросу сегодня занимает Минюст, и можно ли сказать, что мнение Министерства изменилось с момента внесения первоначального законопроекта, работа над которым велась в том числе в недрах Минюста?

— Вопрос о потестативных условиях, по моему мнению, не является ключевым для модернизации Гражданского кодекса. Вместе с тем он вызвал много споров и дискуссий. При обсуждении отзыва Правительства на соответствующие нормы Минэкономразвития высказало опасение, что содержащееся в первоначальном проекте положение, запрещающее совершение сделок под условием, наступление которого исключительно или преимущественно зависит от воли одной из сторон, необоснованно ограничит свободу договора. В ведомстве отметили, что соответствующие сделки объективно востребованы обо-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 19 04.05.13 5:56

that such transactions are permitted unless the law provides or the nature of the transaction demands otherwise. Irrespective of the wording that appears in the Code when the amendment passes, the optimum balance of interests between the parties to a transaction can be established only the law comes to be applied, primarily in the courts. However the Code is worded, the courts which are asked to rule on the fate of any given transaction will have the tools to form a view on the essence of the transaction and whether a particular condition is entirely or predominantly dependent on the will of a party and to establish whether the parties have conducted themselves lawfully. Such general prohibitions of abuses of the law must be available to counter attempts at improper conduct.

— What are your expectations of modernizing the role of notaries in civil commerce?

— The modernization of the role of the notary in civil commerce is intended to improve legal relations in civil commerce and provide legal certainty to its participants.

The draft federal law “On the notariat and notarial activity in the Russian Federation” proposes an active model of the notary whereby notaries provide a full range of legal assistance to any participant of civil commerce who requires them. The innovations will increase the role of notaries in civil commerce, but that means increasing their responsibility for the correctness and accuracy of notarial activities. In addition it is proposed to introduce a transparent cost-based system notarial tariffs and enshrine the special evidentiary force of notarial documents so they will be considered valid unless declared invalid by a court. It is also being made possible to notarize electronic documents.

The plan is for notaries to accompany a transaction from conclusion to completion and have insurance for their material liabilities. They will be able to collect information of significance for their duties themselves (and may use electronic information systems to do so) and examine all aspects of the validity of the transactions they are asked to certify.

ротом. В последующем предлагалось перевернуть это правило и указать в Гражданском кодексе, что такие сделки допускаются, если иное не установлено законом или не вытекает из существа сделки. Независимо от того, какая редакция в итоге появится в Кодексе после принятия закона, оптимальное сочетание интересов сторон сделки может быть установлено только в результате правоприменения, прежде всего судебного. В любой редакции Кодекса у судов будет достаточно инструментов для того, чтобы и оценить при принятии решения о судьбе каждой отдельной сделки ее существо, и рассмотреть вопрос об исключительном или преимущественном влиянии одной из сторон на наступление соответствующих условий, и установить правомерность поведения сторон сделки. Также общие нормы о запрете злоупотребления правом должны обеспечить противодействие любым попыткам недобросовестного поведения.

— Чего Вы ожидаете от модернизации роли нотариуса в гражданском обороте?

— Модернизация роли нотариуса в гражданском обороте направлена на совершенствование правоотношений гражданского оборота и обеспечение юридической безопасности его участников.

В рамках предусмотренной проектом федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации» активной модели нотариата перед нотариусом ставится задача комплексного оказания юридической помощи всем заинтересованным участникам гражданского оборота. Нововведения предполагают усиление роли нотариусов в гражданском обороте, но при этом усиливается и их ответственность за правильность и достоверность совершенных нотариальных действий. Кроме того, предлагается ввести прозрачную систему экономически обоснованных нотариальных тарифов, закрепить особую доказательственную силу нотариального акта, при которой он считается законным, пока не будет признан незаконным судом. Также устанавливается возможность совершения нотариальных действий с электронными документами.

Планируется, что нотариус будет сопровождать удостоверяемую сделку с момента заключения до момента исполнения, а его имущественная ответственность будет застрахована. Он получит возможность самостоятельно собирать информацию об обстоятель-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 20 04.05.13 5:56

It is not possible to impose new functions on notaries without overhauling the notariat, changing the principles of admission to the profession and increasing notaries' incentives. The draft law is meant to increase public trust in notaries and encourage the public to opt into notarial services even for transactions where the the law does not demand notarization.

ствах, имеющих значение для совершения нотариального действия (в том числе с помощью электронных информационных систем), проверять все элементы действительности удостоверяемой сделки.

Возложение на нотариат новых функций невозможно без качественной перестройки организации нотариата, изменения принципов доступа в профессию, повышения мотивации нотариусов. Законопроект призван повысить доверие граждан к нотариусам, способствовать их заинтересованности в нотариальном сопровождении сделок независимо от того, предусмотрена ли законодательством обязательность нотариального удостоверения.

— Many people have remarked on a crisis in Russian law-making. Too many normative acts are being adopted and their quality leaves much to be desired. Keeping up with changes in the law is becoming difficult even for Russian legal experts, quite apart from the foreign investors for whom the state is supposed to be creating a friendly legal climate. What can the Ministry of Justice do to change things?

— Clearly, given the volume of legislation, it is hard to ensure a consistently high quality of drafting and consistency with superordinate legislation and avoid errors and omissions in the technical presentation of laws. However, it is a matter of the stability and viability of our legal system as a whole and so our approach must be systematic.

Over 80% of opinions by the Ministry on acts of economic legislation contained specific legal criticisms. Economic legislation is particularly exposed to the risk of corruption. Around 5% of draft normative acts on which the Ministry was asked for an opinion were found to contain factors likely to engender corruption.

At the same time I would not say law-making was in a crisis. What is going on is everyday, routine, generally well balanced work, which, like any activity, is capable of improvement.

— Многие отмечают кризис нормотворчества в России. Нормативных актов принимается слишком много, тогда как их качество оставляет желать лучшего. Разбираться в изменениях правового поля становится сложно даже российским юристам, не говоря уже об иностранных инвесторах, которым государство вроде бы стремится создать благоприятный правовой климат. Какие шаги Минюст может предпринять для изменения ситуации?

— Очевидно, что при таком объеме законодательного материала разработчикам тяжело обеспечить необходимое качество правовых актов, их соответствие актам большей юридической силы, избежать ошибок и недостатков юридической техники. Однако это вопрос стабильности и жизнеспособности нашей правовой системы в целом, и его решение должно носить системный характер.

Более 80% заключений, данных Министерством по итогам правовой экспертизы актов экономического законодательства, содержали конкретные юридические замечания. Кроме того, именно в блоке экономического законодательства уровень коррупционных рисков является одним из наиболее высоких. Примерно в 5% представленных для дачи заключений проектов нормативных правовых актов по итогам правовой и антикоррупционных экспертиз были выявлены коррупциогенные факторы.

В то же время я не стал бы называть ситуацию в законотворчестве кризисом. Идет повседневная, рутинная, в целом сбалансированная работа, которую, как и всякую деятельность, можно оптимизировать.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 21 04.05.13 5:56

— The Ministry of Justice Russian Federation Law Enforcement Monitoring Report 2011 criticized the system by which the Russia implements decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the ECHR. What remedial action is planned?

— The report does not criticize the implementation of decisions of the Constitutional Court and the ECHR, but does raise practical questions about improving implementation and optimizing cooperation among all the participants in the process.

For example, the procedure for implementing Constitutional Court decisions was addressed by a Law passed this April amending the Law "On the Constitutional Court of the Russian Federation". It increased from three to six months the time limit within which the Government must draft and put before the State Duma laws implementing Constitutional Court decisions. It also covered the drafting and introduction in the Duma of draft laws by other bearers of the right of legislative initiative. In such cases the Government may postpone proposing its own draft law.

Whereas Constitutional Court decisions may declare outright that a particular federal law is against the Constitution, ECHR judgments generally state a problem in terms of the particular case taking a view of national legislation and enforcement practice. Where ECHR judgments require adjustments to national legislation, they are currently implemented by way of the usual process for drafting normative legal acts. The absence of any special process for implementing ECHR judgments does not prevent compliance with them.

— Can it be said that the crisis of non-enforcement of the decisions of national courts in Russia is over?

— The law says that judicial acts having taken effect shall be mandatory upon all organs of state power, local government, public bodies, officials and other individuals and legal entities without exception and must be complied with exactly in all parts of the Russian Federation.

— В Докладе о результатах мониторинга правоприменения в РФ за 2011 г. Минюст подверг критике систему исполнения властями РФ решений Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ. Какие меры планируется предпринять для исправления ситуации?

— Доклад не содержит критических замечаний по вопросу исполнения решений Конституционного Суда и ЕСПЧ, а с учетом правоприменительной практики затрагивает вопросы совершенствования исполнения таких решений и оптимизации взаимодействия всех заинтересованных участников данной работы.

Так, на регламентацию процедуры исполнения решений КС РФ направлен принятый в апреле этого года Закон о внесении изменений в Закон «О Конституционном Суде Российской Федерации». Им увеличен предельный срок подготовки и внесения Правительством в Госдуму законопроектов, направленных на исполнение решений КС РФ, с трех до шести месяцев. Помимо этого, урегулированы ситуации, когда иные субъекты права законодательной инициативы осуществляют подготовку законопроектов по собственной инициативе и вносят их в Думу. В таких случаях Правительство вправе отложить внесение разработанного им законопроекта.

В отличие от решений КС РФ, в которых прямо признается несоответствие конкретных норм федеральных законов Конституции, в постановлениях ЕСПЧ, как правило, Суд констатирует проблему в рамках рассматриваемого дела, оценивая национальное законодательство и правоприменительную практику. Для исполнения его постановлений, требующих корректировки национального законодательства, в настоящее время применяется общий порядок разработки проектов нормативных правых актов. Отсутствие специального порядка исполнения решений ЕСПЧ не препятствует их выполнению.

— Можно ли говорить о преодолении кризиса неисполнения решений национальных судов в России?

— В соответствии с законодательством вступившие в законную силу судебные акты являются обязательными для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 22 04.05.13 5:56

It can be said that today our society lacks both an understanding of the mandatoriness of complying spontaneously and voluntarily with enforcement orders and an intolerance of non-compliance. That is why it is necessary for the Court Bailiff Service to take such complicated and expensive enforcement action.

Enforcement orders made by judges are over half of all the enforcement orders currently in effect. In 2012, of 51 million orders for enforcement by agencies of the Federal Court Bailiff Service of Russia, 25.9 million (50.9%) were made by judges. For comparison, in 2011 the FCBS was called on to enforce 28.5 million enforcement orders made by judges, which was 55.6% of the total orders in effect. In 2010 it was 27 million (53.1%).

Sometimes circumstances arise which prevent the enforcement of enforcement orders, whether made by judges or not. It may be a debtor is without means, an order is cancelled at the request of the plaintiff or the court, enforcement proceedings are suspended or terminated, a debtor goes bankrupt or into liquidation or the statute of limitation expires.

Allowing for all the circumstances preventing enforcement, in 2012 court bailiffs enforced 8.5 million judge-made enforcement orders, which was 45% of the total after subtracting those orders prevented from enforcement. I would note that the enforcement of 12 million of the 25.9 million enforcement orders due to be enforced in 2012 continues into 2013.

Можно констатировать, что на сегодняшний день в нашем обществе отсутствуют как понимание обязательности самостоятельного и добровольного исполнения требований исполнительных документов, так и нетерпимость к фактам уклонения от их исполнения. Именно это вызывает необходимость возбуждения Службой судебных приставов сложного и дорогостоящего механизма принудительного исполнения.

Исполнительные документы, выданные судами, составляют более половины всех исполнительных документов, находящихся на исполнении. Так, из 51 млн исполнительных документов, находившихся на принудительном исполнении в 2012 г. в структурных подразделениях ФССП России, 25,9 млн (50,9%) были выданы судами. Для сравнения, в 2011 г. на принудительном исполнении в ФССП находилось 28,5 млн исполнительных документов, выданных судами, и их доля составляла 55,6% общего количества исполнительных документов, находившихся на исполнении, а в 2010 г. — 27 млн (53,1%).

При исполнении исполнительных документов, в том числе выданных судами, возникают обстоятельства, исключающие возможность их принудительного исполнения. Это может быть связано с отсутствием у должников денежных средств, отзывом по требованию взыскателя или суда исполнительного документа, приостановлением или прекращением исполнительного производства, банкротством и ликвидацией должников, а также истечением сроков давности исполнения.

С учетом имеющихся обстоятельств, препятствующих фактическому исполнению, судебными приставами в 2012 г. исполнено 8,5 млн исполнительных документов, выданных судами, что за вычетом судебных актов, возможность принудительного исполнения которых исключена, составляет 45%. Отмечу, что из 25,9 млн исполнительных документов, подлежавших принудительному исполнению в 2012 г., по 12 млн в 2013 г. продолжено их принудительное исполнение.

— How do you regard the diminution of the role of juries now that many cases in the jurisdiction of Subjects of the Russian Federation have been given to district and city courts?

— The position of the Constitutional Court of the Russian Federation is that the change in jurisdiction

— Как Вы относитесь к умалению роли суда присяжных вследствие передачи большого числа дел, подсудных судам субъектов РФ, районным (городским) судам?

— В соответствии с позицией КС РФ изменение регулирования подсудности уголовных дел суду с участи-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 23 04.05.13 5:56

over criminal cases by courts with juries does not restrict access to justice and does not violate the right to a lawful trial. The right of an accused person to have his or her case heard in court by a jury is not a fundamental right inalienable and innate to all. In the sense of the Constitution, such a right is not part of the constitutional right to the protection of the courts, but is one procedural guarantee thereof which is available at the discretion of the federal legislator. Neither do generally recognized principles and norms of international law include the right of trial by jury as an obligatory component of the right to justice.

In the view of the ECHR, where the system of criminal justice of a state does allow trial by jury the principle of fair trial does not entail mandatory recognition of the right to trial by jury on criminal charges.

— Not long ago you were confirmed as chairman of a government commission on free legal aid. When will the first proposals appear and what should we expect in the way of changes to public policy in this area?

— The priorities are to devise and define a common position on the provision of free legal aid to citizens and produce a policy on legal awareness.

The commission first met on 18 April 2013. We established priority tasks for the current year. We will work towards proposals for the President and Government to improve the normative legal basis and make policy on free legal aid and improve public awareness and knowledge of the law. We will also create means of public monitoring of activities to create and develop a system of free legal aid.

ем присяжных заседателей не ограничивает доступ к правосудию и не нарушает право на законный суд. Право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей не относится к числу основных прав, неотчуждаемых и принадлежащих каждому от рождения. По смыслу Конституции данное право не входит в основное содержание конституционного права на судебную защиту, а выступает в качестве одной из его возможных процессуальных гарантий, предоставляемых на основе дискреционных полномочий федерального законодателя. Общепризнанные принципы и нормы международного права также не включают право на суд присяжных в число обязательных составных элементов права на справедливое правосудие.

По мнению ЕСПЧ, при наличии в системе уголовной юстиции государства суда с участием присяжных принцип справедливого судебного разбирательства не предполагает при предъявлении уголовного обвинения обязательного признания права на такой суд.

— Не так давно Вас утвердили на посту председателя правительственной комиссии по бесплатной юридической помощи. Когда появятся первые предложения, и каких изменений в госполитике в этом направлении ждать?

— Приоритетными направлениями деятельности правительственной комиссии является выработка и определение единой позиции по вопросу обеспечения граждан бесплатной юридической помощью, а также выработка государственной политики в области правового просвещения.

Первое заседание правительственной комиссии состоялось 18 апреля 2013 г. В ходе заседания определены приоритетные задачи работы комиссии на текущий год. По результатам деятельности правительственной комиссии планируется внесение Президенту и Правительству предложений по совершенствованию нормативной правовой базы и проведению мероприятий, направленных на формирование государственной политики в области бесплатной юридической помощи и правового просвещения и правосознания граждан, а также создание механизмов общественного контроля деятельности по формированию и развитию систем бесплатной юридической помощи.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 24 04.05.13 5:56

— Both in Russia and abroad the legal profession is making increasing use of online consultations. Can you see a future for this means of providing legal assistance? Perhaps it is worth considering as a way of expanding free legal aid.

— Free legal aid is provided under the Federal Law “On free legal aid in the Russian Federation” which lists the types of free legal aid (oral and written consultations, assistance with legal documents and representation in court, official bodies and organizations). The list is open-ended so it is possible for free legal aid to be given by members of the state and non-state system in any other ways not prohibited by legislation.

— How will you balance advocates’ accountability for the free legal aid they provide and the imperative to guarantee their immunity?

— Advocates’ accounts for free legal aid do not infringe their guarantees of immunity and contain no information which the law protects under client confidentiality.

— В структуре юридического консультирования как в России, так и за рубежом набирает обороты использование онлайн-консультаций. Видите ли Вы будущее за этим способом оказания юридической помощи, возможно, на него стоит обратить внимание в целях распространения бесплатной юридической помощи?

— Оказание бесплатной юридической помощи осуществляется в соответствии с Федеральным законом «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации», которым определен перечень ее видов (правовое консультирование в устной и письменной форме, помощь в составлении документов правового характера, представительство интересов в судах, органах и организациях). Данный перечень является открытым, что предоставляет возможность оказания бесплатной юридической помощи участниками и государственной, и негосударственной систем в иных не запрещенных законодательством видах.

— Каким образом будет решаться вопрос о соотношении обеспечения отчетности о предоставлении бесплатной юрпомощи адвокатами и необходимости соблюдения гарантий неприкосновенности адвокатов?

— Обеспечение отчетности о предоставлении адвокатами бесплатной юридической помощи не нарушает гарантии неприкосновенности адвоката и не содержит сведений, которые в силу закона относятся к адвокатской тайне.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_010-025.indd 25 04.05.13 5:56

ПРОГРАММА III ПЕТЕРБУРГСКОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ФОРУМА

15 мая

Сессия	Тема	Спикеры
Пленарное заседание	**Конкуренция и сотрудничество правовых систем: роль права в обеспечении развития общества, государства и экономики**	**Медведев Д.А.,** Председатель Правительства РФ
		Имашев Б.М., министр юстиции Республики Казахстан
		Кумар А., министр юстиции Индии
		Опстелтен И., министр безопасности и юстиции Нидерландов
		Рейнольдс М., президент Международной ассоциации юристов
		Томка П., председатель Международного суда ООН
		Эндикотт Т., профессор Оксфордского университета

16 мая

Секция	Тема круглого стола	Модератор
Презентация	**Гаага — международный город мира и правосудия**	**Абиодун В.,** президент Гаагского института глобального правосудия
Корпоративная практика / Compliance	**Делегированная собственность как форма защиты активов: риски и возможности**	**Гальперин М.Л.,** директор департамента экономического законодательства Министерства юстиции РФ
	M&A*: международные тенденции и стандарты в сделках *M&A	**Топф К.,** партнер *Gleiss Lutz*
	Профессиональная ответственность врачей и медицинского персонала	**Белов С.А.,** заместитель декана по научной работе юридического факультета СПбГУ
Публичное право / Верховенство закона	**Доказывание в международных судах**	**Томка П.,** председатель Международного суда ООН
	Международные преступления: национальные и международные юрисдикции	
	Проблемы реформирования Гражданского кодекса России в контексте современного гражданского права европейских государств	**Маковский А.Л.,** первый заместитель председателя Совета Исследовательского центра частного права при Президенте РФ
	Взаимодействие национальных судов в условиях конкуренции юрисдикций: современные вызовы	**Иванов А.А.,** Председатель ВАС РФ

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd 26 04.05.13 5:59

Секция	Тема круглого стола	Модератор
	Идеи права и справедливости в европейской традиции	
	Защита прав родителей и детей, проживающих в разных государствах, в контексте реализации положений Гаагских конвенций о защите детей 1980 и 1996 г.	**Астахов П.А.,** уполномоченный при Президенте РФ по правам ребенка
	Конституция РФ: механизмы прямого действия	
Управление юридической практикой / Стандарты юридической профессии	**Объединяя российскую юридическую профессию — возможные проблемы интеграции, которая позволит юристам работать в рамках регламентированной структуры**	**Ковес П.,** партнер *Köves és Társai Ügyvédi Iroda*
Судебная и арбитражная практика	**Новые вызовы судебной экспертизы в современном технологичном мире**	**Смирнова С.А.,** директор РФЦСЭ при Министерстве юстиции РФ **Усов А.И.,** заместитель директора по научно-методической работе РФЦСЭ при Министерстве юстиции РФ
	Медиация и инновационные подходы к разрешению трансграничных споров в условиях глобализации	**Шамликашвили Ц.А.,** президент Научно-методического центра медиации и права
	Уголовные дела и заявления о преступлениях в международном арбитраже	
	Арбитраж — имеет ли место значение?	**Питковиц Н.,** партнер *Graf & Pitkowitz*
Финансы / Инвестиции / Торговля / Конкуренция	**Международный опыт расширенного взаимодействия налоговых органов и налогоплательщиков. Практика применения горизонтального мониторинга в России**	**Рабенорт М.,** партнер *Ernst & Young*
	Проблемы интернационализации в расследованиях картельных сговоров	**Рейнольдс М.,** партнер *Allen & Overy LLP*, президент Международной ассоциации юристов
	Мирное разрешение споров в рамках процедур ВТО	**Медведков М.Ю.,** директор Департамента торговых переговоров Министерства экономического развития РФ
	Правовые аспекты реформы финансового регулирования	**Сторчак С.А.,** заместитель министра финансов РФ
	Регулирование крупных инфраструктурных проектов: закон ГЧП и иные механизмы	**Ситников А.А.,** управляющий партнер *VEGAS LEX*
	Деофшоризация	**Любимов Ю.С.,** статс-секретарь — заместитель министра юстиции РФ
Телекоммуникации / Инновации / Информация / Интеллектуальная собственность	**Регулирование правоотношений в сети Интернет как среде для инновационного бизнеса**	**Серебряникова А.А.,** директор по правовым вопросам и *GR*, ОАО «МегаФон»

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd_27 04.05.13 5:59

Секция	Тема круглого стола	Модератор
	Защита конкуренции и охрана интеллектуальной собственности: единство и борьба противоположностей	**Лианис Я.,** профессор, Университетский колледж Лондона
Спортивное право	**Работа с болельщиками и ответственность за их поведение. Организация работы по обеспечению безопасности при проведении спортивных мероприятий**	
Ресурсы и энергетика	**Развитие правовой модели рынка электроэнергии: преодоление противоречий и поиск компромиссов**	**Пахомов А.А.,** член Правления, руководитель Блока правовой работы ОАО «ИНТЕР РАО ЕЭС»
	Регулирование недропользования: содействие развитию и барьеры	
	Реализация потенциала энергоэффективности: юридические рычаги и барьеры	**Шленский И.А.,** генеральный директор ООО «ГПБ — Энергоэффект»
Культурное наследие	**Юридические аспекты проблем кощунства в искусстве**	**Цыгулева М.В.,** начальник юридического отдела Государственного Эрмитажа
	Финансы, рынок и культура — есть ли место для синергии? (Правоприменительная практика внебюджетного финансирования культуры)	**Швыдкой М.Е.,** специальный представитель Президента по культуре, министр культуры РФ (2000–2004 гг.)
Нотариат	**Модернизация нотариата. Российский и международный опыт**	**Сазонова М.И.,** президент Федеральной нотариальной палаты РФ **Декор Ж.-П.,** президент Международного союза нотариата

17 мая

Секция	Тема круглого стола	Модератор
Корпоративная практика / *Compliance*	**Юридические аспекты имплементации международных стандартов комплаенс в России**	**Камелькова А.В.,** член правления НП «Объединение Корпоративных Юристов», директор юридической службы «Россия и СНГ» ЗАО «Алкатель-Лусент»
	Трудовое законодательство: актуальные вопросы в условиях меняющейся экономической ситуации	**Анюхина И.В.,** партнер юридической фирмы «АЛРУД»
	Проблема аффилированности: международная практика	**Гольцблат А.А.,** управляющий партнер юридической фирмы *Goltsblat BLP*
Публичное право / Верховенство закона	**Инструменты противодействия коррупции**	**Травников М.А.,** заместитель министра юстиции Российской Федерации
	Лоббизм как юридическая профессия	**Сусман Т.,** директор управления по связям с государственными органами Американской ассоциации юристов
	Кибербезопасность	**Рогачев И.И.,** директор Департамента новых вызовов и угроз Министерства иностранных дел РФ
	Женщины в юриспруденции: курс на перемены	**Бейтман Д.,** глава отдела по международным связям Юридического сообщества Англии и Уэльса

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd 28 04.05.13 5:59

Секция	Тема круглого стола	Модератор
	Противодействие угрозам: соотношение целей и средств	**Коновалов А.В.,** министр юстиции РФ
	Корпоративная ответственность и права человека	**Шписхофер Б.,** консультант *Dentons*
	Противодействие мошенничеству	
Управление юридической практикой / Стандарты юридической профессии	**Тихая революция — как развивается бизнес-модель юридической фирмы**	**Денайер С.,** партнер *Allen & Overy LLP*
	Радикальное изменение функционала юриста в корпорации: *compliance*, *GR* и юридический риск-менеджмент под одним началом. Есть ли альтернатива?	**Нестеренко А.К.,** президент НП «Объединение Корпоративных Юристов»
	Субсидируемая юридическая помощь — обязанность государства или социальная ответственность общества?	**Коновалов А.В.,** министр юстиции РФ
	Юридическое образование: школа или технология?	**Свейнстон М.,** барристер
	ЕврАзЭС	**Цван Ж. де,** профессор Университета Эразмус
Судебная и арбитражная практика	**Роль судейского усмотрения в правопорядке: российский и зарубежный опыт**	**Егоров А.В.,** руководитель аппарата — администратор ВАС РФ
	Банкротство граждан: транснациональный подход	**Кинни М.,** управляющий партнер *Martin Kenney & CO. Solicitors*
Финансы / Инвестиции / Торговля / Конкуренция	**Правовое регулирование благотворительной деятельности: значение и развитие целевых капиталов (эндаументов)**	**Зелькова Л.Г.,** первый заместитель председателя Комиссии Общественной палаты РФ по развитию благотворительности и волонтерства
	Глобализация строительного бизнеса: национальные стандарты и международно-правовая практика	**Кудрявцева О.И.,** старший юрист Адвокатского бюро «Иванян и партнеры»
	Иммунитет государства: защита или ограничения для бизнеса	
	Таможенный союз и ВТО	**Евтухов В.Л.,** заместитель министра промышленности и торговли РФ
	Развитие конкурентного законодательства в современном мире: опыт России и зарубежных стран	**Пузыревский С.А.,** начальник правового управления ФАС России
Телекоммуникации / Инновации / Информация / Интеллектуальная собственность	**Венчурные капиталисты и Интернет: правовое регулирование**	**Балаян О.М.,** управляющий партнер *Hogan Lovells (CIS)*
	Патентное право в системе глобальной экономической конкуренции	**Браден С.,** судья Федерального претензионного суда США
Ресурсы и энергетика	**Развитие ядерного права в современных условиях**	**Попов А.В.,** директор Департамента правовой и корпоративной работы ГК «Росатом»

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd 29 04.05.13 5:59

THE III ST. PETERSBURG INTERNATIONAL LEGAL FORUM PROGRAMME

15 May

Session	Title	Speakers
Plenary Session	**Competition and Cooperation between Legal Systems: the Role of Law in Ensuring the Development of Society, the State, and the Economy**	**Dmitry Medvedev,** Prime Minister of the Russian Federation
		Berik Imashev, Minister of Justice of the Republic of Kazakhstan
		Ashwani Kumar, Minister of Law and Justice of India
		Ivo Opstelten, Minister of Security and Justice of the Netherlands
		Michael Reynolds, President of the International Bar Association
		Peter Tomka, President of the International Court of Justice
		Timothy Endicott, Professor, University of Oxford

May 16

Section	Round Table Discussion Title	Moderator
Presentation	**The Hague: International City of Peace and Justice**	**Abiodun Williams,** President of the Hague Institute for Global Justice
Corporate practice / Compliance	**Delegated Ownership as a Form of Asset Protection: Risks and Opportunities**	**Mikhail Galperin,** Director of the Department of the Economic Legislation, Ministry of Justice of the Russian Federation
	M&A: International Trends and Standards in M&A Transaction Terms	**Cornelia Topf,** Partner, Gleiss Lutz
	Professional Liablity of Doctors and Medical Staff	**Sergey Belov,** Associate Professor, Law Faculty of St. Petersburg State University
Public law / Rule of Law	**Evidentiary Issues before International Tribunals**	**Peter Tomka,** President of the International Court of Justice
	International Crime: National and International Jurisdiction	
	Problems of Modernization of the Russian Civil Code in the Context of Development of Civil law of European States	**Aleksander Makovsky,** First Deputy Chairman of the Council of the Research Centre for Private Law under the President of the Russian Federation
	Interaction between National Courts in the Framework of Competition of Jurisdictions: Modern Challenges	**Anton Ivanov,** Chairman of The Supreme Commercial Court of the Russian Federation

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd 30 04.05.13 5:59

Section	Round Table Discussion Title	Moderator
	The Notion of Law and Justice in European Tradition	
	Protection of Rights of Children and Parents within the Framework of the Hague Conventions 1980 and 1996	**Pavel Astakhov,** Children's Rights Commissioner for the President of the Russian Federation
	The Constitution of the Russian Federation: Mechanisms of Direct Action	
Law Practice Management / Standards of Legal Profession	**Uniting Russian Legal Profession — Challenges for Integration to Enable Lawyers to Work within a Regulated Structure**	**Péter Köves,** Partner, Köves és Társai Ügyvédi Iroda
Litigation and Arbitration Practice	**New Challenges to Forensic Enquiry in Modern Technological World**	**Svetlana Smirnova,** Director, Russian Federal Center of Forensic Expertise of the Ministry of Justice of the Russian Federation **Alexander Usov,** Deputy Director for Research and Methodology, Federal Center of Forensic Expertise of the Ministry of Justice of the Russian Federation
	Mediation and Innovative Approaches to Resolving Cross-Border Disputes in the Context of Globalization	**Tsisana Shamlikashvili,** President, Scientific and Methodological Center for Mediation and Law
	Criminal Matters and Allegations of Crimes in International Arbitration	
	Arbitration — Does the Seat Matter?	**Nikolaus Pitkowitz,** Founding Partner, Graf & Pitkowitz
Finance / Investments / Trade / Competition	**International Experience in Development of Enhanced Relationship between Revenue Bodies and Taxpayers. Practice of Horizontal Monitoring Program in Russia**	**Martin Rabenort,** Partner, Ernst & Young
	Challenges Posed by Growing Internationalization of Cartel Investigations	**Michael Reynolds,** Partner, Allen & Overy LLP, President of the IBA
	Peaceful Settlement of Disputes under the WTO Procedures	**Maksim Medvedkov,** Director of the Department of Trade Negotiations, Ministry of Economic Development of the Russian Federation
	Legal aspects of the financial regulation reform	**Sergey Storchak,** Deputy Minister of Finance of the Russian Federation
	Regulation of Major Infrastructure Projects: Public Private Partnership and Other Mechanisms	**Alexandr Sitnikov,** Managing Partner, Vegas Lex
	Deoffshorization	**Yury Lyubimov,** Deputy Minister of Justice of the Russian Federation
Telecommunications / Innovations / Information / Intellectual Property	**Legal Regulation of the Internet as a Place for Business Innovation**	**Anna Serebryanikova,** Head of Legal Affairs and GR, Megafon
	Intellectual Property and Antitrust Interface in Global Economy	**Ioannis Lianos**, Professor, University College London

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd 31 04.05.13 5:59

Section	Round Table Discussion Title	Moderator
Sports Law	**Work with Supporters and Responsibility For their Behavior. Safety Insuring Management During the Sports Events**	
Resources and Energy	**Development of the Legal Model of the Electricity Market: the Tensions and Search for Compromises**	**Alexander Pakhomov,** Member of the Management Board — General Counsel, JSC "Inter RAO UES"
	Regulation of Subsoil Resourses: Promotion and Barriers	
	Realizing the Potential of Energy Efficiency: the Legal Levers and Barriers	**Igor Shlensky,** General Manager, GPB-Energoeffect
Cultural Heritage	**Legal Aspects of Problems of Sacrilege in Art**	**Marina Tsiguleva,** Head of the Legal Department of the State Hermitage Museum
	Finance, Market and Culture — is there Any Room for Synergy? (Enforcement Practice of Extra-Budgetary Funding for Culture)	**Mikhail Shvydkoy,** Special Representative of the President on the Arts and Culture, ex-Minister of Culture of the Russian Federation (2000–2004)
Notariat	**Modernization of the Notariat. Russian and International Experience**	**Maria Sazonova,** President of the Federal Notarial Chamber of the Russian Federation **Jean-Paul Decorps,** President, International Union of Notaries

May 17

Section	Round Table Discussion Title	Moderator
Corporate practice / Compliance	**Legal Aspects of Implementation of International Compliance Standards in Russia**	**Alevtina Kamelkova,** Board Member of the Russian Corporate Counsel Association, General Counsel Russia and CIS at Alcatel-Lucent
	Labour Law: Current Issues in a Changing Economic Environment	**Irina Anyukhina,** Partner, ALRUD
	Problem of Affiliation: International Practice	**Andrey Goltsblat,** Managing Partner, Goltsblat BLP
Public law / Rule of Law	**Anti-Corruption Instruments**	**Maxim Travnikov,** Deputy Minister of Justice of the Russian Federation
	Lobbying as a Legal Profession	**Thomas Susman,** Director, Governmental Affairs Office at American Bar Association
	Cybersecurity	**Ilya Rogachev** Director, department of new challenges and threats, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation
	Women in Law: Delivering the Agenda for Change	**Julia Bateman,** Head on International, Law Society of England and Wales
	Counteracting Threats: Balance between Goals and Measures	**Alexander Konovalov,** Minister of Justice of the Russian Federation
	Business Accountability and Human Rights	**Birgit Spiesshofer,** Counsel, Dentons
	Fraud Counteraction	

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd 32 04.05.13 5:59

Section	Round Table Discussion Title	Moderator
Law Practice Management / Standards of Legal Profession	**Quiet Revolution — How the Law Firm Business Model is Evolving**	**Stephen Denyer,** Partner, Allen & Overy LLP
	Radical Shift in Lawyer's Functionality in a Corporation: Compliance, GR and Legal Risk Management in One Package. Is there an Alternative?	**Alexandra Nesterenko,** President of the Russian Corporate Counsel Association
	Pro Bono (Subsidized Legal Aid) — Duty of the State or Social Responsibility?	**Alexander Konovalov,** Ministrer of Justice of the Russian Federation
	Legal Education: School or Technology?	**Michael Swainston** QC, Brick Court Chambers
	EurAsEC	**Jaap de Zwan,** Professor Erasmus University
Litigation and Arbitration Practice	**The Role of Judicial Discretion: Russian and Foreign Experience**	**Andrey Egorov,** Chief of Staff — Administrator of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation
	Personal Bankruptcy: Transnational Approach	**Martin Kenney,** Managing Partner, Martin Kenney & CO. Solicitors
Finance / Investments / Trade / Competition	**Philanthropy Development Legislation: Role of Endowments**	**Larisa Zelkova,** Deputy Chairperson of the Commission on Philanthropy Development and Volunteerism of the Public Chamber of the Russian Federation
	Globalization of the Construction Business: National Standards and International Legal Practice	**Olga Kudryavtseva,** Senior associate, law firm Ivanyan & Partners
	State Immunity: Protection or Restrictions for Business	
	Customs Union and the WTO	**Victor Yevtukhov,** Deputy minister of industry and trade of the Russian Federation
	The Development of Competition Law in the Modern World: the Experience of Russia and Foreign Countries	**Sergey Puzyrevsky,** Head of the Legal Authority, Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation
Telecommunications / Innovations / Information / Intellectual Property	**Venture Capitalists and the Internet: Legal Regulation**	**Balayan Oxana,** Managing Partner, Hogan Lovells (CIS)
	Patent Law in the Global Economic Competition	**Susan Braden,** Judge, United States Court of Federal Claims
Resources and Energy	**Development of Nuclear Law in Today's World**	**Andrey Popov,** Director of Legal and Corporate Affairs and the Property Complex, State Atomic Energy Corporation Rosatom

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_026-033.indd 33 04.05.13 5:59

Let us translate...

- Simultaneous and consecutive interpreting
- Court interpreting
- Financial, legal, technical translations
- Certified translations
- Annual report translations
- IPO and road-show language support

tel: +44 (0) 1344 894504
fax: +44 (0) 1344 894501

enquiries@russianlinguistics.com
www.russianlinguistics.com

New Lodge, Drift Road,
Windsor, Berks, UK, SL4 4RR

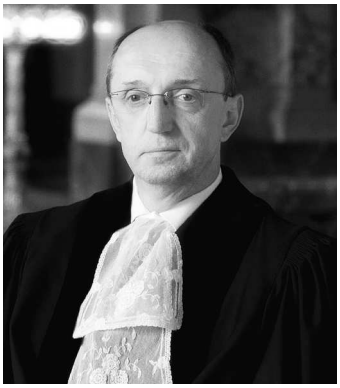
RUSSIAN LINGUISTIC SERVICES

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_034.indd 34 03.05.13 19:39

НАДЕЮСЬ, ЧТО В БУДУЩЕМ ЕЩЕ БОЛЬШЕ ГОСУДАРСТВ ПРИЗНАЮТ НАШУ ЮРИСДИКЦИЮ

I HOPE THAT MORE STATES IN THE FUTURE WILL RECOGNIZE OUR JURISDICTION



Питер Томка

президент Международного суда правосудия

Peter Tomka

President of the International Court of Justice

— What is the role of the International Court of Justice?

— The Court is the principal judicial organ of the United Nations and its main role is to help states peacefully settle bilateral disputes. It has demonstrated throughout its existence, since 1945, that it can perform that role efficiently. It has settled many different disputes involving competing claims to maritime zones, frontier delimitations, sovereignty over territory or islands and the interpretation and application of international treaties.

Of course the most efficient way for states to resolve disputes is by agreement. Where no agreement is possible, the Court can prevent tensions turning to open conflict by making an impartial decision based on the legal arguments and evidence presented by both sides. It allows states to maintain good relations.

— В чем заключается роль Международного суда правосудия?

— Суд — основной судебный орган Организации Объединенных Наций, и его главная задача — помогать государствам мирно урегулировать споры. За время своего существования с 1945 г. он доказал, что в состоянии выполнять эту задачу эффективно. Суд урегулировал множество споров, которые касались встречных исков в отношении морских зон, определения границ, вопросов, связанных с суверенитетом над отдельными территориями или островами, а также с толкованием и применением международных договоров.

Конечно же, наиболее эффективный для государств способ разрешения споров — это достижение соглашения. Если они не могут прийти к согласию, Суд может предотвратить перерастание напряжения между го-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 35 04.05.13 4:36

The other role, perhaps less important but still valuable, is to give advisory opinions on legal issues on requests to international organizations for the benefit of their future work.

— Has the number of cases before the Court always increased?

— Yes, the Court has delivered more judgments in the last 22 years than in the first 44 years of its existence. In the past there were at least six or seven years in which no judgments at all were delivered, in 1967–1968, for example. Between 1976 and 1979, the Court delivered only a single judgment and even then the Court found itself without jurisdiction to decide the merits of the case. In the last 15 years, the Court has delivered four or five judgments per year on average.

— How many cases are currently before the Court?

— We have 11 cases at various stages. The Court procedure is in two parts, written proceedings followed by oral proceedings. At present the Court is deliberating in two cases and there will be hearings, each lasting perhaps three weeks, in two others.

Last week judgment was delivered in a frontier dispute submitted jointly by Burkina Faso and Niger. At issue was approximately 370 km of their common boundary, almost two thirds of the total. The Court unanimously determined the course of the frontier. We noted that both parties declared themselves pleased with our decision.

— When did the case start?

— In 2010. Before that there had been many years of negotiations without result.

сударствами в открытый конфликт, принимая беспристрастные решения на основании правовых доводов и доказательств, приводимых обеими сторонами. Это позволяет государствам сохранять хорошие отношения.

Еще одна задача, которую выполняет Суд и которая, возможно, не является такой важной, но тем не менее представляет определенную ценность, состоит в том, чтобы давать консультативные правовые заключения по запросам международных организаций, которые могут использовать эти заключения в будущей работе.

— Растет ли количество дел, рассматриваемых Судом?

— Да, за последние 22 года Суд вынес больше решений, чем за первые 44 года своего существования. В прошлом бывали периоды, шесть или семь лет, когда Суд не вынес ни одного решения, например в 1967–1968 гг. В период с 1976 по 1979 г. Суд вынес только одно решение, но даже в этом случае суд счел, что не имеет полномочий рассматривать дело по существу. В последние 15 лет Суд выносил в среднем четыре-пять решений в год.

— Сколько дел на рассмотрении Суда сейчас?

— В настоящий момент у нас в производстве находится 11 дел на разных стадиях рассмотрения. Наша судебная процедура состоит из двух частей: письменной и затем устной. В настоящий момент Суд работает над решениями по двум делам, и мы готовимся к слушаниям по двум другим делам, каждое из которых займет примерно три недели.

На прошлой неделе мы вынесли решение по спору о границах, который был передан на рассмотрение Суда Буркина-Фасо совместно с Нигером. Предметом спора являлся участок их общей границы длиной приблизительно 370 км, что составляло почти две трети от ее общей длины. Суд единогласно определил эту границу. Мы отметили, что обе стороны заявили о том, что они довольны нашим решением.

— Когда началось это дело?

— В 2010 г. До этого переговоры велись годами, но безрезультатно.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 36 04.05.13 4:36

— What cases before the Court are most important?

— I think each dispute is important, at least for the parties. Once a case comes to the Court the public in the countries concerned also take a closer interest. For example, last December we had hearings in a maritime dispute between Peru and Chile. Peru argued that the countries had never made any agreement on their maritime boundary and asked the Court to determine it, while Chile sought recognition of an existing boundary. The hearings were broadcast live in both countries in Spanish.

The Court does not distinguish important and unimportant cases — all are important for the government and people of the states involved. But moreover our judgments have a much broader impact on the development of international law. Conventions are often formulated in a very general way. It is important how the Court interprets the rules or determines the customary or unwritten international law applicable to any given case. Our judgments are carefully studied by legal scholars and legal advisers of foreign ministries of other countries.

— Какие дела, рассматриваемые Судом, считаются самыми важными?

— Я думаю, что каждый спор важен, по крайней мере для участвующих в нем сторон. Когда дело передается в Суд, общественность участвующих в споре стран проявляет большой интерес к делу. Например, в прошлом декабре у нас были слушания по морскому спору между Перу и Чили. Перу заявляла, что никогда не заключала соглашения о морской границе с Чили, и попросила Суд определить ее; Чили же требовала признания границы, которая, по ее мнению, существует. Слушания транслировались в прямом эфире в обеих странах на испанском языке.

Суд не делит дела на важные и не важные — все они важны для правительств и населения участвующих в споре государств. Кроме того, наши решения оказывают и более существенное влияние в части развития международного права. Конвенционные нормы зачастую сформулированы в общей форме. И очень важно, как Суд толкует эти положения и определяет нормы обычного или неписаного международного права, применимые к тому или иному делу. Наши решения внимательно изучаются правоведами и юридическими советниками министерств иностранных дел других стран.

— May the Court, in turn, refer to legal literature to form a view?

— Yes, but only as a subsidiary source. That means of course judges can study the writings of qualified experts in international law, but their writings do not constitute law. They are just an aid to judges in establishing what the law is. In fact the Court has never in its judgments referred to a view expressed in academic writings.

— Может ли Суд в свою очередь обращаться к юридической литературе, чтобы сформировать свою точку зрения?

— Да, но только в качестве вспомогательного источника. Это значит, что судьи, конечно же, могут изучать труды квалифицированных экспертов по международному праву, но эти труды не являются законом. Это просто материалы в помощь судьям для определения содержания действующего права. На самом деле Суд никогда в своих решениях не полагался на мнения, высказываемые в академической литературе.

— Your interpretation of international treaties is binding on the parties to a dispute. Is it binding on the national courts of the states and other countries also? Does it create a precedent?

— A judgment of the Court is binding not only on the parties' governments but on all state organs including the judiciary. On the courts of third states they are not formally binding. However, as the Court interprets the

— Ваша трактовка международных договоров является обязательной для исполнения сторонами спора. А является ли ваше толкование обязательным для применения национальными судами государств и также другими странами? Создает ли оно прецедент?

— Решения Суда обязательны для исполнения не только правительствами стран, но и всеми государственными органами, включая судебные. Для судов

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 37 04.05.13 4:36

rules of international law and is the principal judicial organ of the United Nations, its judgments are to be taken very seriously. But formally they are not binding.

— One of the most intriguing topics at the Saint Petersburg International Legal Forum last year was competing jurisdictions. Is it possible that a dispute about jurisdiction over a case could come before your Court?

— It is. It would have to be brought not by the parties to the case themselves but by the states concerned. There are basically four ways we can get jurisdiction. First, a state makes a declaration recognizing our jurisdiction. Second, two states agree, once a dispute has arisen, to refer it jointly to the Court. Such an agreement is called a compromis in French. Third, bilateral and multilateral international treaties may contain a special clause by which disputes relating to their application and interpretation can be referred the Court. Fourth, the so-called forum prorogatum. Where the Court originally does not have jurisdiction, one state may refer to the Court and invite the other state to accept the Court's jurisdiction in a particular case. If the invited country assents, we can consider it.

— By what way do cases most commonly reach your Court?

— Frequently cases are brought by states unilaterally, but usually the respondent challenges the Court's jurisdiction. Then first we have to hear arguments to determine jurisdiction. Most efficient is if parties make a special arrangement granting the Court jurisdiction and formulate the questions to which they want answers. In the past, some 18 disputes have been brought before the Court under such special arrangements.

других государств формально они не являются обязательными. Однако поскольку Суд занимается толкованием норм международного права и представляет собой основной судебный орган Организации Объединенных Наций, то его решения должны восприниматься со всей серьезностью. Но формально они не являются обязательными.

— Одной из наиболее интересных тем Международного Юридического Форума в Санкт-Петербурге в прошлом году был вопрос о конкуренции юрисдикций. Может ли быть так, что спор о подсудности определенного дела будет передан на рассмотрение в ваш Суд?

— Да. Спор должен быть передан в Суд не сторонами спора, а их государствами. Существует четыре основных способа получения нами юрисдикции в отношении спора. Во-первых, государство выступает с заявлением о признании нашей юрисдикции. Во-вторых, оба государства после возникновения спора договариваются о совместной передаче дела в Суд. Такое соглашение на французском языке называется компромиссом (*compromis*). В-третьих, двусторонние и многосторонние международные договоры могут содержать специальное положение, согласно которому споры по вопросам их применения и толкования могут быть переданы в Суд. В-четвертых, это концепция *forum prorogatum* (суд, выбранный по договоренности сторон). Если первоначально Суд не обладает юрисдикцией, одно из государств может обратиться к нам и предложить другому государству согласиться с данной подсудностью конкретного спора. Если страна, которой поступило такое предложение, согласна, то мы можем рассмотреть данный вопрос.

— Каким образом чаще всего дела попадают в ваш Суд?

— Часто дела передаются нам по заявлению одной стороны, но обычно ответчик оспаривает юрисдикцию Суда. Тогда мы должны сначала выслушать доводы сторон для определения юрисдикции. Наиболее эффективный способ — когда стороны приходят к особой договоренности, наделяя Суд юрисдикцией, и формулируют вопросы, на которые они хотят получить ответы. В прошлом в рамках таких особых договоренностей Суду было передано порядка 18 дел.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 38 04.05.13 4:36

— Do you think the Statute or Rules of the Court could be amended or improved?

— I would not say that the current situation is optimal. But I do not think there are major changes required to the Statute. Rather, I hope that more states in the future will recognize our jurisdiction by making a declaration. So far 69 of the 193 United Nations Member States have done so.

— What main legal problems do you think should be discussed at the International Legal Forum in Saint Petersburg?

— I think that it is important to consider how to strengthen the rule of law in international relations. International law should become integral to all states' decision-making in their relations with other states. States should provide further support to international judicial institutions which exist to help them settle their disputes.

— Как Вы считаете, стоит ли изменять или усовершенствовать Устав либо Правила Суда?

— Я не сказал бы, что нынешняя ситуация оптимальна. Но я не думаю, что в Устав требуется вносить какие-то существенные изменения. Скорее, я надеюсь, что в будущем еще больше государств признают нашу юрисдикцию. Пока это сделали 69 из 193 государств — членов ООН.

— Как Вы считаете, какие основные правовые проблемы следует обсудить на Международном Юридическом Форуме в Санкт-Петербурге?

— Я думаю, очень важно рассмотреть вопрос об укреплении верховенства права в международных отношениях. Нормы международного права должны стать неотъемлемым компонентом решений, принимаемых государствами в их отношениях с другими странами. Государства должны оказывать больше поддержки международным судебным учреждениям, которые существуют для того, чтобы помогать урегулировать их споры.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 39 04.05.13 4:36

ЛУЧШИМ РЕШЕНИЕМ ДЛЯ ГОСУДАРСТВ МОЖЕТ СТАТЬ ВСЕОХВАТЫВАЮЩЕЕ МНОГОСТОРОННЕЕ СОГЛАШЕНИЕ ОБ ИНВЕСТИЦИЯХ

THE BEST SOLUTION, I THINK, WOULD BE FOR STATES TO AGREE ON A BROAD MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT

Бартон Легум

партнер парижского отделения компании *Dentons*, руководитель арбитражной практики по инвестиционным договорам. Председатель секции Международного права Американской ассоциации юристов, председатель Исполнительного комитета, Совета и Административного совета этой секции.

Barton Legum

Partner in Dentons' Paris office and legacy head of the firm's investment treaty arbitration practice. Chair of the Section of International Law of the American Bar Association. He also chairs the Executive Committee, the Council and the Administration Committee of this Section.

— Do you think that international mechanisms are effective in resolving investment disputes between states and private investors?

— I think so, considering the complexity of the current system. About 3000 bilateral investment treaties have been negotiated between many different combinations of states over a 50-year period. The number of arbitrations per treaty is fairly low, with no more than two or three disputes a decade under any given bilateral treaty. That is not enough to justify having a permanent court. An arbitration tribunal is convened for each case.

— That is true for bilateral treaties but what about multilateral treaties, for example the Energy Charter Treaty? Are they used more often?

— Считаете ли Вы, что международные механизмы урегулирования инвестиционных споров между государствами и частными инвесторами эффективны?

— Думаю, да, если учесть сложность существующей системы. За 50 лет было заключено около 3000 двусторонних инвестиционных соглашений между различными государствами в разных комбинациях. Количество арбитражных разбирательств по договорам невелико — не более двух-трех споров за десятилетие по одному двустороннему соглашению. Этого недостаточно для того, чтобы обосновать необходимость создания отдельной постоянно действующей судебной инстанции.

— Это верно в случае двусторонних соглашений. А что можно сказать о многосторонних договорах, например о Договоре к Энергетической хартии? По ним споры бывают чаще?

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 40 04.05.13 4:36

— I think even then there are not too many cases. Maybe 35 have been decided under the Energy Charter Treaty since 1994. That is why the Treaty itself provides for international arbitration tribunals rather than a permanent court.

But the total number of claims under all treaties brought by all investors against all states every year varies from perhaps 50 to 75. That may be enough to justify a court. But the problem is how to bring disputes under 3000 different treaties before a single tribunal. In short, the current system is very good for resolving disputes given its limitations but not always good for coming up with a consistent approach to the issues that are presented.

— Why do you think that the system is good for resolving disputes? By what criteria?

— In my experience the decisions of these tribunals are rigorous: in most cases they reach the right result. If you look at the statistics overall, states win a little more often than investors, but I think the system is fair to both sides.

— Is it difficult to enforce arbitral awards against states?

— Experience, I think, varies from one state to another. In cases I have been involved in, some states have paid up within 60 days of the date of the award. Others take longer and some, notably Argentina, seem to have a policy of not paying awards and fighting every claim until the money is actually seized.

— And that is so even though a state is a party to some bilateral or multilateral investment treaty?

— Certainly it is. In fact the United States government has imposed trade sanctions on Argentina because of its failure to respect its international obligations.

— Полагаю, что даже в этом случае дел не так много. С 1994 г. были вынесены решения где-то по 35 спорам. Именно поэтому сам Договор предусматривает урегулирование конфликтов в международных третейских судах, а не в постоянно действующей судебной инстанции.

Тем не менее общее количество исков по всем соглашениям, предъявляемых всеми инвесторами ко всем государствам каждый год, варьируется предположительно от 50 до 75. Этого достаточно, чтобы обосновать создание специального суда. Однако проблема в том, как объединить споры по 3000 различных договоров в одной судебной инстанции. В общем, действующая система хороша для урегулирования споров с учетом существующих ограничений, но не всегда подходит для выработки последовательного подхода к существующим проблемам.

— Почему Вы считаете, что система подходит для урегулирования споров? По какому критерию Вы судите?

— Из своего опыта я знаю, что суды внимательно относятся к разбирательству и в большинстве случаев выносят верное решение. Если посмотреть на данные статистики, можно увидеть, что государства выигрывают немного чаще, чем инвесторы, но, считаю, система справедлива для обеих сторон.

— Сложно ли добиться приведения в исполнение решения третейского суда в отношении государств?

— Практика, полагаю, разнится от государства к государству. По тем делам, в которых я принимал участие, некоторые государства осуществили выплаты в течение 60 дней со дня вынесения решения. Другим требовалось больше времени, а некоторые, в частности Аргентина, похоже, следуют политике невыплат по судебным решениям и ведут борьбу по каждому иску до тех пор, пока на денежные средства не будет наложен арест.

— И так происходит несмотря на то, что государство является стороной двустороннего или многостороннего соглашения о защите инвестиций?

— Конечно. В той ситуации в итоге правительство Соединенных Штатов ввело торговые санкции в отношении Аргентины из-за того, что она не выполняла свои международные обязательства.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 41 04.05.13 4:36

— What could the legal community do to make the decisions of these tribunals more consistent?

— The consistency problem is often raised by academics and non-governmental organizations. But I think it is unrealistic and inappropriate to expect a tribunal to interpret one treaty consistently with an entirely different one. Moreover, as any dispute resolution professional is aware, even in the context of a national legal system a court in one city may issue a very different decision from a court in another city.

— But certainly some steps could be taken to improve the situation. Have you any suggestions?

— A number of steps have already been taken. One of the most important is publishing the awards in such cases, which allows tribunals to learn from the experience of other tribunals and develop more consistent jurisprudence, at least in so far as different treaties contain similar provisions. That is a positive step.

The best solution, I think, would be for states to agree on a broad multilateral agreement on investment. A single agreement with a single tribunal charged with interpreting it allows a very high degree of consistency. That is so with the WTO Appellate Body. But it has not been possible to negotiate such an agreement.

— Has anybody tried to start negotiations towards an agreement?

— Yes. In the late 1990s the OECD had a project for a multilateral agreement on investment which made some progress and then collapsed. Subsequently, a WTO agreement on investment was part of the Doha Round, the most recent round of negotiations, but that led nowhere either.

— Why not? Is there some fundamental disagreement between states or does everything turn on technical issues?

— Что может сделать юридическое сообщество для того, чтобы решения этих арбитражей стали более последовательными?

— Вопрос последовательности часто поднимается в академических кругах и в неправительственных организациях. Но я считаю, что нереально, да и не нужно, ожидать, что суд будет интерпретировать один договор, опираясь на практику по совершенно другому договору. Кроме того, специалисты знают, что, как и в случае с любым спором, даже в рамках национальной правовой системы суд одного города может вынести решение, отличное от решения суда другого города.

— Тем не менее всегда можно улучшить существующую ситуацию. Есть ли у Вас какие-нибудь предложения?

— Некоторые меры уже приняты. Одна из наиболее важных — публикация решений, что позволяет судейским коллегиям изучать опыт других судов и способствует росту последовательности и единообразия практики, по крайней мере, в отношении тех позиции, которые совпадают во многих договорах. Это, несомненно, позитивный шаг.

С моей точки зрения, лучшим решением для государств может стать всеохватывающее многостороннее соглашение об инвестициях. Единое соглашение с единой судебной инстанцией, уполномоченной интерпретировать его, позволит обеспечить высокую степень последовательности в принятии решений. К примеру, именно такова ситуация с Апелляционным органом ВТО. Но пока возможности согласовать условия подобного единого инвестиционного соглашения не было.

— Пытался ли кто-либо начать переговоры по поводу соглашения?

— Да. В конце 1990-х годов у ОЭСР был проект по разработке многостороннего инвестиционного соглашения, который просуществовал некоторое время, затем переговоры были прекращены. Позже инвестиционное соглашение ВТО стояло в повестке самого последнего, Дохийского, раунда переговоров, но это ни к чему не привело.

— Почему? Есть какие-то фундаментальные разногласия между государствами, или же дело в технических вопросах?

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 42 04.05.13 4:36

— It is hard to say. The OECD project failed in the mid 1990s before there was much experience with investment arbitration. Many of the concerns about a kind of "court of human rights" for multinational companies have proved exaggerated in the light of what has actually happened in investment treaty arbitration over the past 12–14 years. So I'm not sure that that's a real concern.

I think it is really more that developed states do not necessarily have a strong incentive to make investment agreements with one other. There is more benefit when one state needs investment and another has funds it wants to place abroad. That is why developed countries have more investment agreements with developing countries than with each other.

On the other hand, there is now the US-Korea Free Trade Agreement with an investment chapter. There are negotiations between the United States and the European Union on a free trade agreement that would include investment. So, that bit of logic may be disappearing as well.

— Трудно сказать. Проект ОЭСР потерпел неудачу в середине 1990-х годов, еще до того как был накоплен опыт в инвестиционном арбитраже. Многие переживания по поводу создания органа, напоминающего суд по правам человека для транснациональных компаний, были преувеличены. Это подтверждается тем, что происходило с третейскими разбирательствами по инвестиционным соглашениям в последние 12–14 лет. Поэтому я не уверен, что эти переживания являются действительной причиной задержки.

Думаю, что проблема заключается, скорее, в том, что не у всех развитых стран достаточно стимулов для заключения друг с другом инвестиционных соглашений. Более выгодно, когда у одного государства есть потребности в инвестициях, а у другого — средства, которые оно хотело бы разместить за границей. Поэтому развитые страны больше соглашений заключают с развивающимися государствами, чем друг с другом.

С другой стороны, сейчас действует Соглашение о свободной торговле между США и Кореей, в котором содержится в том числе раздел об инвестициях. Между США и Европейским Союзом ведутся переговоры относительно соглашения о свободной торговле, которое будет также охватывать инвестиции. Так что, возможно, нежелание развитых стран заключать договоры друг с другом тоже уходит в прошлое.

— What sessions at the Saint Petersburg International Legal Forum will you attend and what legal problems are most important to discuss?

— I was at the Forum last year and the programme was extraordinary with many top professionals from all over the world. This year there are many sessions that interest me: evidentiary issues before international tribunals; international crime; the interaction between national courts in the framework of competition of jurisdictions and others. And of course I'll go to the panel that I'm speaking on, which is the intersection of arbitration and criminal law. There is something on "Protection of foreign investments: from principles to mechanisms". I'm not quite sure from the title quite what that's about, but it sounds intriguing.

— На каких круглых столах Санкт-Петербургского Международного Юридического Форума Вы собираетесь присутствовать, и какие правовые вопросы представляют наибольший интерес для обсуждения?

— Я был на Форуме в прошлом году, программа была замечательной и предусматривала участие многих профессионалов самого высокого уровня со всего мира. И в этом году запланировано большое количество интересных круглых столов: вопросы доказывания в международных судах, международная преступность, взаимодействие между национальными судебными инстанциями в условиях конкуренции правовых систем и др. Конечно же, я приму участие в дискуссиях на заседании, где я выступаю, оно посвящено арбитражным разбирательствам и уголовному праву. Заявлена тема «Защита иностранных инвестиций: от принципов до механизмов». Из названия я не могу точно сказать, о чем это, но звучит интригующе.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 43 04.05.13 4:36

— Intersection between arbitration and criminal law sounds intriguing to me as well. What you are going to discuss there?

— In particular I will address cases where criminal law is the subject of the arbitration, where, for example, if the claim of treaty breaches is based on government measures in the domain of criminal law. Criminal law has been abused by government authorities for centuries, with some government officials using the legal system with impunity to get their way for not necessarily proper purposes.

— Do you consider this as an important problem for current international legal practice?

— I am not sure that it's an important problem, but it's an interesting problem.

— Объединение в одной теме вопросов третейских разбирательств и уголовного права мне тоже кажется интригующим. Что Вы собираетесь обсуждать в ее рамках?

— В частности, я буду рассказывать о делах, в которых уголовное право является предметом арбитражных разбирательств, когда, например, заявляется, что нарушения договора возникают из государственных мер уголовно-правового характера. На протяжении столетий уголовное право использовалось госорганами для злоупотреблений с целью получения иммунитета не всегда в надлежащих целях.

— Считаете ли Вы, что это важный вопрос для современной международной юридической практики?

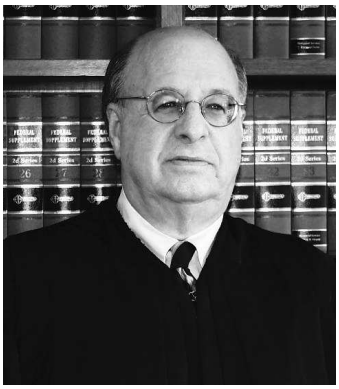
— Я не уверен, что это важный вопрос, но он, безусловно, интересный.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 44 04.05.13 4:36

В КАЖДОЙ СТРАНЕ, КОТОРАЯ СТРЕМИТСЯ СТАТЬ ДЕМОКРАТИЧЕСКИМ ГОСУДАРСТВОМ, ОЧЕНЬ ВАЖНО БОРОТЬСЯ С КОРРУПЦИЕЙ

IN EVERY COUNTRY THAT ASPIRES TO BE A DEMOCRACY, COMBATING CORRUPTION IS ESSENTIAL



Марк Л. Вульф

Федеральный окружной судья США

Mark L. Wolf

Senior United States District Judge

— Why do you think the International Legal Forum is important?

— The relationships between the United States and Russia now are difficult on an official level. That makes relationships between people in our countries on a personal and professional level especially important. It is important, in my view, that we understand each other.

— What issues you are going to discuss at the Forum?

— I want to speak about the subject that I have been passionate about and professionally engaged in for decades in the United States — combating corruption. I think it is an issue of fundamental importance throughout the world. At the panel on anti-corruption instruments I expect to see at least three high-ranking Russian officials. I think this is going to be very rare opportunity for me to meet these people and to speak with them.

— Как Вы считаете, в чем заключается важность Международного Юридического Форума?

— Сейчас официальные отношения между Соединенными Штатами и Россией переживают трудный этап. Поэтому особую важность приобретают взаимоотношения между людьми наших стран — личные и профессиональные. Я считаю, что важно, чтобы мы понимали друг друга.

— Какие вопросы Вы собираетесь обсуждать на Форуме?

— Я хочу обсудить тему, которая представляет для меня наибольший интерес и которой я профессионально занимаюсь в Соединенных Штатах уже не первый десяток лет, — это борьба с коррупцией. Я думаю, что этот вопрос имеет фундаментальное значение для всего мира. Во время круглого стола, посвященного средствам борьбы с коррупцией, я ожидаю увидеть как минимум трех российских чиновников высокого уровня. Для меня открывается редкая возможность встретиться и пообщаться с ними.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 45 04.05.13 4:36

— Why is that issue important?

— In every country that aspires to be, or professes to be, a democracy, combating corruption is essential. A democracy is a government of laws, not a government of men and women. Corruption is the most fundamental betrayal of the law. It is by definition when public officials, who in my country have taken an oath and have an obligation to discharge their official responsibilities lawfully, break the law and personally profit.

No country is perfect. So, the United States is not distinguished because its leaders are perfect and none of them are corrupt. It is distinguished because we take corruption seriously and do something about it through the legal process, by prosecuting and punishing corrupt officials. Often there is a political response in my country to corruption; when corruption is exposed and proven, frequently much more honest people get elected to replace them.

Combating corruption is also important to the stability of any country. A great American Supreme Court Justice Louis Brandeis said: “In a government of laws, the existence of government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our government… teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself. It invites anarchy”.

I understand that this issue is especially important for Russia. Mr. Medvedev, when he was President, declared that corruption was a key threat to Russian modernization and social stability. Reports that are available indicate that the cost of corruption in Russia is very great. Global Financial Integrity, which studies illicit capital flows from developing countries, ranks Russia as the country with the second highest outflow of illicit capital, costing Russia about 53 billion dollars a year. In addition, the World Bank estimates corruption costs Russia about 48% of its gross domestic product. The cost is enormous.

— That indicates that corruption is a not only national but international problem.

— Почему этот вопрос важен?

— В каждой стране, которая стремится стать демократическим государством или позиционирует себя в качестве такового, очень важно бороться с коррупцией. Демократия — это власть законов, а не мужчин и женщин. А коррупция — это самое большое предательство закона, когда государственные должностные лица, которые (в моей стране) приняли присягу и обязательство исполнять свои обязанности в соответствии с законом, нарушают его и извлекают личную выгоду.

Ни одна страна не совершенна. Соединенные Штаты отличает не то, что наши руководители безупречны и среди них нет коррупционеров, а то, что мы серьезно относимся к коррупции и беремся с ней правовыми методами, посредством судебного преследования и наказания коррупционеров. И в моей стране коррупция часто имеет политические последствия: когда выявляются и доказываются такие случаи, то, зачастую, взамен избирают больше честных людей.

Борьба с коррупцией также важна для стабильности в стране. Знаменитый судья американского Верховного суда Луис Брэндис сказал: «При правлении законов существование правительства ставится под угрозу, если оно не следует закону со всей тщательностью. Наше правительство… учит весь народ на своем примере. Преступность заразна. Если правительство становится правонарушителем, оно взращивает неуважение к закону; оно предлагает каждому гражданину самому устанавливать законы. Оно поощряет анархию».

Насколько я понимаю, этот вопрос особенно важен для России. Когда г-н Медведев был президентом, он заявил, что коррупция представляет основную угрозу для модернизации и социальной стабильности России. И доступные данные говорят о том, что коррупция России дорого обходится. Организация «Международная финансовая безупречность», изучающая незаконные денежные потоки из развивающихся стран, ставит Россию на второе место в мире по объему оттока незаконно нажитых средств, что стоит вам около 53 млрд долларов в год. К тому же по оценкам Всемирного банка стоимость коррупции для России составляет около 48% ВВП. Это огромная цифра.

— Это указывает на то, что коррупция не только национальная, но и международная проблема.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 46 04.05.13 4:36

— Yes, you are right. Last year at the Forum, I spoke about why I believe there is a need for an International Corruption Court, similar to the International Criminal Court. Corruption starts at the top. If there is a culture of corruption at the highest levels, as in many African countries for example, there is not going to be a serious effort to combat corruption. Moreover, to do so successfully, you need to have media that can engage in investigative journalism, expert investigators and prosecutors, as well as impartial judges, and perhaps juries. These do not exist in many countries.

— Да, Вы правы. В прошлом году на Форуме я говорил о том, почему считаю необходимым создание международного суда по вопросам коррупции, аналогичного Международному уголовному суду. Коррупция начинается наверху, и если в стране сложилась культура коррупции на высшем уровне, например как во многих африканских странах, то никакие серьезные меры по борьбе с ней приниматься не будут. Кроме того, чтобы такие меры были эффективными, нужны такие средства массовой информации, которые проводили бы журналистские расследования, необходимы следователи и прокуроры, способные работать качественно и эффективно, а также беспристрастные судьи и, возможно, присяжные. Этого нет во многих странах.

This court would operate, as the International Criminal Court does, on the principle of complementarity. If a country demonstrates that it is willing and able to investigate corruption itself, then the international court would not have jurisdiction. However, if a country does not have and honestly employ legal means to detect and punish corruption, its officials would be subject to being prosecuted in an international forum.

Такой суд мог бы работать на основе принципа взаимодополняемости, как это делает Международный уголовный суд. Если страна демонстрирует, что она хочет и может бороться с коррупцией сама, тогда на нее не будет распространяться юрисдикция международного суда. Но если в стране этого нет, и честно работающими правовыми средствами нельзя выявить коррупцию и наказать за нее, то судебное преследование ее должностных лиц будет осуществлять международная судебная инстанция.

— What kind of corruption cases have you seen in your country?

— When I was a prosecutor of corrupt public officials, we successfully prosecuted cases of bribes in connection with public buildings. There was a period in the 1970s where a special commission investigation showed that in Massachusetts, corruption was a way of life in granting contracts to construct buildings at state colleges and universities.

— Какие дела о коррупции встречались Вам в вашей стране?

— Когда я был прокурором по делам о коррупции среди чиновников, мы успешно занимались проблемой взяточничества при строительстве общественных зданий. В 1970-х гг. был период, когда расследование специальной комиссии показало, что в Массачусетсе коррупция была образом жизни в сфере предоставления контрактов на строительство государственных колледжей и университетов.

— Has the situation in the US been improving over years?

— Yes. I can speak about Massachusetts. When I became a Federal prosecutor in 1981, I was the number 2 person in the office and the head of the Public Corruption Unit. In about 3 years we won more than 40 consecutive cases against corrupt public officials in Massachusetts, including about a dozen convictions of people close to the Mayor of Boston, who had served for 16 years and was expected to get elected again for 4 more.

— Улучшается ли ситуация в США с годами?

— Да. Я могу говорить о штате Массачусетс. Когда в 1981 г. я стал федеральным прокурором, я был вторым человеком в нашем офисе и главой подразделения по борьбе с коррупцией в государственных кругах. Примерно за три года в Массачусетсе мы выиграли более 40 дел подряд против коррумпированных государственных чиновников, около дюжины из которых были очень близки к мэру Бостона, который занимал свой пост на протяжении 16 лет, и ожидалось, что будет переизбран еще на четыре года.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 47 04.05.13 4:36

He decided not to run again after we discovered $100,000 in cash going from his chief fundraiser to an account in the name of his mother and his wife. As a result of that, several things happened. Polls showed that honesty was the most important quality that the voters wanted in a new Mayor. Now we have a Mayor who has served for 20 years. It is widely understood that the City of Boston today has minimal corruption.

Nevertheless, these battles are never finished. Last year I sentenced the Speaker of the Massachusetts House of Representatives, our state parliament, to eight years in prison after he was convicted of taking bribes. His case shows the range of institutions that are necessary to combat corruption successfully.

In the United States, bidders expect honest public tenders. A disappointed bidder complained about the granting of about 20 million dollars of computer contracts by the state of Massachusetts. When the Inspector General reviewed the contracts, he found they had not been properly issued and invalidated them.

A newspaper then spent many months and a lot of money investigating the Speaker's role in the contracts. It found that the Speaker's law partner was being paid $5,000 a month to do nothing. Most of the money was going to the Speaker, who then used his influence to ensure the people paying the $5,000 a month received the contracts.

Then the FBI, the grand jury and the United States Attorney started to investigate, and they discovered much larger payments, hundreds of thousands of dollars, going to the Speaker's friend and accountant. That case was prosecuted in front of me and the jury decided that guilt had been proven beyond reasonable doubt. I issued the sentence, eight years in prison for the Speaker, and seven years to a lobbyist who was involved as well.

— I think anyone who tries to fight corruption seriously can expect some pressure from corrupt politicians or even receive threats. How is it possible to cope with that?

Он решил не участвовать в выборах после того, как мы обнаружили, что руководитель подразделения по сбору средств при мэре внес 100 000 долл. наличными на счета своих матери и жены. Это имело самые многочисленные последствия. Опросы показывали, что честность — важнейшее качество, которое избиратели хотели видеть в новом мере. Наш теперешний мэр работает уже 20 лет. Все согласны с тем, что сегодня в Бостоне коррупция находится на самом низком уровне.

Тем не менее эта борьба никогда не заканчивается. В прошлом году я приговорил спикера палаты представителей штата Массачусетс — парламента нашего штата — к восьми годам тюрьмы за взяточничество. Его дело показывает, насколько широк спектр учреждений, необходимых для успешной борьбы с коррупцией.

В США участники тендеров ожидают, что конкурсы будут проводиться честно. Как-то один разочарованный участник конкурса пожаловался на контракты на поставку компьютерной техники на 20 млн долл., заключенные штатом Массачусетс. Когда генеральный инспектор провел проверку контрактов, он обнаружил, что они были заключены неправильно, и признал их недействительными.

Одна газета потом потратила много месяцев и средств на расследование роли спикера в этих контрактах. Она выяснила, что гражданская супруга спикера получала 5000 долл. в месяц ни за что. Бóльшая часть денег передавалась спикеру, который впоследствии, пользуясь своим влиянием, обеспечивал, чтобы люди, которые платили эти 5000 в месяц, получили контракт.

Тогда федеральный обвинитель, ФБР, большое следственное жюри и министр юстиции начали расследование и раскрыли гораздо бóльшие платежи, сотни тысяч долларов, которые шли другу и бухгалтеру спикера. Я вел это дело, присяжные решили, что вина доказана, и я приговорил его к восьми годам тюремного заключения. И к семи годам тюрьмы был приговорен лоббист, причастный к этому делу.

— Тот, кто пытается серьезно бороться с коррупцией, может ожидать, что коррумпированные политики будут оказывать на него давление или что ему даже будут угрожать. Как с этим справляться?

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 48 04.05.13 4:36

— We do not have what in your country is called “telephone justice”. No public official would ever call me up and try to influence what I was doing.

There are certain provisions of the United States Constitution that promote and protect the independence of United States Judges like me. I have my position for life. I cannot be removed from office unless I commit a crime. I cannot be moved to another part of the country and my pay cannot be cut. All of these things are in the United States Constitution and are intended to give us independence and the ability to be impartial.

— You have visited many countries to talk about corruption. But you seem to be focused on Eastern Europe. Why is it so?

— At different times I have been active in different parts of the world. I started in the Middle East — Egypt, Cyprus, Turkey. Later I spent time in China.

I first went to Central Europe in 1997 to do a program for judges and journalists together because the media and courts are very important to each other in a democracy. I went back in 2011 because a friend of mine became the American ambassador to Slovakia. He quickly learned that a great impediment to American investment in Slovakia is corruption. Slovakia has an independent judiciary. However, the need for an honest judiciary is still a serious issue in that country.

Since some Central European countries have become part of the European Union, the United States sometimes acts as if all the problems there have been solved. However, this is not true. Rather, as United States Supreme Court Justice Benjamin Cardozo said in 1925: “The process of justice is never finished... and today, as in the past, it calls for the bravest and the best”. In Central Europe, in Russia, and everywhere I go, I try to find and encourage “the bravest and the best”.

— У нас нет того, что у вас называют телефонным правом. Никто из государственных чиновников не будет мне звонить и пытаться повлиять на меня.

Есть определенные положения Конституции Соединенных Штатов, которые устанавливают и защищают независимость судей Соединенных Штатов, таких как я. Я занимаю свой пост пожизненно. Меня нельзя снять с должности, если только я не совершу преступление; меня нельзя перевести в другую часть страны, и зарплату мою урезать нельзя. Все это прописано в Конституции США, которая наделяет нас независимостью и возможностями для того, чтобы быть беспристрастными.

— Вы побывали во многих странах, чтобы обсудить вопросы коррупции. Но складывается впечатление, что больше всего Вас интересует Восточная Европа. Почему?

— В разные годы я работал в разных странах мира. Я начинал на Ближнем Востоке — в Египте, на Кипре, в Турции. Позже в Китае. В Центральную Европу я приехал впервые в 1997 г., чтобы провести совместную программу для судей и журналистов, потому что в демократическом обществе СМИ и суды очень важны друг для друга. Я вернулся в 2011 г., потому что мой друг стал послом США в Словакии. Он быстро понял, что самым серьезным препятствием для американских инвестиций в Словакии является коррупция. В Словакии независимый суд. Однако потребность в честной судебной системе там до сих пор большая проблема. С тех пор как некоторые страны Центральной Европы вошли в ЕС, Соединенные Штаты иногда действуют так, словно все проблемы там уже решены. Однако это не так. Скорее, как сказал член Верховного суда США Бенджамин Кардозо в 1925 г.: «Процесс правосудия никогда не закончится… и сегодня, как и в прошлом, он призывает к действию храбрейших и лучших». В Центральной Европе, в России и везде, где я бываю, я всегда стараюсь находить и поддерживать «храбрейших и лучших».

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 49 04.05.13 4:36

НАШИ РЕКОМЕНДАЦИИ СУЩЕСТВЕННО ВЛИЯЮТ НА СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ТРЕБОВАНИЙ К ОБУЧЕНИЮ ЮРИСТОВ ВО ВСЕЙ ЕВРОПЕ

OUR RECOMMENDATIONS PLAY AN IMPORTANT ROLE IN IMPROVING TRAINING REQUIREMENTS FOR LAWYERS ACROSS EUROPE

Мария Слазак

вице-президент Совета адвокатов и юридических обществ Европы *(CCBE)*

Maria Ślązak

Vice President of Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)

— Are there any universal principles that are applicable to all lawyers across Europe?

— The CCBE, which represents Bars and Law Societies across Europe, has adopted two foundation texts outlining general principles for European lawyers. The texts are very different but complementary in nature and together form the basis of a deontology of the European legal profession. As such, they play a key role in shaping the future of the European lawyer and the European bar.

The **Code of Conduct for European Lawyers** dates back to 1988, since when it has been amended regularly. It is a binding text covering cross-border activities within the European Union, the European Economic Area and Switzerland and between associate and observer countries whose bars are members of the CCBE.

— Существуют ли какие-либо универсальные принципы, применимые ко всем юристам Европы?

— *CCBE*, который представляет адвокатские коллегии и юридические общества со всей Европы, утвердил два документа. В них излагаются общие принципы европейских юристов. Это совершенно разные документы, но они дополняют друг друга и вместе формируют основы этики профессии юриста в Европе. Поэтому данные документы играют ключевую роль в определении того, каким будет европейский юрист и европейская адвокатская коллегия в будущем.

Кодекс поведения европейских юристов был разработан еще в 1988 г. и с тех пор регулярно обновляется. Его положения обязательны для исполнения и применяются к трансграничным операциям в Евро-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 50 04.05.13 4:36

The **Charter of Core Principles of the European Legal Profession** was adopted in 2006. It is not in itself a binding code of conduct. Designed to apply to all of Europe, it is intended to reach out beyond the membership of the CCBE and any regional or international organization. The Charter lists the ten core principles common to the national and international rules regulating the legal profession: independence of the lawyer; the right and duty of professional confidentiality; avoidance of conflicts of interest; the dignity and honour of the profession and the integrity of the lawyer; loyalty to the client; fair treatment of the client as regards fees; professional competence; respect towards colleagues; respect for the rule of law; and self-regulation of the profession.

The Charter is available as an aid to bar associations struggling to assert their independence and aims to foster better understanding among lawyers of their role in society. It is aimed at lawyers but also decision-makers and the general public.

— What role does the CCBE play in admission to the bar and regulation of the legal profession?

— The CCBE itself does not enact rules of admission to member bars and law societies or regulate the profession. It does, however, publish recommendations based on consensus among members, who will then integrate them where appropriate into their everyday work at national, regional or local level. Some work on important topics may have an impact when implemented at national level.

For instance, recommendations on improvements to professional training play a key role in improving training requirements across Europe and, as a result, in setting the standards for admission to bars or law societies.

пейском Союзе, Европейской экономической зоне и Швейцарии и между странами — ассоциированными членами и наблюдателями, чьи адвокатские коллегии входят в *CCBE*.

Положение об основных принципах европейской юридической профессии было принято в 2006 г. Данный документ сам по себе не является обязательным. Разработанный для применения во всей Европе документ ставит перед собой цель выйти за границы *CCBE* и каких-либо региональных или международных организаций. В Положении перечисляются 10 принципов национальных и международных правил, регулирующих юридическую профессию: независимость юриста, право и обязанность сохранять конфиденциальность профессиональной информации; избежание конфликтов интересов; достоинство и честь профессии и честность юриста; лояльность в отношении клиента; справедливое обращение с клиентами в части вознаграждения; профессиональная компетентность; уважение коллег; уважительное отношение к верховенству права; саморегулирование профессии.

Положение призвано оказывать содействие адвокатским объединениям, стремящимся отстаивать свою независимость, и ставит перед собой цель помочь юристам лучше понять их роль в обществе. Документ предназначен не только для юристов, но и для руководящих лиц и общественности.

— Какую роль играет *CCBE* в принятии новых членов в адвокатские коллегии и в регулировании юридической профессии?

— Сам по себе *CCBE* не определяет правила приема членов адвокатских коллегий или юридических обществ и не регулирует профессию. Однако он публикует рекомендации, принятые всеми членами Совета, которые затем, если возможно, используют эти рекомендации в повседневной деятельности на национальном, региональном или местном уровнях. Некоторые разработки по важным темам могут играть существенную роль на национальном уровне.

Например, рекомендации по совершенствованию профессионального обучения существенно влияют на совершенствование требований к обучению во всей Европе и в итоге на стандарты приема в члены адвокатских коллегий и юридических обществ.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 51 04.05.13 4:36

Our Recommendation on Training Outcomes for Lawyers sets out the skills, knowledge and competences that European lawyers should have. National bars and law societies can use these standards in their reviews of national admission rules. The Model Scheme for Continuing Professional Training, similarly, outlines key characteristics and requirements for bars which wish to introduce or improve continuing training in their home jurisdictions. All together these initiatives facilitate the free movement of lawyers, while consolidating the common foundations of the legal profession across Europe.

Furthermore, the CCBE is currently working towards a Uniform Code of Conduct for European Bars, a common basis for codes of conduct of the bars of all member states. The Uniform Code, once implemented at national level with adaptations to national specificities, would apply to both cross-border and national activities.

Наши Рекомендации по результатам обучения для юристов указывают навыки, знания и компетенции, которыми должны обладать европейские юристы. Национальные адвокатские коллегии и юридические общества могут применять эти стандарты при проведении анализа национальных правил приема в члены коллегий и обществ. Типовая схема непрерывного повышения квалификации аналогичным образом выделяет ключевые характеристики и требования для адвокатских коллегий, которые хотят ввести или усовершенствовать непрерывное профессиональное обучение в своих юрисдикциях. В совокупности эти меры содействуют свободному перемещению юристов, одновременно закрепляя общие фундаментальные принципы юридической профессии в Европе.

Кроме того, в настоящий момент *CCBE* работает над Единым кодексом поведения для европейских адвокатских коллегий, который станет единой основой для кодексов поведения адвокатских коллегий всех государств-членов. Единый кодекс после его введения на национальном уровне с учетом национальных особенностей будет применяться как к трансграничной, так и к внутренней деятельности.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 52 04.05.13 4:36

Я НЕ СТОРОННИЦА УНИВЕРСАЛЬНОГО ПОДХОДА В ЮРИДИЧЕСКОМ ОБРАЗОВАНИИ

I AM NOT IN FAVOUR OF A "ONE-SIZE-FITS-ALL" APPROACH TO LEGAL TRAINING

Маура Мак-Гоузн

королевский адвокат, председатель
Коллегии адвокатов Англии и Уэльса

Maura McGowan QC

Chairman of the Bar Council of England and Wales

— What are the current trends in the regulation of the legal profession in the United Kingdom that could be valuable for other countries, especially Russia.

— The dominant trend in the regulation of legal services in England and Wales, since 2007, has been the liberalisation of regulation with the objectives of protecting and promoting the public interest, supporting the Rule of Law, improving access to justice, protecting and promoting the interests of consumers, promoting competition in the provision of legal services, encouraging an independent, strong, diverse and effective legal profession and increasing public understanding of the citizen's legal rights and duties.

— Каковы текущие тенденции в регулировании юридической профессии в Великобритании, которые могли бы представлять ценность для других стран, особенно для России?

— Основными тенденциями в сфере регулирования юридических услуг в Англии и Уэльсе с 2007 г. являются либерализация регулирования с целью защиты и пропаганды общественных интересов, поддержания верховенства права, упрощения доступа к правосудию, защиты и продвижения интересов потребителей, продвижения конкуренции в сфере оказания юридических услуг, содействия развитию независимой, сильной, разносторонней и эффективной юридической профессии и повышения степени понимания общественностью законных прав и обязанностей граждан.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 53 04.05.13 4:36

Regulatory activities designed to achieve these objectives should be transparent, accountable, proportionate, consistent and targeted only at cases in which action is needed.

In order to support the Rule of Law and to give citizens and overseas jurisdictions confidence in any legal profession, it is vital that the arrangements for its regulation are independent. The models of professional regulation of legal services in the UK seek to uphold the principles of independent regulation, not least through the separation of regulation from representation.

— Do you think that admission to legal practice should be through a unified procedure or such procedure should differ depending on the nature of the practice (e.g. solicitors, barristers etc)?

— Currently barristers and solicitors do the same degree course. When they decide at a later stage whether to specialise as a solicitor or a barrister, it makes sense that their practical training should be designed to reflect their chosen area of specialism. It is important that solicitors and barristers are trained to the same high standards in the different elements of their practice. I am not in favour of a “one-size-fits-all” approach to legal training. It needs to be tailored to enable barristers and solicitors to meet the needs of their clients and the public where their roles and responsibilities differ.

We are awaiting the outcome of the Legal Education and Training Review and will study their recommendations, which are expected to be published shortly, with great interest.

— What sessions are you going to attend at the Forum and why they are interesting to you?

— I hope to attend as many as possible, as it is very interesting to hear about the issues faced by our foreign-jurisdiction counterparts. However, of particular interest to me, as Chairman of the Bar of England and Wales,

Регулирующие меры, разработанные для достижения этих целей, должны быть прозрачными, соразмерными, последовательными, поддающимися контролю и направленными только на те случаи, в которых требуется совершение соответствующих действий.

Для того чтобы способствовать верховенству права и вселить в граждан и иностранные государства веру в юридическую профессию какой-либо страны, жизненно важно обеспечить независимость механизмов регулирования этой сферы. Профессиональное регулирование юридических услуг в Великобритании стремится к независимости, в частности посредством его отделения от юридического представительства.

— Как вы думаете, доступ к юридической практике должен предоставляться посредством применения единой процедуры, или же порядок должен быть разным в зависимости от характера практики (например, для солиситоров, барристеров и т.д.)?

— В настоящее время барристеры и солиситоры проходят одинаковое обучение для получения базовой юридической степени. Позже, когда они определяются со специализацией (быть солиситором или барристером), имеет смысл в дальнейшем учитывать это при их практической подготовке. Очень важно, чтобы обучение соответствовало одним и тем же высоким стандартам, но разделялось по различным элементам практики. Я не сторонница универсального подхода в юридическом образовании. Оно должно быть построено таким образом, чтобы позволить барристерам и солиситорам удовлетворять потребности их клиентов и общества в тех областях, где их роли и сферы ответственности различаются.

Мы с большим интересом ждем результатов анализа образования и обучения в сфере юриспруденции и хотим ознакомиться с предлагаемыми рекомендациями, которые, как предполагается, будут опубликованы в ближайшее время.

— На каких круглых столах Вы хотите присутствовать на Форуме, и почему они для Вас интересны?

— Я надеюсь принять участие в работе как можно большего числа круглых столов, поскольку очень интересно послушать о тех проблемах, с которыми сталкиваются наши коллеги из других юрисдикций. Однако

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 54 04.05.13 4:36

are the sessions on the Rule of Law, which this year look to cover a very broad array of sub-issues.

— What legal problems you consider to be most important in the modern world

— Ensuring that the Rule of Law is promoted and upheld should be the primary concern of all legal systems around the world. In jurisdictions where it is not, the wellbeing of citizens is severely compromised and access to justice is denied. Access to justice is essential to the effective running of a democratic society and ensures that even the most vulnerable are protected by law.

для меня, как председателя Коллегии адвокатов Англии и Уэльса, особый интерес представляют заседания по теме «Верховенство закона», которая в этом году охватывает широкий спектр вопросов.

— Какие правовые проблемы Вы считаете наиболее важными в современном мире?

— Содействие укреплению верховенства права должно быть приоритетом всех правовых систем мира. В тех странах, в которых это не так, благосостояние граждан подвергается риску, а доступ к правосудию перекрывается. Доступ к правосудию — жизненно важный элемент демократического общества, который позволяет даже самым уязвимым слоям населения получить защиту закона.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 55 04.05.13 4:36

ОЧЕНЬ ВАЖНО, ЧТОБЫ РЕГУЛИРОВАНИЕ БЫЛО НЕЗАВИСИМЫМ ОТ ГОСУДАРСТВА И ИНЫХ ЗАИНТЕРЕСОВАННЫХ ЛИЦ

IT IS IMPORTANT THAT REGULATION SHOULD BE INDEPENDENT OF THE STATE AND OF OTHER INTERESTS

Люси Скотт-Монкрифф

президент Юридического общества
Англии и Уэльса

Lucy Scott-Moncrieff

President of the Law Society of England and Wales

— Should the legal profession and practice be strictly regulated? What approach should we take to the regulation of ethical standards?

— Any functioning state that wishes to trade internationally and to observe the rule of law needs to have a justice system that is seen to be fair and impartial. Equally, the legal profession needs to uphold basic legal and ethical principles and needs to have the trust of clients and ability to support the rule of law.

This means that lawyers must be able to manage the tension between essential concepts: the overriding duty to the court to act with integrity, the duty to act in the best interests of clients while dealing with opponents in good faith, and the duty to maintain confidentiality.

— Требуется ли жесткое регулирование юридической профессии и практики? Какой подход мы должны применять к этическим нормам?

— Любому функционирующему государству, желающему вести внешнюю торговлю и следовать нормам законности, требуется справедливая и беспристрастная система правосудия. Точно так же и самим юристам надо следовать базовым правовым и этическим принципам, пользоваться доверием клиентов и иметь возможность поддерживать верховенство права.

Это означает, что юристы должны балансировать между важными концепциями: первоочередным долгом перед судом быть честным и неподкупным, обязанностями действовать в лучших интересах своих

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 56 04.05.13 4:36

In addition, lawyers frequently hold significant amounts of money belonging to clients and it is important that this money is properly protected.

If these duties are properly regulated and espoused by the legal profession then the legal system is likely to carry the confidence of the public and, particularly, those who wish to trade with businesses in that nation. It is also important that lawyers should be experts in the areas of law in which they practice — this can also be achieved by regulation.

Regulation need not mean a lack of competition — there are high standards of knowledge and integrity that must be enforced but this should not limit the number of people who practise, provided that they can meet those standards. It is important that regulation should be independent of the state and of other interests.

— What sessions will you attend at the Forum?

— I will be attending various sessions discussing issues including women in law, arbitration in Russia, law firm management, corporate accountability and human rights.

— What legal problems do you consider to be most important in the modern world?

— Like lawyers around the world, English lawyers are concerned with securing access to justice and the rule of law. Equally, we are concerned with ensuring that women and minority lawyers can enter and progress within the profession. We also want to showcase the value of English and Welsh law in an increasingly competitive international marketplace.

клиентов, следовать принципам добросовестности в отношениях со своими оппонентами и соблюдать конфиденциальность. Кроме того, в распоряжение юристов зачастую попадают крупные денежные суммы, принадлежащие их клиентам, и очень важно обеспечивать необходимую защиту этих средств.

Если эти обязанности должным образом регулируются и поддерживаются юридической профессией, у правовой системы есть все шансы сохранить уверенность в ней общества и, в частности, тех его представителей, которые хотят сотрудничать с компаниями этой страны. Также очень важно, чтобы юристы были специалистами в тех областях права, в которых они работают; этого тоже можно добиться посредством регулирования.

Регулирование не означает отсутствие конкуренции: существуют высокие стандарты профессиональных знаний и честности, необходимо обеспечивать следование им, однако это не должно ограничивать количество практикующих специалистов при условии, что они в состоянии соответствовать этим стандартам. Очень важно, чтобы регулирование было независимым от государства и иных заинтересованных лиц.

— На каких круглых столах Форума Вы будете присутствовать?

— Я собираюсь присутствовать на разных заседаниях, на которых будут обсуждаться такие темы, как женщины в юриспруденции, арбитраж в России, управление юридической фирмой, вопросы корпоративной ответственности и прав человека.

— Какие правовые проблемы Вы считаете наиболее важными в современном мире?

— Как и юристов со всего мира, английских юристов интересуют вопросы обеспечения доступа к правосудию и верховенства права. Также мы считаем важными вопросы наличия у женщин и меньшинств возможностей для доступа к профессии и профессионального развития. Кроме того, хотелось бы продемонстрировать ценность права Англии и Уэльса на международных рынках в условиях все возрастающей конкуренции.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 57 04.05.13 4:36

НЕМЕЦКИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬ СЕРЬЕЗНО ПОДХОДИТ К ПРЕДОТВРАЩЕНИЮ НЕПРАВОМЕРНОЙ И НЕПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ПРАКТИКИ НА РЫНКЕ ЮРИДИЧЕСКИХ УСЛУГ

THE GERMAN LEGISLATOR IS SERIOUS ABOUT PREVENTING IMPROPER AND UNPROFESSIONAL PRACTICES IN THE LEGAL MARKET

Аксель К. Фильгес

президент Федеральной палаты адвокатов Германии

Axel C. Filges

President of the German Federal Bar

— What current trends in the regulation of the legal profession in Germany could be valuable for other countries, especially for Russia?

— In fact, some recent developments in the German legal profession could be of interest to Russian lawyers. The introduction of the Ombudsman of the Legal Profession in Berlin in 2011 has proved to be a real success. The Ombudsman is an independent body for conciliation in disputes with a value up to 15,000 euros between members of the Bar and their clients. It has been received well by the public: in its first year the Ombudsman settled more than a thousand disputes. In our view, the setting up of an independent conciliation

— Какие современные тенденции, наблюдающиеся в регулировании юридической профессии в Германии, могли бы представлять ценность для других стран, особенно для России?

— Действительно, некоторые из последних изменений в юридической профессии в Германии могут быть интересны российским юристам. Настоящим успехом оказалось введение в 2011 г. института омбудсмена юридической профессии в Берлине. Омбудсмен — это независимое лицо, призванное урегулировать споры между адвокатами и их клиентами в пределах 15 000 евро. Это нововведение было положительно воспринято общественностью: в течение первого года

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 58 04.05.13 4:36

body increases public acceptance of the system of self-regulation of the legal profession and the reputation of the legal profession in general.

Another trend in Germany is increasing specialization of lawyers *(Rechtsanwälte)*. The complexity of different areas of law as well as high competition on the legal market leads to increasing numbers of specialized *Rechtsanwälte*. "Specialist lawyer"*(Fachanwalt)* is a title that is granted by the Bar when the *Rechtsanwalt* has acquired special theoretical knowledge and practical experience in a certain area of law (e.g. criminal law, banking and finance law, etc). A *Fachanwalt* is obliged to undergo continuing professional education. This quality title increases not only the competitiveness of a lawyer, but also his income: *Fachanwälte* earn in average 43% more than non-specialists. The institution of specialist lawyers in Russia could be beneficial to our Russian colleagues.

— Is admission to the legal profession in Germany regulated by an independent professional body or a government authority?

— The rules of admission to the legal profession in Germany are contained in the Federal Lawyer's Act *(Bundesrechtsanwaltsordnung)*, an act of federal legislation passed by the Bundestag. Admission itself is granted by the regional Bars. In Germany, every *Rechtsanwalt* is a member of a regional Bar, which is an independent body of the self-regulation of the legal profession. The Bars are responsible for admitting and, where required, withdrawal of an admission, advising and instructing lawyers in questions of professional obligations, monitoring the fulfillment of the professional obligations and, sanctioning offences, etc.

— How is the quality of legal services assured in Germany? What quality assurance mechanisms do you consider most effective?

— Let me begin with the second question. In my opinion, four equally important elements ensure the high quality

омбудсмен рассмотрел более тысячи споров. С нашей точки зрения, наличие независимого примирительного органа повышает степень признания общественностью системы саморегулирования юридической профессии и способствует укреплению репутации юридической профессии в целом.

Другой тенденцией в Германии является усиление специализации адвокатов. Сложность различных отраслей права и высокая конкуренция на рынке юридических услуг приводят к росту количества адвокатов, работающих в одной узкой сфере. «Специализированный адвокат» — это квалификация, присваиваемая Адвокатской палатой адвокату после того, как он проходит специализированное теоретическое обучение и приобретает практический опыт в определенной отрасли права (например, уголовное, банковское и финансовое право, и т.д.). Специализированный адвокат обязан постоянно повышать квалификацию. Специализация является знаком качества и увеличивает не только конкурентоспособность адвоката, но и его доход — он зарабатывает в среднем на 43% больше своих неспециализированных коллег. Введение в России института специализации может быть выгодным для наших российских коллег.

— Кто осуществляет регулирование доступа к юридической профессии в Германии: независимый орган или государственная структура?

— Правила вступления в юридическую профессию в Германии определены в Федеральном законе об адвокатах, принятом бундестагом. Прием в профессиональные ряды осуществляют региональные адвокатские палаты. В Германии каждый адвокат является членом такой палаты, которая представляет собой независимый саморегулируемый орган. Адвокатские палаты отвечают за прием членов и, если необходимо, за их исключение из палаты, дают консультации и инструкции по вопросам профессиональных обязательств, контролируют выполнение этих обязательств, устанавливают наказания за нарушения, и т.д.

— Как обеспечивается качество юридических услуг в Германии? Какие механизмы обеспечения качества Вы считаете наиболее эффективными?

— Позвольте начать с ответа на второй вопрос. С моей точки зрения, высокое качество юридических

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 59 04.05.13 4:36

of legal services: 1) only qualified professionals are granted access to the market in legal services, 2) the rules and responsibilities of the profession apply equally to all members, 3) the performance of professional obligations is monitored by independent self-regulating bodies of the legal profession, 4) continuing professional education of lawyers.

The quality of legal services in Germany is ensured by means of regulation of the market of legal services in order to protect anyone seeking legal advice from unqualified legal advice. Generally, only members of the Bar, i.e. *Rechtsanwälte*, are allowed to provide legal advice. German *Rechtsanwälte* are highly educated legal professionals and subject to the same professional rules, abidance by which is supervised by the Bars. German *Rechtsanwälte* are obliged to undergo further professional training; in the case of *Fachanwälte*, non-fulfilment of this obligation is sanctioned. An unpermitted provision of legal advice is an administrative offence under the Legal Services Act and unauthorized use of the professional title "*Rechtsanwalt*" is a criminal offence under the German Criminal Code. As you can see, the German legislator is pretty serious about preventing improper and unprofessional practices in the legal market.

— What discussion sessions will you attend at the St. Petersburg International Legal Forum and why do they interest you?

— I will participate in a panel discussion "Provision of access to justice — duty of the state or social responsibility" and will speak on how access to justice is ensured in Germany, a system we are proud of. Germany ranks second in the category "Access to civil justice" in the Rule of Law Index 2011, not least because access to justice in Germany is guaranteed regardless of the financial situation or nationality of the individual seeking protection. Germany has an extensive system of state legal aid which is considered to be the most effective way to ensure access to justice for everyone. *Rechtsanwälte* also contribute to ensuring effective access to justice.

услуг зависит от четырех одинаково важных ключевых элементов: 1) доступ к рынку юридических услуг получают только квалифицированные профессионалы; 2) правила профессиональной ответственности применимы в равной степени ко всем представителям профессии; 3) выполнение профессиональных обязательств контролируется независимыми саморегулируемыми органами; 4) юристы постоянно повышают квалификацию.

Качество юридических услуг в Германии обеспечивается за счет регулирования рынка юридических услуг, целью которого является защита нуждающихся в юридической помощи лиц от неквалифицированных консультаций. В принципе, предоставлять юридические консультации могут только члены адвокатской палаты, т.е. адвокаты. Немецкие адвокаты — это высокообразованные специалисты, которые должны следовать единым для всех профессиональным правилам, соблюдение которых контролируется адвокатскими палатами. Адвокаты обязаны проходить повышение квалификации; к специализированным адвокатам за невыполнение этой обязанности даже применяется наказание. Неправомерное предоставление юридических консультаций является административным правонарушением по Закону о юридических услугах, а неправомерное использование профессионального наименования «адвокат» (*Rechtsanwalt*) считается преступлением согласно Уголовному кодексу Германии. Как видите, немецкий законодатель довольно серьезно подходит к предотвращению неправомерной и непрофессиональной практики на рынке юридических услуг.

— На каких заседаниях круглых столов Международного Юридического Форума в Санкт-Петербурге Вы будете присутствовать?

— Я буду участвовать в дискуссии по теме «Обеспечение доступа к правосудию — обязанность государства или социальная обязанность?» и буду рассказывать о том, как обеспечивается этот доступ в Германии — это система, которой мы гордимся. В рейтинге «Верховенство закона — 2011» наша страна занимает второе место в категории «Доступ к гражданскому правосудию», в частности потому, что у нас доступ к правосудию гарантирован независимо от финансового положения или национальности лица, нуждающегося в защите. В Германии хорошо развита система государственной юридической помощи, которая считается

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 60 04.05.13 4:36

The fees of lawyers in legal aid cases and of court-appointed defence lawyers *(Pflichtverteidiger)* in criminal cases are lower than the statutory fees under the Federal Lawyers' Fees Act *(Rechtsanwaltsvergütungsgesetz)* (in Germany, lawyers' fees are prescribed by law).

I will also attend the panel discussion "Uniting the Russian legal profession — challenges for integration to enable lawyers to work within a regulated structure", where the current challenges of the Russian legal profession will be discussed. Our German colleague, the President of the Brandenburg Regional Bar will report about the German experience of the unification of the lawyers from the German Democratic Republic and Federal Republic of Germany following the unification of Germany in the ninetieth of past century. The German Federal Bar and the Federal Bar of the Russian Federation have been partners for many years. We follow the discussions regarding lawyers' professional laws in Russia very closely and try to support our partners in their endeavours to unify the legal profession in Russia.

наиболее эффективным способом обеспечения доступа к правосудию. Адвокатура также вносит свой вклад в обеспечение эффективного доступа к правосудию. Гонорары адвокатов по делам, рассматриваемым на условиях субсидируемой юридической помощи, и гонорары адвокатов, назначаемых судами по уголовным делам, ниже ставок, определенных в Федеральном законе о вознаграждении за услуги адвокатов (в Германии гонорары адвокатов определены законом).

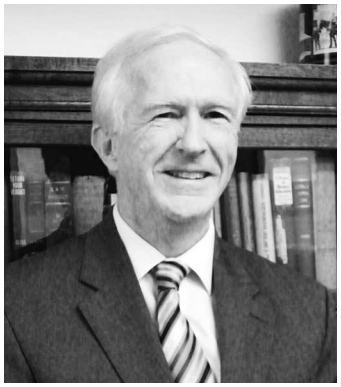
Я также буду присутствовать на заседании по теме «Объединяя российскую юридическую профессию — возможные проблемы интеграции, которая позволит юристам работать в рамках регламентированной структуры». На нем будут обсуждаться актуальные вопросы российской юридической профессии. Наш коллега, президент Адвокатской палаты Бранденбурга, будет делиться немецким опытом объединения адвокатов из ГДР и ФРГ, произошедшего после объединения Германии в 1990-х годах. Федеральная палата адвокатов Германии и Федеральная палата адвокатов Российской Федерации сотрудничают друг с другом на протяжении многих лет. Мы внимательно следим за обсуждением российского законодательства, регулирующего вопросы юридической профессии, и стараемся поддерживать наших партнеров в их стремлении к объединению российской юридической профессии.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 61 04.05.13 4:36

УЧЕБНЫЕ ПРОГРАММЫ И МЕТОДИКИ ПРЕПОДАВАНИЯ ДОЛЖНЫ ВСЕЦЕЛО ОПИРАТЬСЯ НА ПРАКТИЧЕСКИЙ ОПЫТ

THE CURRICULUM AND TEACHING SHOULD BE BASED FIRMLY IN EXPERIENCE



Френк Астилл

директор отделения дистанционного и вечернего образования Университета Сиднея

Frank Astill

Director of the Law Extension Committee, University of Sydney

— What emphasis should be made in current legal education — should it be focused on practice or legal theory?

— In my view legal education should reflect an integration of theory and practice, with a primary focus on practice.

The academic component, as well as covering theory and principles, should also include a significant emphasis on fundamental skills: communication, negotiation, problem analysis. There should be a strong ethics component in all stages.

The curriculum and teaching should be based firmly in experience, making extensive use of practitioners as teachers.

— На чем должен быть сделан акцент в современном юридическом образовании? Должно ли оно быть сконцентрировано на практике или теории?

— С моей точки зрения, юридическое образование должно представлять собой комбинацию теории и практики, при этом приоритетной должна быть практика.

Академическая составляющая в дополнение к изучению теории и общих принципов должна включать в себя в значительных объемах развитие фундаментальных навыков общения, ведения переговоров, аналитических навыков. И на всех этапах необходимо уделять большое внимание вопросам этики.

Учебные программы и методики преподавания должны всецело опираться на практический опыт за счет активного привлечения специалистов-практиков к учебному процессу.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 62 04.05.13 4:36

— What legal problems do you consider to be most important in the modern world?

— I think the broad challenge for contemporary lawyers is to maintain law as a profession, serving clients and the public, as well as managing a business.

The nature of dispute resolution has changed dramatically, from reliance on courts and litigation, to arbitration and negotiated settlements. Lawyers must be able to work expertly, responsibly and efficiently in environments that are not so heavily regulated by courts.

Internationally, the maintenance of trust in the rule of law in various contexts, from terrorism to civil unrest to the protection of rights, may be the most significant issue and challenge.

— What sessions are you going to attend at the Forum?

— I am looking forward to the session “Legal education: school or technology”, in the “Law Practice Management/ Standards of the Legal Profession” stream, as well as “Quiet revolution: how the law firm business model is evolving” in the same stream.

Depending on the timing of sessions, several of the “Public Law/Rule of Law” and “Litigation and Arbitration Practice” topics are appealing, such as evidentiary issues before international tribunals, lobbying as a profession, and the sessions on mediation and arbitration.

— Какие юридические проблемы являются, на Ваш взгляд, наиболее важными в современном мире?

— Я думаю, что общая для современных юристов проблема заключается в том, как сохранить право как профессию и одновременно обеспечить защиту интересов клиентов и общества, а также эффективно управлять своим бизнесом.

Характер процедуры урегулирования споров изменился коренным образом: если раньше стороны полагались на суды, стремились урегулировать разногласия в судебном порядке, то сейчас больше прибегают к переговорам и третейским разбирательствам. Теперь юристы должны работать профессионально, ответственно и эффективно в обстановке отсутствия жесткого регулирования со стороны судов.

Во всем мире самую большую проблему и сложность может представлять поддержание веры в верховенство закона в самых разных ситуациях: от терроризма и гражданских беспорядков до защиты прав.

— Какие секции Вы планируете посетить на форуме?

— Я с интересом жду дискуссий, которые будут проводиться на заседаниях по темам «Юридическое образование: школа или технология» и «Управление юридической практикой / Стандарты юридической профессии» по направлению «Тихая революция — как развивается бизнес-модель юридической фирмы».

В зависимости от расписания заседаний, мне было бы интересно принять участие в обсуждении ряда тем, например «Публичное право / Верховенство закона» и «Судебная и арбитражная практика». В частности, меня интересуют вопросы доказывания в международных судах, лоббизма как юридической профессии, а также медиации и третейских разбирательств.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 63 04.05.13 4:36

СПОРЫ О МЕСТОНАХОЖДЕНИИ ПАМЯТНИКОВ КУЛЬТУРЫ ДОЛЖНЫ РЕШАТЬСЯ В ПЕРЕГОВОРАХ, МАКСИМАЛЬНО УДАЛЕННЫХ ОТ ПОЛИТИКИ

DISPUTES OVER THE HOME OF CULTURAL TREASURES SHOULD BE HANDLED BY NEGOTIATIONS HELD AS FAR AWAY AS POSSIBLE FROM POLITICS

Пиотровский Михаил Борисович

Директор Государственного Эрмитажа

Mikhail Piotrovsky

Director, The State Hermitage Museum

The St. Petersburg International Legal Forum will hold a few round tables on legal regulation in the fields of culture and art. The discussion questions are very topical not only for Russia but also for many foreign states and international organisations. The issues have been the cause of much debate and would certainly benefit from serious legal thought. We spoke to the director of the State Hermitage Museum, Mikhail Piotrovsky.

На Петербургском Международном Юридическом Форуме будет проведено три круглых стола, посвященных правовому регулированию в области культуры и искусства. Вопросы, вынесенные на обсуждение, являются крайне актуальными не только для России, но и для многих зарубежных государств и международных организаций, вызывают множество дискуссий и, безусловно, нуждаются в правильном юридическом осмыслении. Об этих проблемах мы побеседовали с генеральным директором Государственного Эрмитажа Михаилом Борисовичем Пиотровским.

— Mikhail Borisovich, art is the realm of freedom where there are no boundaries but only subjective perception. Can the law regulate it?

— Of course the law can regulate the realm of art. Even though it be understood that the artist only reflects and records the will of God and does not create, there is the issue of copyright which, on one hand, protects the rights of artists and, on the other, limits the accessibility of art. A more important question, it seems to me, is

— Михаил Борисович, искусство — это сфера свободы, где нет границ, а есть лишь субъективное восприятие. Может ли право регулировать ее?

— Конечно, право может регулировать сферу искусства. Хотя понятно, что художник только выражает волю Бога и записывает ее, а не творит, существует проблема авторских прав, которая, с одной стороны, защищает права создателей, а с другой — ограничивает доступ людей к искусству. Более важным

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 64 04.05.13 4:36

offence. Specifically, to what extent may a metaphor or image offend an individual person? Matters here are not entirely clear, but they need to be, because suddenly there are too many people who are unable or unwilling to understand metaphorical language.

— Is there a place in the law for the term sacrilege? Could it become a legal principle?

— I think the word sacrilege is too emotional. The word offence would be quite acceptable for legislation, provided it were given a proper legal definition.

— Where does the balance lie between freedom of speech and self-expression and respect for the religious and moral feelings of others?

— That balance is determined by the cultural level of free people in a free society.

— Are there any examples of impermissible or unlawful exhibits or objects of art?

— What constitutes an impermissible or unlawful exhibit is different for different places and times. That, as I have already said, is determined by society's level of culture and education. The main thing is that any awkward moment should be correctly captured in law.

— Violent disorder is not unknown at exhibitions with religious themes (e.g. Caution: Religion and Cosmopolitan Icons). Doesn't it end up that unless the law does something such attacks continue as a reaction to provocation?

— Exhibitions have been and will be attacked until such time as there is a legal definition of the means of protecting freedom of speech and where that protection ends.

— Russia has decided that cultural treasures whose purpose is religious should be handed back to religious organisations. Do you agree with that decision?

— As for cultural treasures whose purpose is religious, the question should be not about handing back but handing over. I would like to point out that many religious objects were not only confiscated from their owners but

вопросом, как мне кажется, является оскорбление, а именно: в какой степени метафора или образ могут оскорблять конкретного человека. Здесь нет полной ясности, а она нужна, потому что в мире стало слишком много людей, которые не понимают или не хотят понимать метафорический язык.

— Есть ли в законе место термину «кощунство»? Может ли он стать юридическим в принципе?

— Думаю, что слово «кощунство» слишком эмоционально, а «оскорбление» было бы вполне приемлемо для законодательства, если дать ему хорошее юридическое определение.

— Как найти правильный баланс между свободой слова и самовыражения и уважением к религиозным и нравственным чувствам других?

— Такой баланс определяется культурным уровнем свободных людей в свободном обществе.

— Есть ли примеры недозволенных, противоправных выставок и предметов искусства?

— Недозволенность и противоправность выставок бывает разной в разных местах и в разное время, это, как я уже сказал, определяется уровнем культуры и образованности общества. Главное, чтобы острые моменты были грамотно оформлены юридически.

— Нередки погромы выставок на религиозные темы (например, «Осторожно: религия», *Cosmopolitan Icons*). Не получится ли, что в отсутствие правового поля погромы будут продолжаться как реакция на провокацию?

— Погромы выставок были и будут до тех пор, пока юридически не будут определены средства защиты свободы слова и пределы этой защиты.

— В России культурные ценности религиозного назначения решено возвратить религиозным организациям. Согласны ли Вы с таким решением?

— Что касается вопроса возвращения культурных ценностей религиозного назначения, речь должна идти не о возвращении, а о передаче. Хочу отметить, что многие предметы культа были не только изъяты из соб-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 65 04.05.13 4:36

also removed to another sphere of use, i.e. they lost their religious functions and became objects of culture. Before such objects can be returned to their owners we must agree how to preserve their cultural functions in parallel to their religious ones. To a person of sense and culture that issue would not be difficult to resolve.

— Presumably these matters have a bearing on the deeper global problem of maintaining cultural heritage?

— Yes. All over the world there are unending disputes and litigation between states over the ownership of cultural objects. Russia is not alone in that.

I believe disputes over the home of cultural treasures should be handled by negotiations held as far away as possible from politics. The search for solutions must not forget the cultural value of the objects at the centre of conflicts: to put ownership, emotions and the thirst for revenge at the forefront is fundamentally wrong. The fate of the Schneersohn library and archive must be decided having regard to Russian sovereignty and the huge damage which has been done already to cultural relations between museums in Russia and the USA which have nothing whatever to do with Schneersohn's inheritance.

— During the Forum it is planned to discuss a topic "Legal Aspects of the Restoration and Reconstruction of Objects of Historical and Cultural Heritage". Why was restoration chosen as one of the main areas of discussion?

— Any restoration or use of cultural treasures should be subject to a great number of constraints. That is usual practice. Restoration maintains the value of a cultural object for a long time and increases its capitalisation. Such constraints exist everywhere in the world but they need to be properly specified and their purpose must be to preserve culture rather than show off some bureaucrat's power. Establishing a system of constraints to match today's realities is now, in fact, a priority for both art experts and lawyers.

ственности, но и перемещены в другую сферу бытования, т.е. утратили свои религиозные функции и стали объектами культуры. Перед тем как возвращать такие предметы владельцам, необходимо договориться о сохранении этими предметами культурных функций наряду с ритуальными. У разумного и культурного человека урегулирование этого вопроса не вызовет проблем.

— Наверное, эти вопросы упираются в более глобальную проблему сохранности культурного наследия?

— Да, по всему миру сейчас идут бесконечные споры и разбирательства между государствами о собственности на те или иные объекты культуры. Россия здесь не одинока.

Я считаю, что споры о местонахождении памятников культуры должны решаться в переговорах, максимально удаленных от политики. В поиске решений нельзя забывать о культурной ценности тех объектов, вокруг которых разгорелись конфликты, а выносить на первый план права собственности, эмоции и жажду реванша — в корне неверно. Судьба библиотеки и архива Шнеерсона должна решаться с учетом суверенитета России и того огромного ущерба, который нанесен сегодня культурным связям музеев России и США, никакого отношения к проблеме наследования имущества Шнееерсона не имеющим.

— На Форуме запланирован круглый стол, посвященный теме «Правовые аспекты реставрации и реконструкции объектов историко-культурного наследия». Почему реставрация выбрана в качестве одной из основных тем обсуждения?

— Всякая реставрация и использование памятников должны подчиняться большому количеству ограничений. Это нормальная практика. Ведь реставрация позволяет на долгое время сохранять ценность памятников и повышает их капитализацию. Подобные ограничения существуют во всем мире, но они должны быть грамотно прописаны, и их целью должно быть сохранение памятников, а не проявление власти бюрократов. Создание системы ограничений, соответствующих сегодняшним реалиям, и является сейчас первоочередной задачей, искусствоведческой и юридической одновременно.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_035-066.indd 66 04.05.13 4:36

Неудобно пользоваться бумажной версией?

ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Теперь журналы Издательской группы «ЗАКОН» доступны в электронном виде!
Любой журнал или статью в формате PDF можно купить в интернет-магазине

www.igzakon.ru

Реклама

* Архивный отдел Metropolitan Life Insurance Co., Нью-Йорк, 1907.
Источник: Early Office Museum Archives

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_067.indd 67 04.05.13 4:38

ТРАВНИКОВ
Максим Александрович
заместитель министра юстиции Российской Федерации

Maxim Travnikov
Deputy Minister of Justice of the Russian Federation

МЕЖДУНАРОДНЫЕ МЕХАНИЗМЫ В СФЕРЕ БОРЬБЫ С КОРРУПЦИЕЙ: ДУБЛИРОВАНИЕ И ВЗАИМОДОПОЛНЯЕМОСТЬ

INTERNATIONAL ANTI-CORRUPTION MECHANISMS: DUPLICATION AND COMPLEMENTARITY

In the fight against corruption the world currently has one universal mechanism (the UN Convention against Corruption (UNCAC) implementation review group) and a large number of regional (the Group of States against Corruption (GRECO)) and special mechanisms (the OECD Working Group, the Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)). Some are based on international treaties while the others are political initiatives (G20). Certain (but not all) mechanisms incorporate procedures for implementation monitoring. Most serve primarily to enable party-states to arrive at agreed positions.

The international monitoring mechanisms are called upon to ensure effective application of the law based on a uniform understanding of the conventions. However, their work is frequently affected by subjective political factors, while the demands of one set of instruments may collide with states' obligations under other treaties or other formats.

The governments of many countries find themselves confronted with similar questions which demand answers. How can regulatory duplication and collisions be avoided? How can disparate formats be made complementary? Is it right to speak of a hierarchy of political and legal anti-corruption obligations? What role is there for the International Anti-Corruption Academy? What are the difficulties of applying the law? What can private legal practice offer in the fight against corruption? What corporate and inter-corporate anti-corruption measures are most effective?

The third St. Petersburg International Legal Forum round table on Anti-Corruption Instruments will be devoted to the search for answers.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_068-069.indd 68 04.05.13 6:01

В настоящее время в мире существует универсальный механизм (Группа по обзору выполнения Конвенции ООН против коррупции (КПК)) и большое количество региональных (Группа государств по борьбе с коррупцией — ГРЕКО) и специальных механизмов (Рабочая группа ОЭСР, Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег — ФАТФ) в сфере борьбы с коррупцией. Одни действуют на основе международных договоров, другие — в качестве политической инициативы («Группа 20»). Некоторые механизмы (но не все) включают процедуры мониторинга соблюдения принятых обязательств. И абсолютное большинство служат в первую очередь для выработки согласованной позиции заинтересованных государств-членов.

Механизмы, действующие на базе конвенций и других договоров, как правило, предусматривают обязательства государств по установлению в своем законодательстве уголовной, гражданско-правовой и административной ответственности за определенные виды коррупционных преступлений, совершенных физическими или юридическими лицами. При этом некоторые виды деяний криминализируются сразу несколькими международно-правовыми документами. Охватывая зачастую один и тот же круг государств, договоры нередко дают несовпадающие определения коррупционных действий. Отличия усиливаются при имплементации соответствующих договорных положений в национальном законодательстве. Особенно заметно это при сравнении различных систем права. Судебная практика также вносит свой вклад в формирование индивидуального правоприменения на первый взгляд согласованных правил. При этом некоторые неплохо зарекомендовавшие себя в отдельных государствах подходы оказываются с трудом применимыми при их переносе на иностранную почву (например, уголовная ответственность юридических лиц, криминализация обещания и предложения взятки и др.).

Обеспечивать эффективность правоприменения на основе единообразного понимания требований конвенций призваны международные мониторинговые механизмы, однако работа некоторых из них часто находится под влиянием субъективных политических обстоятельств, а требования в рамках одних инструментов могут вступать в конфликт с обязательствами государств по другим договорам и форматам.

Россия (как и другие государства) периодически проходит мониторинг по различным международным инструментам. Учитывая, что противодействие коррупции должно происходить не только на внутригосударственном уровне, но и осуществляться в международном взаимодействии, актуально сравнение российской практики с зарубежным опытом применения антикоррупционного законодательства, сопоставление с российской реальностью принимаемых за рубежом мер по совершенствованию корпоративного управления с точки зрения противодействия коррупции в компаниях (так называемые «программы амнистии» для работников корпоративного сектора, практика привлечения юридических лиц к ответственности, создание подразделений, ответственных за профилактику коррупционных и иных правонарушений, принятие правовых актов о внутреннем аудите в публичных компаниях, о раскрытии потенциального конфликта интересов).

Перед правительствами многих стран встают сходные вопросы, требующие решения. Как избежать дублирования и коллизий в регулировании? Как обеспечить взаимодополняемость различных форматов? Можно ли говорить об иерархии политических и юридических обязательств в сфере борьбы с коррупцией? Какую роль в этом вопросе может сыграть Международная антикоррупционная академия? В чем состоят сложности правоприменения? Каковы перспективы частной юридической практики по борьбе с коррупцией? Какие меры наиболее эффективны в борьбе с коррупцией на корпоративном и межкорпоративном уровне?

Поиску ответов будет посвящен круглый стол «Инструменты противодействия коррупции», который пройдет в рамках III Петербургского Международного Юридического Форума.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_068-069.indd 69 04.05.13 6:01

АРТЕМЬЕВ
Игорь Юрьевич
руководитель ФАС России

Igor Artemiev
Head of the Federal Antimonopoly Service of Russia

О СТРАТЕГИИ РАЗВИТИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ НА 2013–2024 ГОДЫ

ANTIMONOPOLY REGULATION DEVELOPMENT STRATEGY 2013–2024

December 2012 saw the adoption of the "Developing competition and improving antimonopoly policy" Road Map which includes many and various tasks and actions intended to develop competition in the regions and create an attractive climate for investment. The Road Map replaces a Russian competition development programme which was a complete failure.

To achieve the tasks set out in the Road Map, the Russian Federal Antimonopoly Service (FAS) must go beyond its protective function and take systemic macroeconomic measures to give the Russian economy a legal and institutional regime which will boost competition. Today our antimonopoly legislation is largely European, though it also contains other elements of global antimonopoly best practice, e.g. North American antitrust law on cartels. We are currently ranked 17, according to Global Competition Review, in international ratings of antimonopoly agencies in terms of maturity of legislation and effectiveness of the application of antimonopoly law and we are not content to let matters rest there. We aim to make the top ten best antimonopoly agencies in the world, but to do so we will have to make further great strides.

In advance of the Forum we would like to share our plans to continue to enhance antimonopoly legislation by drawing on global best practice. Some of those efforts are described this article.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 70 04.05.13 4:47

В декабре 2012 г. был принята дорожная карта «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», которая предусматривает реализацию большого комплекса разноплановых задач и мероприятий, направленных на развитие конкуренции в регионах и создание привлекательного инвестиционного климата. Она пришла на смену потерпевшей фиаско программе развития конкуренции в России.

Для реализации поставленных в дорожной карте задач ФАС России необходимо выйти за пределы исполнения охранительной функции и перейти к реализации мероприятий системного макроэкономического характера, которые должны привести к формированию проконкурентного правового и институционального режима в российской экономике.

В последние годы завершилось формирование законодательной базы в области защиты конкуренции. Сегодня наше антимонопольное законодательство — во многом европейское, но содержит в себе и другие лучшие мировые антимонопольные практики, например североамериканскую практику борьбы с картелями. Сегодня Россия и Федеральная антимонопольная служба занимают 17-е место в международном рейтинге антимонопольных ведомств по развитости законодательства и эффективности его применения по версии издания «Всемирный обзор по конкуренции», и мы не намерены на этом останавливаться. Наша цель — войти в десятку лучших антимонопольных ведомств мира, но для этого нам предстоит сделать еще несколько больших шагов.

Хорошо зарекомендовал себя институт предупреждения и предостережения, который появился в нашей практике с введением третьего антимонопольного пакета. В 2012 г. ФАС России направила в адрес хозяйствующих субъектов 1423 предупреждения. И три четверти из них были полностью исполнены, а негативные последствия для конкуренции устранены. Это высокий показатель, и мы готовы распространить применение предупреждений на антиконкурентные акты и действия публично-правовых образований, а также на недобросовестную конкуренцию.

Мы продолжаем работу над снижением числа лишних административных барьеров для бизнеса. В марте этого года Государственная Дума РФ в первом чтении одобрила законопроект об отмене уведомительного контроля ФАС России для ряда сделок экономической концентрации. Теперь разрешение ведомства требуется только для сделок компаний, стоимость общих активов которых превышает 7 млрд руб., а годовая выручка выше 10 млрд руб. Другие сделки не имеют значительного влияния на конкуренцию, и их согласование является административным барьером для бизнеса.

Отмена уведомительного контроля отчасти отражает желание сосредоточиться на более крупных делах — делах не физических, а юридических лиц. Необходимо направить наше внимание на крупные компании, действия которых могут нанести существенный вред малому и среднему бизнесу и ущерб экономике страны.

Существующая сегодня система обязательств ФАС заставляет нас реагировать на жалобу садоводческого кооператива или даже отдельного дачника, который не может подключить свой участок к электросети. Это обусловлено тем, что до 2004 г. вопросы прав потребителей решались в тесном взаимодействии с Министерством антимонопольной политики, предшественником ФАС России. В 2004 г. эту связь разорвали, и, несмотря на усилия Санэпиднадзора и затем Роспотребнадзора, возникла ситуация, при которой физические лица оказались незащищенными перед лицом крупных монополий, прежде всего естественных. Подключиться к газу или электричеству в регионах оказалось практически невозможно. Поэтому ежегодно мы ведем более тысячи дел, касающихся проблем подключения к электросетям дачных кооперативов, садовых участков и т.д., хотя могли бы заниматься гораздо более важными для экономики страны делами, касающимися тех же крупнейших монополий. Поэтому в Стратегии развития антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013–2024 гг. мы отметили наше стремление уйти от дел, касающихся ущемления прав потребителей, но не затрагивающих конкуренцию в целом.

Нам предстоит убедить Правительство РФ в необходимости перезапустить реформы в сферах железнодорожного и морского транспорта, почтовой связи, электросвязи, электроэнергетики — это инфраструктура, вокруг которой потом формируется и предпринимательский климат, и конкуренция. Необходимо

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 71 04.05.13 4:47

будет многое предпринять для разработки новых и обновления уже существующих правил недискриминационного доступа на эти и другие рынки с целью создания условий для конкуренции различных хозсубъектов.

Вместе с этим предстоит проработать вопрос об отмене Федерального закона от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях». На сегодняшний день этот нормативно-правовой акт позволяет естественным монополиям обходить общие положения Конституции РФ и Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» — находить возможность избежать конкуренции, проводить закрытые закупки, диктовать условия для среднего и малого бизнеса. Эту несправедливость необходимо устранить в минимально возможный срок.

Другая важная тема, отразившаяся в нашей Стратегии, — это постепенное введение в России международного принципа исчерпания права на интеллектуальную собственность, что откроет предпринимателям нашей страны возможность параллельного импорта и позволит снизить цены импортируемых товаров в среднем на 15%. Сейчас наше таможенное ведомство и другие силовые структуры задерживают на границе наших же предпринимателей и изымают у них товары, обеспечивая тем самым интересы крупнейших зарубежных обладателей брендов. Хочется надеяться, что в интересах нашей экономики в ближайшие пять лет мы сможем продвинуться в сторону изменения сложившейся ситуации, в том числе путем более глубокой интеграции России с мировым экономическим и правовым пространством, шаги для которой ФАС предпринимает уже сейчас.

Уже существует общий Таможенный кодекс России, Белоруссии и Казахстана, и ФАС России очень близок к завершению разработки модельного закона о конкуренции Единого экономического пространства. По сути, мы почти готовы создать новый наднациональный антимонопольный орган.

Одним из главных приоритетов деятельности ФАС остается борьба с картелями, и мы будем развивать практику международного взаимодействия при их расследовании. Недавно мы подготовили проект федерального закона о внесении изменений в ст. 178 Уголовного кодекса РФ, направленный на решение проблемы раскрытия картелей. Сегодня он находится в Правительстве. Это проблема не только Российской Федерации, но и стран ЕС, США и БРИКС.

ФАС России не раз поднимала вопрос о необходимости ликвидировать государственные и муниципальные унитарные предприятия во всех конкурентных секторах экономики, за исключением действующих в сфере обороны и безопасности страны, и об одновременном введении процедуры согласования с антимонопольным органом решений органов власти о создании унитарных предприятий, а также некоммерческих организаций, которые планируется наделить правом осуществления предпринимательской деятельности. Мы не сможем добиться никакого развития конкуренции, например, в транспортной отрасли, пока будут существовать ФГУПы и МУПы, которые перекачивают бюджетные деньги в «старые грязные автобусы» и существуют за счет субсидий, но при этом своими низкими ценами не пускают на рынок предпринимателей.

Ну, и в заключение: существенных изменений требует Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Сегодня он исполняется крайне плохо, а санкции, которые мы уже два года пытаемся прописать в КоАП РФ, отсутствуют. И получается, что сегодня закупки крупнейших естественных монополий — самые непрозрачные. Поэтому мы считаем, что необходимо двигаться в сторону существенного ужесточения этого Закона по аналогии с процедурами и санкциями, прописанными в Федеральном законе от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 72 04.05.13 4:47

Особое мнение / *Special Opinion*

СОКОВ
Владимир Алексеевич

старший партнер
компании *Pepeliaev Group*

Vladimir Sokov
Senior partner, Pepeliaev Group

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ: ВРЕМЯ ПЕРЕМЕН

ANTIMONOPOLY REGULATION: A TIME OF CHANGE

Antimonopoly regulation in Russia is currently living through a period of tumultuous development. Amendments to antimonopoly legislation are in the process of being adopted. However, specialists, while generally well-disposed to the increasing salience of antimonopoly regulation, note a whole set of problem areas where reform must go deeper.

Primarily, the difficulties arise from both the normative acts adopted in this field (legislative demands unclear or inconsistent, unreasonably frequent changes in legislation) and the quality of the application of the law (no single procedure for dealing with antimonopoly cases, poor procedural guarantees, absence of proper evidentiary standards of proof and extraordinarily wide powers of antimonopoly agency, which create ground fertile for abuses).

The main problem in applying the norms of antimonopoly law is correctly listing those actions which may impede competition. To do so requires profound economic analysis, for which no suitably comprehensive methods exist. That, in turn, affects the effectiveness of antimonopoly regulation: wrongly holding companies to account increases the cost of regulation and is more likely to have a negative, and not positive, economic impact.

The paradox of Russian antimonopoly law is that the fundamental questions about regulation — the purpose and objectives of antimonopoly policy — are not addressed.

The time has come to undertake far-reaching institutional reform of antimonopoly legislation. Reform cannot be limited to one-off initiatives by the FAS in particular areas, but must be all-embracing. It must first rethink the purpose and objectives of antimonopoly regulation and the role of state institutions in determining public policy. There must be reform of the FAS staff and the judicial system in order to move antimonopoly regulation, including the application of the law, to an entirely new level of development.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 73 04.05.13 4:47

We should like to bring these matters to wider attention and invite Russian and foreign participants of the third St. Petersburg International Legal Forum to discuss them with us.

Антимонопольное регулирование в России в настоящее время переживает период бурного развития. Принимаются поправки в антимонопольное законодательство. Однако специалисты, в общем благосклонно оценивая усиление значимости антимонопольного регулирования, тем не менее отмечают целый комплекс проблем в данной области, которые требуют более глубокого реформирования.

В первую очередь эти трудности связаны как с уровнем принимаемых в этой сфере нормативных актов (нечеткость и непоследовательность законодательных требований, неоправданно частые изменения законодательства), так и с качеством правоприменительной деятельности (отсутствие единой процедуры рассмотрения антимонопольных дел, низкий уровень процессуальных гарантий, отсутствие разработанных стандартов доказывания, необычайно широкие полномочия антимонопольного органа, создающие почву для злоупотреблений).

Необходимо понимать, что антимонопольное законодательство накладывает существенные ограничения на свободу хозяйствующих субъектов в выборе способов ведения предпринимательской деятельности. В подавляющем большинстве случаев Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» запрещает не само действие, а тот эффект, к которому оно может привести.

Основная сложность при применении норм антимонопольного права состоит в том, чтобы правильно определить перечень действий, которые способны негативно повлиять на состояние конкуренции. Для этого необходимо провести глубокий экономический анализ, однако соответствующая комплексная методика отсутствует. А это, в свою очередь, влияет на эффективность антимонопольного регулирования: ошибочное привлечение компаний к ответственности повышает издержки регулирования и скорее приведет к негативному, чем к позитивному экономическому эффекту.

Единственным нормативным актом в этой сфере является Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, но он рассматривает лишь вопросы установления доминирующего положения на товарном рынке (порядок определения продуктовых и географических границ товарных рынков, определения долей хозяйствующих субъектов). Иные проблемы, связанные с оценкой влияния на конкуренцию вертикальных и горизонтальных соглашений хозяйствующих субъектов, с установлением коллективного доминирования, определением монопольно высокой цены и т.п. ни на законодательном уровне, ни на уровне подзаконных нормативных актов в настоящее время не урегулированы. Приведем пример. Помимо конкурентов, в каждом антимонопольном деле всегда присутствуют и другие стороны,

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 74 04.05.13 4:47

на которые исход борьбы оказывает непосредственное влияние, например потребители и участники смежных рынков. Чьи интересы надо учитывать при разрешении дела? Интересы поставщика, дистрибьютора, контрагента дистрибьютора и конечного потребителя всегда будут разными. Российское антимонопольное законодательство, содержащее общие запреты в отношении действий, которые приводят к «ограничению конкуренции» или «ущемляют интересы других лиц» (ст. 10 и 11 Закона о защите конкуренции), не конкретизирует, чьи интересы должны быть определяющими. Имеющаяся практика антимонопольного органа и судебная практика тоже не дают четких ответов на эти вопросы, так как крайне противоречивы, лишены единых концептуальных подходов и зачастую не основаны на экономической логике.

Суды неохотно идут на пересмотр решений ФАС России. Одна из причин — это сложности, связанные с рассмотрением антимонопольных дел. Для полноценной судебной проверки решений антимонопольного органа суд должен разбираться в тонкостях проведенного этим органом экономического анализа, что невозможно без базовых экономических знаний. В настоящее время у нас нет специализированных судебных составов, занимающихся этой проблематикой, что, на наш взгляд, довольно странно. В гражданских коллегиях есть составы, занимающиеся только делами, связанными с договорами поставки, или только договорами перевозки, специализированные составы разбирают банкнотные дела, и т.д. Только в Арбитражном суде г. Москвы составов в рамках гражданской коллегии больше десятка. В то же время антимонопольные дела рассматривают судьи, в компетенцию которых часто входят все споры, вытекающие из административных и иных публичных отношений.

Парадокс российского антимонопольного права заключается в том, что базовые вопросы регулирования — цели и задачи антимонопольной политики — остаются за рамками дискуссии.

Закон о защите конкуренции указывает на несколько целей российского антимонопольного права: обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков. Однако, провозглашая эти цели, законодатель не раскрывает их содержание.

Защита конкуренции в том виде, в котором она реализуется посредством антимонопольного законодательства, направлена на корректировку свободы волеизъявления хозяйствующих субъектов при осуществлении ими предпринимательской деятельности. Таким образом, последовательная реализация антимонопольной политики неминуемо приводит к ограничению свободы экономической деятельности, порождая тем самым конфликт интересов.

Для поиска баланса антимонопольная политика, которая является неотъемлемой частью социально-экономической сферы государства, должна быть синхронизирована с другими видами государственного регулирования, в том числе налоговым, таможенным, гражданско-правовым, административным,

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 75 04.05.13 4:47

уголовным, отраслевым. Попытки искусственно ее от них отделить чреваты неэффективностью регулирования в данной области. Законодателю просто необходимо учитывать баланс частных и общественных интересов.

Последовательная реализация антимонопольной политики в целях защиты конкуренции приводит к ограничению свободы экономической деятельности. В этом смысле две поименованные в Законе о защите конкуренции цели — защита конкуренции и свобода экономической деятельности — в определенной степени противоречат друг другу. Необходимость защиты двух разнонаправленных конституционных гарантий вынуждает искать между ними равновесие. При установлении антимонопольных ограничений законодателю следует предусмотреть их в таком объеме, чтобы предотвратить наиболее губительное для конкуренции экономическое поведение, избежав при этом избыточных и неоправданных ограничений, налагаемых на субъектов экономической деятельности.

Выбирая тот или иной вид регулирующего воздействия, законодатель должен стремиться к сокращению издержек, связанных с государственным регулированием. Помимо затрат госорганов на выполнение своих функций основной массив трансакционных издержек связан с реакцией хозяйствующих субъектов на государственное регулирование: они вынуждены адаптировать свою деятельность к меняющимся законодательным требованиям. Нередко издержки от планируемой законодательной инициативы, которая способна положительно повлиять на конкуренцию, стимулировать эффективность предпринимательской деятельности, принести пользу потребителям, превышают издержки, связанные с потерями общественного благосостояния, которые вызваны отсутствием соответствующей нормы.

В поисках баланса при защите конкуренции стоит использовать принцип разделения властей, закрепленный в Конституции РФ. Концентрация нормотворческих, исполнительно-распорядительных, контрольных и юрисдикционных функций в одном государственном органе исполнительной власти затрудняет реализацию этого принципа и уменьшает эффективность деятельности соответствующего государственного органа. ФАС России как раз является единственным государственным органом, на который возложены *все функции государственного управления*. Это ведомство:

- определяет предмет государственного регулирования;
- создает нормативную базу;
- осуществляет контроль за соблюдением им же установленных норм;
- применяет меры государственного принуждения, в том числе привлекает к административной ответственности.

Неограниченные возможности, которые могут привести к значительному снижению качества государственного контроля, ошибкам государственного регулирования, а возможно, даже к серьезным злоупотреблениям. Ситуация

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 76 04.05.13 4:47

усугубляется значительными контрольными полномочиями ФАС России, которые включают практически безграничное право на истребование информации и документов, проведение контрольных мероприятий, право на выдачу хозяйствующим субъектам широкого спектра предписаний, блокировку осуществления сделок экономической концентрации, а также возможность накладывать на субъекты оборотные штрафы, значительно превышающие любые иные меры административной ответственности.

Назрела необходимость проведения глубокой институциональной реформы антимонопольного законодательства. Реформа должна быть не точечной реализацией инициатив ФАС России в рамках отдельных отраслей, а комплексной, и начинаться с переосмысления целей и задач антимонопольного регулирования, роли отдельных государственных органов в определении государственной политики. Требуется реформирование аппарата ФАС России и судебной системы для вывода антимонопольного регулирования, включая правоприменительную практику, на качественно новый уровень развития.

При реформировании было бы разумно опираться на положительный опыт, имеющийся в других сферах государственного регулирования, например на опыт успешного проведения реформы налоговой системы.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_070-077.indd 77 04.05.13 4:47

СИТНИКОВ
Александр Александрович
управляющий партнер юридической фирмы *VEGAS LEX*
Aleksandr Sitnikov
Managing partner, VEGAS LEX

УСТРАНИТ ЛИ ПРАВОВЫЕ ПРЕПЯТСТВИЯ ДЛЯ РЕАЛИЗАЦИИ И ФИНАНСИРОВАНИЯ ИНФРАСТРУКТУРНЫХ ПРОЕКТОВ ЗАКОН О ГЧП?

WILL THE PPP LAW REMOVE THE LEGAL OBSTACLES TO FINANCING AND CARRYING OUT INFRASTRUCTURE PROJECTS?

Today Public-Private Partnership (PPP) is often considered to be a panacea for any or all of problems associated with the development of almost any industry from sport and tourism to energy. But the development of these industries suffers from the complexity of the PPP legal framework.
The adoption of an excellent Public-Private Partnership (PPP) law would substantially improve the investment climate in Russia: true or false?
In this article the authors address issues crucial to the current regulation of PPP, the draft law which is now being much discussed at all levels and the opportunities for cooperation between business and government in this field.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_078-084.indd 78 04.05.13 4:51

О государственно-частном партнерстве сегодня говорится много, однако суть проблематики правового регулирования отношений, возникающих между публичными образованиями и частным бизнесом при реализации общественно значимых (прежде всего, инфраструктурных) проектов, к сожалению, часто остается без внимания.

Порой ГЧП рассматривается как средство для решения большинства проблем, связанных с развитием практически любой отрасли — от спорта и туризма до энергетики, а малый прогресс в этих сферах объясняется отсутствием нормативно-правовой базы для развития ГЧП. Начинает казаться, что стоит принять хороший закон о ГЧП, и темпы роста российской экономики многократно возрастут, а частный капитал устремится в развитие тех областей, вкладываться в которые до этого у него особого желания не возникало. Так ли это на самом деле?

К специальным законам, регулирующим отношения в сфере ГЧП на федеральном уровне, в настоящее время традиционно относят Федеральные законы от 30.12.1995 № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» и от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»[1]. Однако объем успешных проектов, реализованных в соответствии с предложенными в этих нормативных актах моделями, сравнительно невелик. И если небольшое количество соглашений о разделе продукции объясняется достаточно узкой сферой применения данного института[2], то малая восприимчивость рынка к концессионной модели объясняется, вероятно, ее недостаточной эффективностью.

Создание правового инструмента, призванного стать альтернативой концессионному соглашению, явилось целью внесенного в Госдуму законопроекта «Об основах государственно-частного партнерства». Станет ли принятие нового закона импульсом для интенсивного количественного и качественного развития в данной области?

На сегодняшний день более чем в 60 субъектах РФ приняты и действуют региональные законы о ГЧП. При этом если в большинстве субъектов такие акты носят рамочный характер и являются фактически декларативными, то в некоторых регионах регулирование ГЧП-отношений намного более продуктивно[3]. Однако, несмотря на имеющиеся предпосылки, предлагаемые правовые модели не дают ожидаемого эффекта.

Внесенный в Госдуму законопроект предлагает рассматривать ГЧП как взаимодействие частного и публичного партнеров в рамках соглашения о создании (реконструкции) и эксплуатации объектов капитального строительства. Причем такое соглашение квалифицируется документом как смешанный гражданско-правовой договор.

Однако и в отсутствие специального закона о ГЧП нормы главы 5 ГК РФ предусматривают участие публично-правовых образований в гражданско-правовых отношениях на равных началах с физическими и юридическими лицами, а ст. 421 ГК РФ допускает заключение не только смешанных, но и непоименованных в ГК РФ договоров. Другое дело, что на практике участие государства и муниципалитетов в гражданско-правовых отношениях фактически сведено к заключению договоров на поставку товаров и на выполнение работ (оказание услуг) для государственных и муниципальных нужд. То есть публично-правовые образования попросту не пользуются предоставленной им свободой договора.

Возможным возражениям об отсутствии специального правового регулирования порядка заключения публично-правовыми образованиями иных договоров, чем договоры поставки и подряда[4], можно противо-

---

[1] *Мы не относим к соглашениям о ГЧП договоры аренды лесных участков, хотя по своей правовой природе такие договоры скорее являются концессионными соглашениями, чем договорами аренды. Вместе с тем к ГЧП-соглашениям вполне может быть отнесен договор о развитии застроенной территории, заключаемый между муниципальными образованиями и застройщиками в соответствии со ст. 46.1–46.3 ГрК РФ.*

[2] *Подробнее см., напр.: Денисов П.А. Соглашение о разделе продукции как форма государственно-частного партнерства // Налоги. 2012. № 3. С. 40–44.*

[3] *См.: Пояснительная записка к проекту Федерального закона «Об основах государственно-частного партнерства в РФ». В качестве примера и образца успешного регулирования отношений в области ГЧП в записке приводится Закон Санкт-Петербурга от 25.12.2006 № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах».*

[4] *Отношения, связанные с размещением заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных, муниципальных нужд, нужд бюджетных учреждений, урегулированы Федеральным законом от 21.07.2005 № 94-ФЗ.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16
ZS_p_078-084.indd 79 04.05.13 4:51

поставить довод о том, что отсутствие специального закона не мешает публичным образованиям, например, приобретать на рынке квартиры[5]. В любом случае, если руководствоваться такими соображениями, логичнее приложить дополнительные усилия к совершенствованию законодательства о госзаказе и конкуренции. Неслучайно, наверное, рассматриваемый законопроект получил крайне негативную оценку Федеральной антимонопольной службы[6].

Кроме обязательств публичного партнера предоставить частному партнеру во владение и (или) пользование имущество, а также право использования результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, законопроект допускает принятие публичным партнером иных, не противоречащих законодательству, РФ обязательств. Несмотря на, казалось бы, отсутствие принципиального значения данной формулировки, именно она может создать немало сложностей.

Взаимодействие государства и бизнеса (а именно в качестве такого взаимодействия рассматривается ГЧП) развивается во многих плоскостях: в первую очередь в административной сфере в рамках предоставления государственных (муниципальных) услуг и осуществления государственного (муниципального) контроля (надзора), во вторую очередь в сфере налогообложения и только затем в области имущественных (гражданско-правовых) отношений.

Попытки смешать в одном институте частноправовые и публичные элементы приводят к тому, что институт в целом становится неэффективным. Ярким примером являются заключаемые публично-правовыми образованиями инвестиционные контракты, в соответствии с которыми застройщик, получивший земельный участок для строительства, передает в публичную собственность часть помещений в построенном объекте (либо денежный эквивалент их стоимости). С одной стороны, публично-правовые обязанности, связанные с выполнением властно-распорядительных функций (предоставить участок, принять правовые акты, обеспечить наличие необходимых мощностей в инженерных сетях и т.п.), не являются гражданско-правовыми обязательствами[7]. С другой стороны, попытки дать квалификацию частноправовой составляющей таких договоров приводят в лучшем случае к неопределенности[8], в худшем — к негативным для инвестора последствиям[9].

Проект закона о ГЧП понимает под публичным партнером непосредственно Российскую Федерацию, ее субъект или муниципальное образование в лице уполномоченных ими органов. Несмотря на то, что ГК РФ допускает непосредственное участие таких образований (казны) в гражданских правоотношениях, подобное участие все же не является характерным.

Поскольку в конечном счете любой инвестиционный проект с участием частного капитала направлен на извлечение прибыли, более логичной выглядит ситуация, когда контрагентом частного партнера является не государство, а коммерческая организация (унитарное предприятие или хозяйственное общество с преобладающим государственным участием). Имущественные отношения этих субъектов могут быть эффективно урегулированы с использованием имеющихся институтов обязательственного права.

Непосредственное же участие публичного образования в реализации проекта должно все-таки носить организационный, публично-правовой характер. Оно может быть оформлено посредством договора, но не гражданско-правового, базирующегося на равенстве

---

[5] *Согласно правовой позиции, сформулированной в Постановлении Президиума ВАС РФ от 25.09.2012 № 5128/12, действие законодательства о размещении заказов на поставки товаров не распространяется на заключение договора купли-продажи недвижимого имущества.*

[6] *Так, по мнению руководителя ФАС России И. Артемьева, предложенный законопроект способен «уничтожить половину антимонопольного законодательства». См.: ФАС: закон о ГЧП содержит уловки для коррупции // www.vestifinance.ru/articles/25823.*

[7] *См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 03.04.2012 № 17043/11.*

[8] *В Постановлении от 11.10.2011 № 5495/11 Президиум ВАС РФ согласился с квалификацией такого рода инвестиционного контракта как непоименованного гражданско-правового договора.*

[9] *При вынесении Определения от 19.11.2012 № ВАС-12444/12 о передаче дела в Президиум коллегия судей ВАС квалифицировала инвестиционный контракт как договор пожертвования. Если Президиум ВАС РФ согласится с такой квалификацией, это приведет к серьезным негативным налоговым последствиям для инвесторов, поскольку подобные расходы не будут считаться затратами на строительство, а будут покрываться за счет прибыли.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_078-084.indd 80 04.05.13 4:51

сторон, а административного, в основе которого лежит именно публично-правовой статус государственного или муниципального образования. В рамках данного договора частному инвестору также может оказываться поддержка, причем не только информационная, консультационная, методическая, инфраструктурная и пр., но и финансовая[10].

Такая двухуровневая структура ГЧП-проектов (гражданско-правовой договор между юридическими лицами и публично-правовой договор с государственным или муниципальным образованием), реализация которой возможна в условиях уже существующего законодательства, позволит существенно расширить круг проектов, которые могут быть реализованы, и вобрать в себя как существующую международную практику реализации инфраструктурных проектов, так и особенности национального законодательства, и ГЧП-проекты смогут получить новый виток развития как обычная правовая практика, а не исключительные решения государственного и политического уровня.

Вместе с этим, как активно практикующая в сфере инфраструктурных проектов компания и один из разработчиков Закона о ГЧП, мы с нетерпением ждем его принятия, несмотря на прогнозируемое активное публичное экспертное обсуждение.

[10] *Такие формы поддержки сегодня предусмотрены, например, для субъектов малого и среднего предпринимательства в соответствии с Федеральным законом от 24.07.2007 № 209-ФЗ.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_078-084.indd 81 04.05.13 4:51

Особое мнение / *Special Opinion*

ИБРАГИМОВ
Руслан Султанович

вице-президент по корпоративным и правовым вопросам ОАО «Мобильные ТелеСистемы»

Ruslan Ibragimov
Vice-president for corporate and legal affairs, OJSC MobileTeleSystems

ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ГЧП КАК ИНСТРУМЕНТ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ИНВЕСТИЦИЙ

LEGAL ASPECTS OF PPP USED AS A MEANS OF RAISING INVESTMENT

One of the main brakes on Russia's economic development is the lack of sufficient monetary liquidity in the economy and a shortage of investment. At first glance it appears that is a purely economic problem and its solution will be an economic one. But it is not quite so. What investors want are well-established, well-understood and transparent rules of the game which are enshrined in law. Unfortunately the law's role in creating an investment climate and resolving pressing economic and social problems currently suffers from being distinctly under-appreciated.

One promising means of addressing the problems could be to institute effective operational public-private partnerships (PPP). Their potential has yet to be fully realised, primarily owing to the lack of a proper legal basis. The introduction of PPP with formalised principles, guarantees for investors in the form of normative documents and clear rules of behaviour for PPP participants would incentivise private business to participate in large-scale socially useful projects, the state to invest in those projects and investors to keep their money in the Russian economy.

Russia today has no basic federal law on PPP to describe the principles, procedures and conditions for using this special form of cooperation (project finance) between the state and business. If created, such a mechanism would allow the state and business together to carry out projects which they cannot do separately. It would help solve social problems and improve infrastructure. It would stimulate Russian economic growth by increasing available liquidity to allow markets to function. It would facilitate the emergence of Russia as an international financial centre.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_078-084.indd 82 04.05.13 4:51

Одной из причин замедления темпов экономического развития России является отсутствие достаточного объема денежной ликвидности в экономике, недостаток инвестиций. На первый взгляд кажется, что это исключительно экономическая проблема, и ее решение лежит в экономической плоскости. Но это не совсем так. Большое значение для инвесторов имеют устоявшиеся, понятные и прозрачные правила игры, закрепленные в нормативной базе. К сожалению, в настоящее время заметна определенная недооценка роли права в создании инвестиционного климата и решении первоочередных экономических и социальных задач.

Одним из перспективных инструментов решения этих задач могло бы стать создание эффективно работающего института ГЧП. На сегодня весь потенциал этого института в полной мере не раскрыт в первую очередь ввиду отсутствия полноценной правовой базы. Внедрение ГЧП, формирование его принципов и гарантий прав инвесторов на уровне нормативных документов, создание четких правил взаимодействия участников ГЧП позволят стимулировать частный бизнес к участию в реализации крупных и социально значимых проектов, государство — к инвестированию средств в эти проекты, а инвесторов — к вложению в российскую экономику.

ГЧП целесообразно использовать в тех сферах, где необходим высокий уровень первоначальных инвестиций; эффективность бизнеса, а потому привлекательность для инвесторов незначительны; существуют высокие риски, которые могут быть нивелированы госгарантиями; у самого государства недостаточно профильных компетенций или возможностей быстрого профессионального реагирования. Такими сферами приложения ГЧП могут стать медицина и фармацевтика, социальная защита, спорт, транспорт, экология, образование, связь, платежные сервисы.

В России сегодня нет базового федерального закона о ГЧП, определяющего принципы, порядок и условия применения этой особой формы взаимодействия (проектного финансирования) государства и бизнеса. Правовое регулирование ГЧП ограничивается главным образом Федеральным законом «О концессионных соглашениях». И хотя в некоторых субъектах РФ приняты региональные законы о ГЧП, чаще всего они носят декларативный характер. Более того, они просто не могут полноценно применяться, потому что нередко оспариваются федеральными органами исполнительной власти как противоречащие федеральному законодательству (различным законам о защите конкуренции, о государственных закупках и др.).

Поэтому первоочередной задачей в развитии полноценного ГЧП является создание базового федерального закона о ГЧП, который позволил бы:

1) определить четкие правила взаимодействия между государством и бизнесом, основанные в первую очередь на гражданско-правовых принципах, включая принцип равноправия сторон;

2) расширить сферы и формы применения ГЧП (определить, что объектами соглашений о государственно-частном партнерстве могут быть не только

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_078-084.indd 83 04.05.13 4:51

объекты инфраструктуры, но и иные объекты гражданских прав; установить возможность участия в рамках одного соглашения о государственно-частном партнерстве двух и более частных партнеров);

3) обеспечить на федеральном уровне государственных гарантий для частного партнера, возможность финансирования проектов ГЧП из госбюджета, а также компенсации расходов частного партнера, понесенных им при реализации соглашения о государственно-частном партнерстве;

4) увязать эти возможности с бюджетным законодательством.

В настоящее время соответствующий проект закона разработан и внесен Правительством на рассмотрение в Госдуму (№ 238827-6), 26 апреля он принят в первом чтении. Его появление — хороший знак для рынка. Вместе с тем существующий документ требует дополнительной проработки. В нем в явном виде не установлены принципы партнерства (в частности, принцип равенства участников, как это предусмотрено в ст. 124 ГК РФ), нет механизма долгосрочной гарантии участия частного партнера в проекте (в отличие, например, от Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», где гарантируется стабильность осуществления инвестиционного проекта). Из положений законопроекта можно сделать вывод о том, что предлагаемое регулирование направлено в основном на объекты инфраструктуры и исключают другие виды активов (например, радиочастотный спектр) или виды деятельности (например, не связанные с необходимостью эксплуатации инфраструктуры), что сближает его уже с существующем Законом о концессиях. Предлагается привлечение частных инвестиций, но бюджетное финансирование ГЧП-проектов, которое могло бы стать мощнейшим источником притока дополнительной ликвидности на российский рынок, напрямую законопроектом не предусматривается. По результатам доработки законопроекта мы заинтересованы в получении документа, который обеспечит многообразие возможных форм реализации ГЧП, будет увязан с бюджетным законодательством, сделает возможным финансирование проектов из госбюджета, подтвердит равенство участников партнерства на основе гражданско-правовых принципов.

Создание такого механизма ГЧП позволит реализовать проекты, которые государство и бизнес реализовать поодиночке не могут, поможет решению проблем в социальной сфере и развитии инфраструктуры, станет стимулом роста экономики России за счет увеличения объема денежной ликвидности в рыночном обороте, будет способствовать становлению международного финансового центра в России.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_078-084.indd 84 04.05.13 4:51

ЯЧЕВСКАЯ
Светлана Викторовна
директор правового департамента Министерства финансов РФ

Svetlana Yachevskaya
Director, Legal department, Ministry of Finance of the Russian Federation

ВОПРОСЫ ФИНАНСОВОГО ПРАВА НА ПЕТЕРБУРГСКОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ЮРИДИЧЕСКОМ ФОРУМЕ: ОБСУЖДАЕМ НОВЫЕ ВЫЗОВЫ

FINANCIAL LAW ISSUES AT THE ST. PETERSBURG INTERNATIONAL LAW FORUM: LET US DISCUSS NEW CHALLENGES

The Ministry of Finance of the Russian Federation, following the success of its round table at the II St. Petersburg International Legal Forum in 2012, which provoked great interest in professional legal and financial circles, is again hosting a round table on Legal Aspects of the Reform of Financial Regulation. The event will be in two parts.
Part one will be moderated by Sergei Storchak, Deputy Minister of Finance of the Russian Federation. The session will look for approaches and mechanisms for dealing with the legal aspects of financial market regulation (under the Financial Stability Board and the G20). Questions for discussion will include the background to and progress reports on reform of financial regulation in countries of the G20, the legal status and role of regulation and supervision of financial markets, the necessity for comprehensive supervision of all financial market players and institutions, the separation of powers between state bodies, etc.
Part one of the round table will discuss the increasing gap between financial regulators and developing financial markets, the creation of regulatory and supervisory mechanisms and the results of reforms in the area.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_085-088.indd 85 04.05.13 4:54

Part two will be moderated by Alexey Moiseyev, Deputy Minister of Finance of the Russian Federation. The session will cover the legal mechanism to establish a financial market regulatory and supervisory agency in Russia (the mega-regulator) and the potential problems of financial regulation reform given the specific application of the law in Russian practice.
Part two of the round table will include the background and aims of the creation of the Russian financial mega-regulator, the instruments available to the new agency to achieve the aims of financial regulation reform, the legal status of the mega-regulator which is to be created at the Bank of Russia and the problems of carrying out reform of financial regulation and creating the mega-regulator in the light of Russian legislation.

Министерство финансов РФ после успешно проведенного и вызвавшего большой интерес в профессиональных юридических и финансовых кругах круглого стола в рамках II Петербургского Международного Юридического Форума в 2012 г. вновь выступит организатором круглого стола «Правовые аспекты реформы финансового регулирования».

В рамках мероприятия будут представлены две сессии.

Модератором первой сессии выступит Сергей Анатольевич Сторчак, заместитель министра финансов РФ. Заседание будет посвящено поискам путей и механизмов решения правовых проблем регулирования финансовых рынков (в рамках деятельности Совета по финансовой стабильности и «Группы 20»). Планируется обсуждение таких вопросов, как предпосылки и промежуточные итоги реформ финансового регулирования в странах — участниках «Группы 20»; правовой статус и роль института регулирования и надзора на финансовых рынках; необходимость всеобъемлющего надзора за всеми субъектами и институтами финансовых рынков; разграничение полномочий между государственными институтами и пр.

Мировой финансовый кризис 2008–2009 гг. выявил серьезные недостатки системы регулирования и надзора на финансовых рынках. Результатом явились ее масштабные реформы. Ключевыми их направлениями в Евросоюзе, США и других странах стали усиление контроля над системными рисками на финансовом рынке, охват регулированием и надзором новых продуктов и услуг, внедрение механизмов предотвращения, раннего реагирования и разрешения кризисных ситуаций.

С целью анализа проблем и факторов уязвимости, затрагивающих мировую финансовую систему, определения мер по их преодолению, осуществления мониторинга, содействия разработке и совершенствованию международных кодексов добросовестной практики и стандартов, а также их применению в 1999 г. был образован Форум финансовой стабильности.

В 2009 г. на саммите «Группы 20» из-за новых угроз и рисков, возникших на глобальных финансовых рынках, было принято решение о преобразовании Форума финансовой стабильности в Совет финансовой стабильности.

В настоящее время в рамках Совета проводится активная работа по реформе глобальной системы финансового регулирования в соответствии с договоренностями, достигнутыми в ходе саммитов лидеров государств «Группы 20». Совет по финансовой стабильности также осуществляет постоянный мониторинг хода реализации указанных договоренностей и обеспечивает координацию процесса.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_085-088.indd 86 04.05.13 4:54

Работа в общей сложности ведется по 20 направлениям, среди них:

- повышение устойчивости банковской системы;
- мероприятия в сфере регулирования и надзора за системно значимыми финансовыми институтами;
- развитие макропруденциальных методов и инструментария регулирования в финансовом секторе;
- повышение качества и сближение подходов между различными стандартами финансовой отчетности;
- вопросы стабильности на финансовых рынках развивающихся стран и стран с формирующимися рынками и др.

Список инициатив постоянно расширяется, охватывая различные сферы финансовой деятельности.

Российская Федерация является полноправным членом Совета по финансовой стабильности. Представители Минфина России, Банка России и Федеральной службы по финансовым рынкам (ФСФР России) на постоянной основе участвуют в работе Совета, а также входят в состав действующих в его рамках комитетов и рабочих групп.

В рамках первой секции круглого стола предполагается обсуждение таких вопросов, как увеличение разрывов между финансовыми регуляторами и развивающимися финансовыми рынками, создание механизма регулирования и надзора за финансовыми рынками, а также результаты преобразований в данной области.

Модератором второй сессии выступит Алексей Владимирович Моисеев, заместитель министра финансов РФ. Заседание будет посвящено правовому механизму создания института регулирования и надзора за финансовыми рынками в России (мегарегулятора) и возможным проблемам реализации реформы финансового регулирования с учетом специфики российской правоприменительной практики.

В настоящее время в целях совершенствования системы нормативно-правового регулирования и надзора на финансовых рынках, включая консолидированный надзор, для повышения стабильности на финансовых рынках, обеспечения качественного анализа системных рисков финансовой системы Российской Федерации рассматривается вопрос о создании мегарегулятора — института, осуществляющего контроль и надзор за всем финансовым сектором.

Этот вопрос дискутируется с 1999–2000 гг. Впервые в России значительное исследование в данной области было проведено по запросу Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг. Необходимо отметить, что экономический анализ тогда показал преждевременность создания подобного института.

Сегодня предпосылки все те же: рост независимости регулирующих органов, недостаток финансовых ресурсов в государственном секторе (в том числе ввиду роста оплаты труда служащих), распыление функции нормативно-правового регулирования финансового рынка. Кроме того, опыт преодоления кризиса показал важность принятия оперативных решений по стабилизации финансовой системы, необходимость своевременного предоставления дополнительной ликвидности финансовому рынку, поэтому вопрос создания мегарегулятора снова стал актуальным.

Осуществление этого предполагается на базе Банка России путем передачи ему полномочий ФСФР России по нормативно-правовому регулированию (без наделения правом представлять в Правительство РФ проекты федеральных законов и проекты нормативных правовых актов Президента РФ и Правительства РФ). Помимо этого, предлагается передать Банку России функции контроля и надзора в сфере финансовых рынков, в том числе страховой деятельности, кредитной кооперации и микрофинансовой деятельности, деятельности товарных бирж, биржевых посредников и биржевых брокеров, формирования и инвестирования средств пенсионных накоплений и иные полномочия.

Накопленный опыт в области управления финансовыми активами и финансового контроля показывает, что классическое разделение государственных функций между финансовыми институтами государства не всегда приводит к эффективному управлению. Более того, постоянно развивающийся и совершенствующийся финансовый рынок (финансовая среда) требуют новых подходов к государственному управлению и выбора новых форм консолидации или объединения.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_085-088.indd 87 04.05.13 4:54

Сегодня роль Минфина России в системе финансовых институтов в стране приобретает еще большее значение, но при этом актуален вопрос о возможности использования существующего прогрессивного опыта иностранных юрисдикций, где мы наблюдаем усиление роли финансовых институтов, которые не входят в структуру правительства и вообще в структуру органов государственной власти. В связи с этим требует серьезного анализа возрастание значимости таких институтов, как Центральный банк РФ, финансовые агентства, мегарегуляторы.

В России в 2011 г. реализован первый этап реформы регулирования и надзора на финансовом рынке — принят Указ Президента РФ от 04.03.2011 № 270 «О мерах по совершенствованию государственного регулирования в сфере финансового рынка Российской Федерации». В результате его принятия полномочия по регулированию и надзору в сфере финансовых рынков распределены между тремя органами: 1) Минфин России отвечает за государственную политику на всем финансовом рынке; 2) нормативно-правовое регулирование осуществляется Минфином России, ФСФР России и Банком России в соответствующих сферах; 3) надзорные полномочия реализуются Банком России (в банковской сфере) и ФСФР России (на всем финансовом рынке, за исключением банковского сектора и аудиторской деятельности).

Вместе с тем в условиях консолидации компаний финансового сектора в финансово-банковские группы (объединяющие банковские институты, страховые организации, компании, действующие на рынке ценных бумаг) и оперативного перетока финансовых ресурсов между участниками группы, переноса рисков с одного участника на другого, надзор и регулирование ФСФР России и Банка России, осуществляемые в отношении входящих в указанные группы организаций, является фрагментарным и не позволяет увидеть целостную картину состояния финансового рынка и правильно оценить системные риски. В то же время крупнейшие риски макроэкономической дестабилизации на финансовых рынках связаны именно с такими группами.

Поэтому интеграция функций по регулированию и надзору за участниками всех секторов финансового рынка (кредитные, страховые, инфраструктурные, микрофинансовые организации, профессиональные участники рынка ценных бумаг, негосударственные пенсионные фонды) будет способствовать повышению стабильности на финансовом рынке, в том числе за счет снижения различия в регулятивных требованиях и обеспечения более качественного анализа системных рисков. Это приведет к повышению качества и эффективности регулирования и надзора (включая консолидированный) за указанными субъектами рынка и снижению административной нагрузки на них. Российский опыт преодоления финансового кризиса 2008 г. выявил важность оперативного принятия решений по стабилизации финансовой системы, предоставлению дополнительной ликвидности финансовым рынкам, что может быть более эффективно реализовано в рамках единого органа, осуществляющего консолидированный надзор.

В рамках второй секции круглого стола предполагается рассмотрение таких вопросов, как предпосылки и цели создания финансового мегарегулятора в России; инструменты нового института, отвечающие целям реформы финансового регулирования; правовой статус мегарегулятора, создаваемого на базе Банка России; проблемы реализации реформы финансового регулирования и создания мегарегулятора с учетом специфики российского законодательства.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_085-088.indd 88 04.05.13 4:54

СНЯТИЕ КОРПОРАТИВНОЙ ВУАЛИ В СУДЕБНОЙ И АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКЕ РОССИИ

LIFTING THE CORPORATE VEIL IN RUSSIAN JUDICIAL AND ARBITRATION PRACTICE

ГОЛЬЦБЛАТ
Андрей Александрович
управляющий партнер юридической фирмы *Goltsblat BLP*

Andrey Goltsblat
Managing partner,
Goltsblat BLP

The problems of identifying affiliation are often key to establishing a debtor's liability, assessing the legitimacy of company decisions and so on. At the moment, Russian law uses the legal test of direct control (through participation in authorised capital or management bodies or by belonging to the same group). At the same time, the owners of a legal entity often jointly influence its decisions without being formally related to each other. For example, a major creditor may often directly influence company decisions or block them by exerting debt pressure. The opposite is also true, for example a formal affiliate of an entity may hold more than a 20% ownership interest in an entity without exerting any decisive influence on its activities. Additionally, the current legislation does not contain a method of identifying an individual's affiliates, for example an individual entrepreneur. Therefore, they fall outside the regulatory scope of the concept of affiliation. This gives rise to a wide range of approaches and practices of enforcement.

Initially, the concept of affiliation found its way into the new draft of the Civil Code. However, the innovations were worded so broadly that dependence could be established without any criteria whatsoever, simply at the discretion of a court of law, and in relation to anybody. When preparing the draft law for its second reading, the working group of the State Duma excluded this article from the Civil Code on the grounds of regulatory redundancy.

The problem of affiliation is a separate issue in establishing third party liability before creditors in the event of lifting the corporate

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 89 04.05.13 6:02

veil. What does lifting the corporate veil actually mean? What are the situations in which the corporate veil may be pierced in Russia and to what extent? Should this concept be formalised in Russia? The session will discuss all of these questions in detail.
Representatives of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation, Russian, UK and German lawyers and experts from the UK College of Law will share their knowledge and experience.

Структурирование бизнеса, создание нескольких взаимосвязанных компаний, выполняющих различные функции, — давно проверенная и обычная стратегия, которая используется как в нормальных коммерческих целях (для облегчения управления, для распределения и минимизации рисков), так и в целях недобросовестных — сосредоточение всех активов на одной компании, а обязательств — на другой. Типичной судьбой компании, отягощенной только обязательствами, является последующая ликвидация либо банкротство. Вполне очевидно, что практически единственным шансом кредитора на возврат хотя бы части задолженности является взыскание долгов не с должника-«пустышки», а с его контролирующих лиц, которые обладают достаточными активами.

Следовательно, для защиты интересов добросовестного кредитора закону необходимо выйти за границы ответственности отдельного юридического лица и возложить его обязательства на иные лица, корпоративно и коммерчески связанные с должником. Проще говоря, нужно привлечь к ответственности не формально-юридическое образование — юридическое лицо, а бизнес как совокупность лиц и компаний, работающих для одной коммерческой цели в рамках единой стратегии и под единым управлением.

В этом суть снятия корпоративной вуали — разрушается правовая граница, созданная законным статусом автономного юридического лица, снимается вуаль и обнажается единая бизнес-структура, в которой одно звено может отвечать по долгам другого.

Для бизнеса ключевыми является анонимность и юридическая независимость юридического лица и в первую очередь общества с ограниченной ответственностью. Впервые этот принцип был установлен в Англии в 1897 г. в известном деле *Salomon vs. A. Salomon & Co*, когда обувной мастер Саломон продал свои акции компании «Саломон», где он также был акционером, по необычно высокой для того времен цене. Когда компания обанкротилась, кредиторы попытались взыскать долги с Аарона Саломона как с ее акционера. Именно тогда Совет лордов (прародитель Верховного суда Англии) и установил принцип автономности и независимости юридического лица как самостоятельного субъекта хозяйственного оборота. Вместе с тем с течением времени установленный принцип потребовал исключений в силу многочисленных злоупотреблений автономностью юридического лица и невозможностью защиты прав кредиторов. Так родилась идея снятия корпоративной вуали, т.е. допущения исключений из принципа индивидуальности и автономности юридического лица.

Во всех развитых станах снятие корпоративной вуали применяется достаточно часто. В большей степени, наверное, в США. При этом в доктрине самой идеи заложены две основные причины, при наличии которых вуаль может быть снята. Это использование компании в целях совершения мошенничества и использование компании исключительно в своих личных интересах так, как будто бы это было физическое лицо.

В России совсем недавно Высший Арбитражный Суд употребил данное словосочетание в своем Постановлении по делу «Парекс банка» (Постановление от 24.04.2012 № 16404/11), где он прямо сказал: «Предпринимательскую деятельность на территории РФ осуществляют именно ответчики, используя аффилированных лиц (доктрина „срывания корпоративной вуали“)».

Насколько допустима реализация идеи снятия корпоративной вуали в российской системе права и практике, мы попытались рассмотреть в данной статье.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 90 04.05.13 6:02

Столкновение принципов гражданского права

Несмотря на очевидную практическую пользу, концепция снятия корпоративной вуали не может и не должна применяться широко и без ограничений в спорах об ответственности юридических лиц и связанных с ними лиц. Если допустить неограниченное применение данной концепции, пострадает базовый принцип гражданского права — принцип автономности юридического лица *(separate personality)* и принцип ограниченной ответственности юридического лица *(limited liability)*.

На данных принципах построена вся система взаимодействия участников гражданского оборота, без их соблюдения невозможно применение большинства норм гражданского права и невозможна нормальная предпринимательская деятельность.

В российском законодательстве принципы автономности и ограниченной ответственности юридического лица отражены в двух статьях ГК РФ. «Учредитель (участник) юридического лица или собственник его имущества не отвечают по обязательствам юридического лица, а юридическое лицо не отвечает по обязательствам учредителя (участника) или собственника, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом либо учредительными документами юридического лица» (ст. 56 ГК РФ). «Дочернее общество не отвечает по долгам основного общества (товарищества)» (ст. 105 ГК РФ).

При этом, как мы указывали выше, бывают случаи, когда соблюдение принципов автономности и ограниченной ответственности приведут к ущемлению прав кредиторов — участников гражданского оборота и позволят избежать ответственности недобросовестным должникам.

Таким образом, происходит столкновение принципов законности и равенства участников гражданского оборота (и равного права на защиту их интересов) с принципами автономности и ограниченной ответственности юридических лиц. Данная коллизия на практике была решена с помощью установления четкого перечня критериев и условий, при наличии которых может быть применена концепция снятия корпоративной вуали. Эти критерии и условия частично закреплены в законе, частично формируются на уровне правоприменительной практики.

Нормы о субсидиарной ответственности взаимосвязанных лиц в российском законодательстве

Законодательное регулирование, которое может использоваться для правового обоснования снятия корпоративной вуали, в российском праве не является обширным. Можно отметить два комплекса применимых правовых норм:

- о субсидиарной ответственности контролирующих лиц в законодательстве о банкротстве (ст. 10 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности и банкротстве» (далее — Закон о банкротстве), ст. 56 ГК РФ);
- об ответственности основного общества по сделкам дочернего общества (ст. 105 ГК РФ).

Пункт 4 ст. 10 Закона о банкротстве: «Контролирующие должника лица несут субсидиарную ответственность по денежным обязательствам должника и (или) обязанностям по уплате обязательных платежей с момента приостановления расчетов с кредиторами по требованиям о возмещении вреда, причиненного имущественным интересам кредиторов в результате исполнения указаний контролирующих лиц или исполнения текущих обязательств при недостаточности имущества, составляющего конкурсную массу».

Пункт 5 ст. 10 Закона о банкротстве: «Руководитель должника несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника, если документы бухгалтерского учета и (или) отчетности… к моменту вынесения определения о введении наблюдения или принятия решения о признании должника банкротом отсутствуют или не содержат информацию об имуществе и обязательствах должника и их движении».

Пункт 2 ст. 105 ГК РФ: «Основное общество (товарищество), которое имеет право давать дочернему обществу, в том числе по договору с ним, обязательные для него указания, отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение таких указаний».

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 91 04.05.13 6:02

Таким образом, законодательная база для снятия корпоративной вуали в российском законодательстве есть. В то же время отношение кредиторов к спорам о субсидиарной ответственности всегда было скептическим. Прежде всего, неверие в эффективность данных норм при взыскании проблемных долгов основывается на сложности доказывания обстоятельств, при которых может быть применена субсидиарная ответственность к контролирующим лицам при банкротстве или к основному обществу. О проблемах доказывания мы подробнее поговорим ниже.

При этом стоит отметить, что, несмотря на сложности, было вынесено значительное количество положительных решений о привлечении к ответственности руководителей и учредителей должников-банкротов, а также иных лиц, не имеющих очевидных корпоративных связей с должником, причем, что ценно, такие решения нашли поддержку как на уровне судов округов, так и на уровне ВАС РФ, в качестве обоснования применялась п. 4 и 5 ст. 10 Закона о банкротстве[1]. Есть положительная практика и по спорам об ответственности основных обществ по долгам дочерних (споры по ст. 105 ГК РФ)[2].

Исходя из этого, можно заключить, что практика снятия корпоративной вуали российскими судами будет расширяться и развиваться. Председатель ВАС РФ А.А. Иванов в интервью газете «Коммерсантъ» 31 июля 2012 г. отметил, что не за горами то время, когда суды будут рассматривать проблемы снятия корпоративной вуали, если стороны будут заявлять такие требования; на формирование практики уйдет не менее двух лет.

Главным препятствием для развития института являются практические проблемы доказывания необходимых обстоятельств по подобным делам. Поскольку бóльшая часть обстоятельств, подлежащих доказыванию, относится к деятельности должника и связанных с ним лиц, нужная информация в основном содержится во внутренних хозяйственных и финансовых документах должника и этих лиц, а кредитор имеет довольно ограниченные возможности для получения доступа к этим документам, не говоря уж о возможности контролировать их сохранность и оберегать от искажения или исправления.

Именно невозможность доказать значимые для дела обстоятельства из-за отсутствия нужных доказательств (в основном из-за отсутствия доступа к архивам должника и связанных с ним лиц) вызывает большинство отрицательных решений по спорам о привлечении к субсидиарной ответственности[3].

Обстоятельства, подлежащие доказыванию при применении концепции снятия корпоративной вуали

Почему же представление доказательств по делам о привлечении к субсидиарной ответственности является столь сложным для кредитора? Ниже мы привели список основных обстоятельств, подлежащих доказыванию по таким делам. Данный список не является исчерпывающим и подробным, так как нашей целью было указать именно на те обстоятельства, доказывание которых вызывает наибольшие затруднения на практике.

Первая группа доказательств — доказательства, относящиеся к статусу должника и связанных с ним лиц. Применительно к ст. 105 ГК РФ нужно будет доказать, что должник является дочерним обществом потенциального основного общества, т.е. нужно доказать, что основное общество имело право давать дочернему обязательные указания. Применительно к ст. 10 Закона о банкротстве нужно доказать, что лицо, привлекаемое к субсидиарной ответственности, являлось контролирующим лицом должника, т.е. име-

[1] *См., напр.: Определение ВАС РФ от 11.02.2013 № ВАС-14858/12 (привлечение к ответственности руководителя должника); Постановления Президиума ВАС РФ от 06.11.2012 № 9127/12 (привлечение к ответственности руководителя должника); от 07.06.2012 № 219/12 (привлечение к ответственности собственника имущества должника); постановление ФАС Московского округа от 18.02.2013 по делу № А40-61071/11-103-66 (привлечение к ответственности участников и других контролирующих лиц).*

[2] *См., напр.: постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 06.06.2012 по делу № 70-7811/2011 (установление статуса основного и дочернего обществ на основе опосредованных связей внутри группы); ФАС Уральского округа от 23.05.2007 по делу № Ф09-8094/06-С4 (привлечение к ответственности основного общества); от 24.03.2005 по делу № Ф09-2962/05-ГК; ФАС Северо-Кавказского округа от 02.02.2005 по делу № Ф08-6595/2004 (за долг дочернего общества по договору поставки к ответственности привлекли основное общество).*

[3] *См., напр.: Определение ВАС РФ от 11.07.2011 по делу № ВАС 8023/11; постановление ФАС Московского округа от 11.01.2010 № КГ-А40/13661-09.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 92 04.05.13 6:02

ло право в течение менее чем двух лет до принятия судом заявления о признании должника банкротом давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия.

Вторая группа доказательств — доказательства, относящиеся к причинно-следственной связи между действиями контролирующих лиц / основных обществ и вредом, возникшим для компаний-должников вследствие их обязательных указаний. Установления самого факта связи между должником и контролирующим лицом / основным обществом недостаточно. Для снятия корпоративной вуали нужно доказать, что действия именно этого лица, исполнение его указаний привели к негативным имущественным последствиям.

Третья группа доказательств — иные доказательства. К ней можно отнести обычные для спора о взыскании долгов или убытков доказательства, в частности относящиеся к сумме, подлежащей выплате, к распределению ответственности между всеми лицами, привлеченными к субсидиарной ответственности, к соблюдению сроков исковой давности и к иным существенным для спора вопросам.

Ниже мы подробнее остановимся на первой и второй группах доказательств, поскольку именно они вызывают наибольшие затруднения на практике.

Доказательства, относящиеся к статусу должника и связанных с ним лиц

Проще всего, если между должником и контролирующим лицом / основным обществом имеется прямая корпоративная связь (например, ответчик — руководитель должника, или член его совета директоров, или обладает значительным пакетом акций либо долей в силу прямого или опосредованного участия в юридическом лице-должнике).

Однако простая ситуация встречается редко. Даже когда удается идентифицировать какую-то долю участия ответчика в юридическом лице — должнике, возникает вопрос, какой пакет в каждом конкретном случае обеспечивает возможность давать обязательные указания или иным образом определять действия должника. Однозначного ответа на него не имеется. В каждом случае суд проводит исследование всех обстоятельств, выясняя реальное положение дел, насколько активно участвовал ответчик в делах должника, контролировал ли его текущую деятельность. Во внимание могут приниматься самые разные обстоятельства и документы — содержание и оформление внутренних приказов должника, оформление отношений с руководителем должника, текущая деловая переписка.

Например, ФАС Московского округа (в постановлении от 18.02.2013 по делу № А40-64071/11-103-6Б) сделал следующие выводы. В отношении ООО «МКБ Инвест» суд согласился, что последнее, обладая долей участия в должнике, равной 1%, не имело возможности давать обязательные указания. Насколько можно сказать по судебным актам, доказательств иного воздействия в деле не имелось.

В то же время ФАС Уральского округа (постановление от 24.03.2005 № Ф09-2962/04-ГК) суд сделал следующие выводы в отношении ООО «Мотовилихинский сантехнический завод», которому принадлежала доля участия, равная 22%. «Из представленных в материалы дела документов видно, что директор ООО „Литейно-механический завод“ назначен на должность приказом по ООО „Мотовилихинский сантехнический завод“… По условиям своего трудового договора директор ООО „Литейно-механический завод“ обязан управлять обществом, согласно планам, утвержденным ОАО „Мотовилихинские заводы“, вопросы компетенции директора определяются, в частности, решениями общего собрания учредителей и Совета директоров ОАО „Мотовилихинские заводы“, вознаграждение директору ООО „Литейно-механический завод“ устанавливается решением директора ООО „Мотовилихинский сантехнический завод“…

Из изложенного следует, что вся хозяйственная деятельность ООО „Литейно-механический завод“ контролировалась ООО „Мотовилихинский сантехнический завод“».

Из приведенного судебного анализа видно, что судом во внимание принимался не количественный показатель — величина доли участия, а обстоятельства, свидетельствующие о реальном участии контролирующего лица в деятельности должника, и даже если пакет контролирующего лица был бы, к примеру, 5%, позиция суда вряд ли изменилась бы.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 93 04.05.13 6:02

Таким образом, при доказывании права на обязательные указания (статуса основного общества или контролирующего лица) нужно не ограничиваться выявлением каких-то прямых и косвенных связей через прямое или косвенное владение друг другом вовлеченных лиц, а стараться представить любые доказательства, свидетельствующие **о фактическом** контроле над деятельностью должника.

Еще одним примером применения критерия фактического контроля может стать дело постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 06.06.2012 по делу № А70-7811/2011. В рамках этого дела анализ судом фактического влияния вовлеченных лиц основывался на выявлении всех связей внутри группы, возникших в силу как прямого владения, так и акционерного соглашения, реальных служебных отношений с менеджерами.

Например, суд указал следующее: «Ответчики являются основными обществами по отношению к третьему лицу применительно к стратегическому партнерству. Компания „*TNK BP Limited*“ осуществляет корпоративный контроль над обществом „ТНК *BP* Холдинг“ через подконтрольные ей компании. Соглашение акционеров компании „*TNK BP Limited*“ определяет порядок осуществления корпоративного контроля со стороны компании „*TNK BP Limited*“ над группой ТНК *BP*, в том числе над обществом „ТНК *BP* Холдинг“. Компания *BP Russian Investments Limited* (акционер компании „*TNK BP Limited*“) имеет возможность определять решения, принимаемые третьим лицом через директоров от *BP*… директора, назначаемые акционерами компании „*TNK-BP Limited*“ не являются независимыми директорами. Директора от *BP* назначаются и отстраняются компанией „*BP Russian Investment Limited*“, соответственно, их деятельность направлена на реализацию интересов компании.

В связи с этим обоснованным является довод заявителя жалобы, что директора, назначенные акционерами компании, действуют согласно указаниям этих акционеров. Это следует также из смысла соглашения акционеров компании».

Как видно из приведенного отрывка, суд учел все выявленные связи: прямые корпоративные, основанные на акционерном соглашении, возникающие в силу назначения на должность директора. Критерием оценки этих связей является фактическая, а не формальная возможность влияния на деятельность подконтрольного лица.

Следовательно, даже при формальной корпоративной независимости каких-либо лиц и при отсутствии явных сделок между ними, которые могли бы быть использованы для доказывания связи, можно попытаться доказать отношения подконтрольности и право (возможность) на обязательные указания путем сбора доказательств, относящихся к фактическому влиянию одного лица на другое. Такое фактическое влияние, как видно из судебной практики, чаще всего обосновывается документами, относящимися к текущей деятельности: внутренние приказы, переписка, указания, инструкции, положения, прайс-листы, из которых усматривается фактическое участие контролирующего лица (основного общества) в принятии решений должником.

Доказательства, относящиеся к причинно-следственной связи между действиями (указаниями) контролирующего лица / основного общества и вредом, возникшим для должника

В случае если истцу удается доказать связь между должником и контролирующим лицом / основным обществом, то нужно преодолеть еще одну сложность — доказывание, что именно действия данного лица (его обязательные указания) стали причиной причинения вреда имуществу должника. На уровне судебной практики была сформирована концепция добросовестности, которая предполагает оценку действий контролирующего лица путем сопоставления его с абстрактным «разумным коммерсантом», «хорошим директором». Получается, что главным критерием оценки разумности или неразумности указаний контролирующего лица является их коммерческая целесообразность, наличие разумной деловой цели и выгоды как потенциального результата.

Часто ответчик пытается ссылаться на отсутствие своей вины в причинении убытков, понимая вину как прямой умысел, т.е. заранее обдуманное намерение причинить имущественный вред должнику. Если бы суды приняли эту позицию, то доказывание для истца стало

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 94 04.05.13 6:02

бы крайне сложным, так как неудачное финансовое решение контролирующего лица всегда можно было бы расценить как добросовестную ошибку.

Однако в судебной практике можно найти иной подход. В частности, Конституционный Суд РФ в Определении от 08.04.2010 № 453-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы компании „Ланкренан Инвестментс Лимитед“ на нарушение конституционных прав и свобод положениями п. 3 ст. 6, п. 1 ст. 71, п. 2 ст. 84 ФЗ „Об акционерных обществах“ и п. 4 ст. 393 ГК РФ» указал: «В отношении ответственности основного общества за причиненные его действиями убытки действуют общие принципы ответственности, установленные ГК РФ... В частности, согласно ст. 401 ГК РФ основанием ответственности является вина в любой форме (либо в форме умысла, либо в форме неосторожности); лицо признается невиновным, если оно при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась, приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства (п. 1); доказывание же отсутствия вины в причинении убытков основным обществом дочернему возлагается указанной статьей ГК на **ответчика** (здесь и далее в цитатах выделено нами. — *А.Г., Е.Т.*)…

При таких обстоятельствах разрешение вопроса об основаниях и условиях привлечения к ответственности основного общества требует исследования **реального** положения дел, исходя из **фактической роли основного общества** в возникновении убытков дочернего, в связи с чем объективно возрастает значение судебного контроля со стороны арбитражных судов, рассматривающих вопросы имущественной ответственности основного общества как с точки зрения наличия в его действиях необходимой степени заботливости и осмотрительности, так и риска, неоправданного по условиям оборота, наличия деловых просчетов при отчуждении имущества по существенно заниженной цене, при выборе контрагента и (или) при подготовке условий сделки».

В приведенной выше позиции КС РФ отражены сразу несколько важных принципов, которые могут облегчить истцам доказывание по делам, требующим снятия корпоративной вуали.

1. Принцип приоритета сути правоотношений над их формой. Во внимание принимаются не формальные признаки контроля, а реальная роль контролирующего лица / основного общества в деятельности должника.

2. Концепция добросовестности (правило «разумного коммерсанта»). При оценке действий контролирующего лица / основного общества проверяется, насколько они коммерчески разумны, грубые просчеты, сделки без выраженной деловой цели или заведомо убыточные — основания для привлечения к ответственности и снятия корпоративной вуали.

3. Бремя доказывания добросовестности и осмотрительности своих действий по отношению к должнику лежит на ответчике — контролирующем лице / основном обществе.

Распределение бремени доказывания

Наиболее типичной стратегией ответчика в спорах о субсидиарной ответственности является стратегия молчания, непредоставления истцу каких-либо сведений и доказательств, относящихся к хозяйственной деятельности ответчика или должника. Расчет простой — у истца самостоятельной возможности получить доступ к документам ответчика нет, следовательно, доказать основные обстоятельства (право на обязательные указания и причинно-следственную связь этих указаний с убытками должника) он не сможет и проиграет.

Часто эта тактика срабатывает и оказывается эффективной. В то же время в судебной практике можно выделить две тенденции. Согласно одной из них, если обстоятельства, существенные для дела не установлены (неважно, по чьей вине), то оснований для удовлетворения иска нет, вторая рассматривает пассивную позицию при предоставлении доказательств в качестве согласия ответчика с позицией истца, перекладывая тем самым бремя доказывания на ответчика — контролирующее лицо. Приведем примеры судебных дел для каждой из отмеченных тенденций.

Первая тенденция. «Для привлечения лица к субсидиарной ответственности необходимо установить наличие у него права давать обязательные указания… наличие причинной связи, а также вину лица в наступлении банкротства» (постановление ФАС Поволжского округа от 17.10.2012 по делу № А65-3524/2009).

Вторая тенденция. «Причинение контролирующим лицом вреда кредиторам презюмируется, доказывать

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 95 04.05.13 6:02

вину контролирующего лица взыскателям не требуется, а бремя доказывания отсутствия вины и добросовестности своих действий возлагается именно на контролирующее лицо» (постановление ФАС Московского округа от 18.02.2013 по делу № А40-64071/11-103-6Б).

Полагаем, что правильный подход все же в соблюдении баланса интересов сторон и в распределении бремени доказывания в равной степени между истцом и ответчиком. В то же время при явной пассивности ответчика и политике намеренного сокрытия доказательств такие действия должны расцениваться судом как обстоятельство, свидетельствующее о недобросовестности ответчика, которое может быть истолковано в пользу позиции истца при условии, что истец обосновал свои доводы всеми доступными ему достоверными доказательствами. Насколько полными и убедительными должны быть доказательства истца при политике молчания ответчика — вот вопрос, на который пока нет четкого ответа. Представляется, что в такой ситуации у истца все же должны быть некоторые преимущества, если он представил доказательства настолько полно, насколько было в его силах.

Интересным с точки зрения формирования судебной позиции по отношению к бремени доказывания в делах, связанных со снятием корпоративной вуали, стало Постановление Президиума ВАС РФ от 06.03.2012 № 12505/11): «Нежелание представить доказательства должно квалифицироваться исключительно как отказ от опровержения того факта, на наличие которого аргументировано со ссылкой на конкретные документы указывает процессуальный оппонент. Участвующее в деле лицо, не совершившее процессуальное действие, несет риск последствий такого своего поведения».

Таким образом, ВАС РФ согласился, что пассивность ответчика должна рассматриваться как признание истцом позиции истца, но лишь при условии, что позиция истца является аргументированной.

Влияние снятия корпоративной вуали на разрешение процессуальных вопросов

Другим громким судебным делом, которое привлекло общее внимание, стало Постановление ВАС РФ от 24.04.2012 № 16404/11. Спор между сторонами касался применимой юрисдикции и компетентного суда для рассмотрения спора. В частности, значимым для разрешения спора обстоятельством было наличие или отсутствие у стороны («Парекс банка») представительства на территории Российской Федерации. От установления этого обстоятельства в числе прочего зависел исход спора о том, может ли российский суд рассмотреть спор между лицами, вовлеченными в дело.

Важность данного дела в том, что ВАС РФ прямо упомянул термин «срывание корпоративной вуали», рассматривая вопрос о статусе двух формально независимых компаний, и сослался на практику Суда справедливости Европейского союза. В частности, ВАС указал: «Предпринимательскую деятельность на территории РФ осуществляют именно ответчики, используя аффилированных лиц (доктрина «срывания корпоративной вуали»)…

Филиал или представительство считаются существующим даже в том случае, если юридическое лицо не имеет собственного юридически оформленного подразделения на территории иностранного государства, но тем не менее ведет деятельность на данной территории через независимую компанию».

Таким образом, ВАС РФ признал представительством формально независимое юридическое лицо, и этот вывод может быть использован для разрешения процессуального вопроса о юрисдикции.

Многосторонний арбитраж и снятие корпоративной вуали

Концепция снятия корпоративной вуали или подход, близкий к ней, может использоваться при разрешении вопросов, возникающих при ведении многосторонних коммерческих арбитражей. Как известно, сторонами одного арбитражного процесса могут быть лишь лица, на которые в силу тех или иных оснований распространяется соглашение о передаче споров в арбитраж (арбитражная оговорка). На практике это приводит к тому, что иногда с трудом удается добиться рассмотрения в одном арбитражном процессе тесно связанных требований.

Например, в основном кредитном договоре имеется арбитражная оговорка (подписанная заемщиком и банком), а в договорах поручительства, по которым

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 96 04.05.13 6:02

поручителями выступают третьи лица, такой оговорки нет, либо она подписана только третьим лицом — поручителем и банком. Возникает процессуальная дискуссия: можно ли рассмотреть в одном арбитражном процессе требования к поручителям и заемщику при условии, что отсутствует единое, подписанное всеми арбитражное соглашение? При этом поручители и заемщик — компании взаимосвязанные, фактически управляемые одной группой физических лиц. Они действуют согласованно и в рамках единой стратегии.

Помимо процессуальных доводов, относящихся к объему арбитражной оговорки (имеет значение, широкая или узкая оговорка была включена в договор), в качестве аргумента в пользу рассмотрения всех требований в рамках одного арбитражного разбирательства можно привести аргумент о том, что все договоры были заключены в рамках одного проекта и для одной экономической цели. Ссылки на такие критерии используются в практике арбитражных институтов как основание для совместного рассмотрения требований[4].

Эта концепция близка к снятию корпоративной вуали, так как она тоже обнажает фактические отношения и коммерческую суть единой сделки, игнорируя формальную независимость, обусловленную правовым статусом юридического лица.

Универсальные критерии для применения концепции снятия корпоративной вуали

И в рассмотренном выше Постановлении ВАС РФ от 24.04.2012 № 16404/11, и в других спорах о субсидиарной ответственности можно найти два признака, установление которых судом дает основания для снятия корпоративной вуали. Эти признаки не являются единственными, но без сомнения существенны при решении вопроса о возможности игнорирования принципа автономии юридического лица.

Противоправная цель. Данный признак сводится к тому, что в сделках, заключенных во исполнение указаний контролирующего лица / основного общества отсутствует коммерческий смыл, деловая цель, они неразумны, не направлены на коммерческую выгоду. Они заключены в иных противоправных целях — например, в данном Постановлении ВАС была идентифицирована цель обхода российского банковского контроля.

Расхождение формального статуса лица, правоотношения и его реальной роли. Как видно из проанализированной нами в статье судебной практики, в делах о снятии корпоративной вуали чаще всего происходит переоценка формально независимого статуса лица и обнажение его реальной роли в бизнесе должника. То же происходит и с правоотношениями, если сама по себе организационная структура не имеет коммерческого смысла, иного чем обеспечение формальной независимости одного лица от другого, то такая структура и отношения внутри нее рассматриваются, исходя из фактической, а не из формально-юридической ситуации. Следовательно, расхождение коммерческой сути и юридической формы можно выделить как один из признаков, при наличии которых возможно снятие корпоративной вуали.

[4] *Final Award ICC case № 5971, published in Swiss Arbitration Association Bulletin.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 97 04.05.13 6:02

Особое мнение / *Special Opinion*

ПОЛОНСКИЙ
Майкл

партнер *Berwin Leighton Paisner LLP*

Michael Polonsky

Partner, Berwin Leighton Paisner LLP

СНЯТИЕ КОРПОРАТИВНОЙ ВУАЛИ

PIERCING THE CORPORATE VEIL

One of the most important developments in the history of Western commerce was the authorisation (by a British statute of 1855) of the use of the limited liability company. This allowed an investor to invest in a business but at the same allowed him to limit his liability, in the event of a failure of the business, to the amount he had invested as share capital in the corporation. The decision of the House of Lords in 1897 in Salomon v Salomon recognised a corporation as having a legal personality separate and distinct from its shareholders. As a result, the corporation could acquire rights which its shareholders could not exercise independently of the company and obligations for which the shareholders were not liable.

The separation of the rights and obligations of a company from those of its shareholder-owners is referred to as "the corporate veil".

There are however circumstances where the veil of incorporation can be pierced. The main statutory exceptions are:

1. A shareholder cannot bring a claim for damages for an injury done to the company; only the company can bring that claim; and whether a claim is in fact brought by a company is to be decided by the principle of majority decision by the shareholders. However, where a shareholder considers that the affairs of a company have been conducted in a manner unfairly prejudicial to the interests of its members generally or of some part of its members, he may petition the court for relief which will include an injunction to prevent the prejudicial conduct continuing. This remedy is available where the unfair prejudice was caused by the actions of a controlling parent company.

2. If during the course of the winding-up of a company it appears that any business of the company had been carried on with the intention of defrauding creditors, then (on the application of the liquidator)the court can declare that any individual who participated in that intention should contribute to the company's assets in an amount determined by the court.

3. The main common law exception is that the corporate veil can be pierced if the corporation is being used as a façade to conceal the true facts or as

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 98 04.05.13 6:02

a device or as a deliberate attempt to mislead. An example might be where a man contracts to sell a piece of land to a third party, and then, wishing to avoid the sale, transfers ownership of the land to a company that he owns. The corporation will be treated as "a device or a sham" and its separate legal existence will be ignored. In order to pierce the corporate veil between a parent and its subsidiary, it will be necessary to prove that the group company structure is a sham. However in the ordinary case a company will be entitled, if it so chooses, to arrange the affairs of its group in such a way that the business carried on in a particular foreign country is the business of its subsidiary and not its own, and it is usually lawful to use a corporate structure to isolate liabilities within certain companies in a group. Where a subsidiary is incorporated for a genuine commercial reason, operates a genuine business, and has a genuine corporate existence, the corporate veil will not be pierced and the parent will not be liable for the activities of its subsidiary.

In Antonio Gramsci Shipping Corp & Ors v Stepanovs [2011] EWHC 333 an attempt was made to pierce the corporate veil by seeking to hold the "puppet master" bound to an agreement (such as a jurisdiction agreement) which was entered into by a corporation which perpetrated a fraud and which was said to be the mere puppet of its controlling shareholder. In one of these cases the judge stated that "There is in my judgment no good reason of principle or jurisprudence why the victim cannot enforce the agreement against both the puppet company and the puppet(eer) who, all the time, was pulling the strings."

However this departure from principle was soon reversed by the Court of Appeal in VTB v Nutritek International Corp [2012] EWCA Civ 808. There the court held that piercing the veil in the circumstances permitted in Gramsci was an extension of the law in a way which lacked a legally principled basis. The Court of Appeal drew a clear distinction: the corporate veil can be pierced by the court on a discretionary basis in order to grant a remedy against a controlling party in just and convenient circumstances. However, it cannot be pierced so as to regard the controlling party as having been a party to the company's contract. To do so contradicts the fundamental principle that the corporation has a separate legal personality from its shareholders. Once the veil has been created by the incorporation of a company, the court cannot treat those in control of the company as parties to the company's contracts.

Одним из важнейших этапов в истории развития коммерческих отношений на Западе стало разрешение на использование организационно-правовой формы компании с ограниченной ответственностью (на основании Статута Великобритании 1855 г.). Этот шаг обеспечил инвестору возможность инвестировать в бизнес и в то же время в случае неудачи ограничить свою ответственность размером взноса в акционерный капитал корпорации. Решением палаты лордов 1897 г. по делу *Salomon v. Salomon* корпорация признавалась лицом, обладающим собственной правосубъектностью, отдельной от правосубъектности ее акционеров. Вследствие этого подобная корпорация могла приобретать как права, которые ее акционеры не могли осуществлять неза-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 99 04.05.13 6:02

висимо от компании, так и обязательства, за исполнение которых акционеры не несли никакой ответственности.

Отделение прав и обязанностей компании от прав и обязанностей ее владельцев-акционеров именуется корпоративной вуалью.

Однако существует ряд обстоятельств, в которых корпоративную вуаль можно снять. Основные предусмотренные законом исключения сводятся к следующему.

1. Акционер не может подавать иск о возмещении убытков за ущерб, причиненный компании, такие иски могут быть заявлены только самой компанией. При этом вопрос о фактической подаче компанией иска решается на основании резолюции, принимаемой большинством голосов акционеров. Однако если акционер считает, что дела компании велись в порядке, незаконно ущемляющем интересы всех или какой-либо части ее участников, он может обратиться в суд с ходатайством о принятии обеспечительных мер, включая судебный запрет, направленный на предотвращение причиняющих вред действий в будущем. Это средство судебной защиты предоставляется, если неправомерное ущемление интересов было вызвано действиями контролирующей материнской компании.

2. Если в ходе ликвидации компании окажется, что какая-либо осуществляемая ею экономическая деятельность была направлена на совершение мошеннических действий в отношении кредиторов, суд может (по заявлению ликвидатора) постановить, что любому лицу, участвовавшему в реализации такой цели, надлежит внести вклад в имущество компании в размере, установленном судом.

3. Главным исключением, предусмотренным в общем праве, является возможность снятия корпоративной вуали, если корпорация используется в качестве фасада для сокрытия фактов, а также применяет какую-либо схему или намеренно пытается ввести в заблуждение. Примером может служить ситуация, когда лицо заключает договор о продаже земельного участка третьему лицу, а затем, желая избежать продажи, передает право собственности на землю принадлежащей ему компании. Корпорация в таком случае рассматривается как фиктивная или мнимая структура, при этом ее статус самостоятельного юридического лица не учитывается. Снятие корпоративной вуали между материнской и дочерней компаниями требует установления мнимого характера структуры группы компаний. Однако в обычных условиях компания по своему решению вправе организовать дела своей группы таким образом, чтобы деятельность, осуществляемая за рубежом в конкретной стране, была деятельностью ее дочерней компании, а не ее самой, поскольку обычно использование корпоративной структуры для изолирования обязательств внутри отдельных компаний группы является правомерным. Если дочерняя компания учреждена на подлинно коммерческих основаниях и имеет подлинно корпоративную форму, снять корпоративную вуаль нельзя, а материнская компания не несет ответственность за действия дочерней компании.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 100 04.05.13 6:02

Так, стороной по делу *Antonio Gramsci Shipping Corp & Ors v. Stepanovs*[1] была предпринята попытка снятия корпоративной вуали путем заявления требований об обязании «кукловода» к исполнению договора (пророгационного соглашения), заключенного совершившей мошеннические действия корпорацией, которая, как утверждалось, была всего лишь марионеткой контролирующего ее акционера. В одном из таких дел судья отметил следующее: «По моему мнению, никаких веских принципиальных или обусловленных судебной практикой оснований, по которым пострадавшая сторона не может привести договор в исполнение как в отношении марионеточной компании, так и ее постоянно „дергавшего за нитки кукловода“, не существует»[2].

Однако такой отход от принципа вскоре был пересмотрен Апелляционным судом Англии и Уэльса в деле *VTB v. Nutritek International Corp*[3], где суд постановил, что снятие корпоративной вуали в обстоятельствах, допущенных в деле *Gramsci*, представляет собой расширение сферы действия закона, не основанное на принципах права. Апелляционный суд четко разграничил: суд по своему усмотрению может снять корпоративную вуаль для обеспечения средства правовой защиты в отношении контролирующего лица в обоснованных и целесообразных обстоятельствах. Однако корпоративная вуаль не может быть снята для того, чтобы контролирующее лицо рассматривалось в качестве стороны — участницы заключенного компанией договора. Это противоречит фундаментальному принципу, согласно которому корпорация обладает собственной правосубъектностью, отличной от правосубъектности ее акционеров. Как только в результате учреждения компании возникает корпоративная вуаль, суд не может рассматривать лиц, контролирующих указанную компанию, в качестве сторон заключаемых ею соглашений.

---

[1] *[2011] EWHC 333.*
[2] *Ibid.*
[3] *[2012] EWCA Civ. 808.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 101 04.05.13 6:02

Особое мнение / *Special Opinion*

Ульрих Блех
партнер *Hengeler Müller*

Ulrich Blech

Partner, Hengeler Müller

АФФИЛИРОВАННОСТЬ: МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА — АФФИЛИРОВАННЫЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА ПО ГЕРМАНСКОМУ ПРАВУ

AFFILIATION: INTERNATIONAL PRACTICE — AFFILIATED LEGAL ENTITIES IN GERMAN LAW

German law has had long experience of the rules which are applicable to affiliates or groups of companies. In essence, it pioneered the international legal practice of having such relations governed by legislation. Where a controlled company is a corporation (Aktiengesellschaft) the rules applying to relations within the group are specified by the German Stock Corporation Act. The Act provides for subordination agreements (Beherrschungsvertrag) among companies in the group. Consequently the ability of a controlling company to take a dominating position in relation to (that is, to control) a controlled company is enshrined in law, but, on the other hand, it also accepts liability for all of the latter's losses.

In the absence of any such agreement the controlling company is obliged, case by case, to indemnify the controlled company for any loss or harm sustained as a result of carrying out negative instructions received from the controlling company in relation to its activity. Moreover the management board (Vorstand) of the controlled company is obliged to make an annual report to the supervisory board (Aufsichtsrat) on relations with affiliated companies listing all transactions concluded in the past financial year with controlled companies or any other legal entity affiliated to them.

Thus German law provides various different schemes of organisation and responsibility among affiliated companies, which avoids the necessity of lifting the corporate veil on a dependent or controlled company. The reason for that approach is that, on one hand, the ability of the dominant company to control legal entities subordinate to it is enshrined in law and, on the other, subordinate companies are indemnified against any loss or damage arising from that situation. Hence German law deals with the problems arising from relations among affiliates by imposing obligations to indemnify losses within the group of affiliates rather than by means of direct liability of controlling companies to the creditors of controlled companies.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 102 04.05.13 6:02

Германское право имеет длительный опыт в отношении правил, применяемых к аффилированным лицам или группам компаний. По сути, оно выступило в качестве первопроходца в международной правовой практике законодательного регламентирования этих отношений. Если контролируемая компания является акционерным обществом *(Aktiengesellschaft)*, правила применяемые к отношениям внутри группы регулируются германским Законом об акционерных обществах. Закон предусматривает заключение соглашения о подчинении одного предприятия другому в рамках концерна *(Beherrschungsvertrag)*. Как следствие, контролирующая компания имеет, с одной стороны, установленную правовыми нормами возможность занимать доминирующую позицию по отношению к подконтрольной компании (т.е. контролировать ее), но, с другой стороны, на нее ложится и обязанность компенсировать совокупность убытков последней.

При отсутствии подобного соглашения контролирующая компания обязана в каждом конкретном случае возместить подконтрольной компании ущерб, возникший у нее в результате выполнения инструкций, поступивших от контролирующей компании в отношении ее деятельности. Более того, правление *(Vorstand)* контролируемой компании обязано предоставлять наблюдательному совету *(Aufsichtsrat)* годовой отчет об отношениях с аффилированными компаниями, перечисляя все сделки, которые были заключены в течение предыдущего финансового года с контролирующей компанией или другими аффилированными с последней юридическими лицами.

Таким образом, германское право предусматривает различные схемы распределения ответственности между аффилированными компаниями, благодаря чему избегает необходимости снятия корпоративной вуали с зависимой и контролирующей компаний. Причинами такого подхода являются законодательно закрепленная возможность доминирующей компании контролировать подчиненные ей юридические лица и компенсация связанных с таким положением недостатков, убытков и ущерба подконтрольным компаниям. Тем самым германское право решает проблемы, возникающие из отношений аффилированности, посредством наложения обязательства по возмещению убытков внутри группы аффилированных лиц, а не с помощью прямой ответственности контролирующей компании перед кредиторами подконтрольной компании.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_089-103.indd 103 04.05.13 6:02

ДЕЛЕГИРОВАННАЯ СОБСТВЕННОСТЬ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

DELEGATED OWNERSHIP: FORMULATION OF THE PROBLEM

ГАЛЬПЕРИН
Михаил Львович
Директор департамента экономического законодательства Министерства юстиции РФ

Mikhail Galperin
Director of the Department of the Economic Legislation, Ministry of Justice of the Russian Federation

The III St. Petersburg International Legal Forum discussion table on "Delegated Ownership as a Form of Asset Protection: Risks and Opportunities" will consider the issues of protection and proper management of business assets (shares, equity, real estate property, etc). The discussion will cover management of assets both during the life of the business owner and upon his/her inheritance.
The session's aim is to review critically the mechanisms, offered by national legal systems (special legal entities, private foundations, trusts and other forms), which intend to provide the owner with the greater flexibility in realising of his/her plans regarding the property, in particular upon inheritance, and to facilitate an exchange of knowledge and best practices among leading Russian and foreign lawyers in structuring business asset management schemes.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_104-107.indd 104 04.05.13 5:08

На круглом столе «Делегированная собственность как форма защиты активов: риски и возможности» будут рассматриваться вопросы, связанные с обеспечением безопасности и надлежащим управлением бизнес-активами (акциями, долями участия, недвижимостью и т.д.). При этом предметом обсуждения будет как прижизненное управление активами, так и управление активами в период после открытия наследства владельца бизнеса.

Целями проведения круглого стола являются рассмотрение предложений по созданию правовых механизмов (специальное юридическое лицо, частный фонд, траст и иные формы), позволяющих более гибко реализовывать волю владельцев активов по управлению их имуществом, в том числе при наследовании имущества. Еще одна задача круглого стола — обмен знаниями и опытом между ведущими российскими и иностранными юристами, владеющими практическими навыками в сфере структурирования схем по управлению бизнес-активами, а также между признанными зарубежными и отечественными учеными, проводящими научные исследования в сфере управления имуществом.

Планируется участие представителей зарубежных университетов, иностранных юридических и аудиторских фирм, ведущих научных учреждений России, а также государственных служащих из различных государств.

Актуальность выбранной для круглого стола темы подтверждается тем, что действующее в России законодательство и правоприменительная практика, по мнению ряда экспертов, не приспособлена для того, чтобы сформировать конструкцию, которая давала бы собственнику активов возможность решить вопрос об эффективном управлении имуществом и при его жизни, и после смерти. Кроме того, отсутствуют механизмы, которые позволяли бы использовать «гибкую» методологию управления имуществом (например, устанавливать очереди бенефициаров при управлении имуществом, определять порядок голосования по акциям и долям в уставных капиталах хозяйственных обществ).

Улучшение правового регулирования вопросов защиты и реализации прав на имущество непосредственно связано с задачами по повышению привлекательности российской юрисдикции, деофшоризации экономики.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_104-107.indd 105 04.05.13 5:08

Особое мнение / *Special Opinion*

ЧУМАК
Наталия Сергеевна

партнер юридической фирмы *Field Fisher Waterhouse*

Natalia Chumak

Partner, Field Fisher Waterhouse LLP

ТРАСТ КАК ОСНОВНАЯ ФОРМА ДЕЛЕГИРОВАННОЙ СОБСТВЕННОСТИ

TRUST AS A FORM OF DELEGATED OWNERSHIP

There are a number of legal mechanisms available in common law jurisdictions which provide for indirect ownership of assets. Two of the most common mechanisms which English dispute lawyers often come across are trusts and nominee shareholders.This article briefly examines the underlying issues relating to these mechanisms which should be taken into account when considering their introduction into a legal system.

Существует несколько форм делегированной собственности и управления. С точки зрения юриста, занимащегося корпоративными спорами, наиболее часто встречающейся формой является траст, который может принимать разные виды. Принято выделять две ключевые характеристики траста.

1. Траст позволяет отделить юридическое право собственности от бенефициарного.

2. Бенефициар имеет право ожидать от попечителей *(trustees)*, что они будут управлять его собственностью в его интересах.

С точки зрения английского права трасты возникают либо на договорных условиях, либо налагаются на стороны законом. Наложение законом включает траст, созданный в результате действий законодательства, а также так называемый конструктивный траст, который возникает помимо намерения сторон и направлен на предотвращение недобросовестного обогащения.

Трасты обладают следующими основными преимуществами.

1. Нейтральность. При принятии решения на попечителях лежит обязанность объективно оценить интересы всех заинтересованных лиц.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_104-107.indd 106 04.05.13 5:08

2. Четко определенная структура, которая позволяет сохранить актив. Это означает, что обязательства попечителей четко определены, и в случае нарушений на них лежит персональная ответственность.

3. Гибкость. Возможность создать траст относительно приобретения или отчуждения любого актива.

4. Налоговые преимущества. Если лицу актив не принадлежит, то с него не полагается сбор налогов в отношении этого актива.

У трастов есть и свои недостатки.

1. В случае недобросовестности попечителя, номинального акционера или директора бенефициарный собственник рискует тем, что его собственность может быть присвоена незаконным путем. Но при условии существования устойчивых и продуманных правовых механизмов собственник сможет вернуть свою собственность и получить компенсацию, однако это потребует времени и затрат.

2. Существование личной ответственности попечителя может действовать в качестве фактора, сдерживающего его действия. В случае большой обеспокоенности возможной личной ответственностью попечитель может нерешительно относиться к любым действиям. Такой риск можно снизить путем четкого определения полномочий попечителя и предоставления ему гарантий по возмещению убытков *(indemnity)*.

Для того чтобы создать систему трастов, необходим комплексный подход к изменению законодательства, включающий следующие мероприятия.

1. Концептуальное признание законодательством превалирования сути над формой. Российское законодательство излишне формализировано, что нередко приводит к ситуации, когда работающая на практике концепция законодательно не признается, потому что не соответствует строгим и негибким нормам. Таким образом, зачастую превалирует то, что написано на бумаге, а не то, что фактически происходит. Это порождает злоупотребления и безнаказанность.

2. Законодательное признание концепции юридической и бенефициарной собственности.

3. Разработка комплекса мер, позволяющих создать баланс между вышеназванными преимуществами и недостатками.

4. Анализ и внесение дополнительных изменений в законодательство, необходимых для интеграции концепции траста;

5. Мониторинг последствий появления трастов и их влияния на другие существующие правовые институты.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_104-107.indd 107 04.05.13 5:08

ПЕПЕЛЯЕВ
Сергей Геннадьевич
управляющий партнер компании *Pepeliaev Group*

Sergey Pepeliaev
Managing partner,
Pepeliaev Group

РЫНОК ПРАВОВЫХ УСЛУГ: КОНТУРЫ РЕФОРМЫ

THE LEGAL SERVICES MARKET: THE OUTLINES OF REFORM

On 28 March 2013 the Russian government approved State Programme "Justice" which is designed to address a whole series of problems fundamental to jurisprudence and legal assistance. One priority is to impose order on the market in legal services.
The RF Ministry of Justice carrying forward the provisions of the State Programme is working to produce a concept for the reform of the Russian market in legal services. As yet the draft document has not been divulged to anyone outside the ministry.
Non-governmental organisations and professional associations of advocates and lawyers are avidly discussing and drafting amendments to the Federal Law "On advocacy and the Bar in the Russian Federation" and the Code of Professional Ethics of Advocates.
State Programme "Justice" proposes economic incentives to unify the legal profession, i.e. making it attractive for unaffiliated lawyers and law firms to join the Bar.
However, large law firms cannot exist if they are forced into traditional advocacy formats conceived originally for individual advocates serving individual clients principally in criminal cases. They can operate successfully only if allowed to adopt legal forms appropriate to organisations doing business on a large scale. All demands peculiar to advocacy can then also be met. What conditions the Law on the Bar must provide to make that possible I shall attempt to describe in this article.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 108 04.05.13 5:13

Факты и ожидания

Быстро поедем?

После долгих лет обсуждений *реформирование рынка юридических услуг переходит в активную стадию*.

28 марта 2013 г. Правительством РФ одобрена государственная программа «Юстиция», направленная на решение целого ряда принципиальных задач в сфере правосудия и правовой помощи. Одно из основных направлений программы — упорядочение рынка правовых услуг.

В развитие ее положений Министерство юстиции РФ ведет работу по подготовке концепции реформирования рынка юридических услуг РФ. Пока оно ни с кем не поделилось проектом этого документа.

Общественные организации и профессиональные объединения адвокатов и юристов активно обсуждают и формируют поправки в Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатуре), Кодекс профессиональной деятельности адвокатов.

Предложения, касающиеся реформы юридической профессии, содержатся и в разработанных Высшим Арбитражным Судом РФ поправках в Арбитражный процессуальный кодекс РФ. Предлагается резко ограничить круг лиц, допущенных представлять чьи-либо интересы в арбитражных судах.

Определенная работа начинается и в Государственной Думе РФ. В октябре 2012 г. председатель Госдумы дал поручения профильным комитетам провести анализ состояния рынка юридических услуг в Российской Федерации, организовать парламентские слушания и по итогам работы внести предложения по поддержке и развитию рынка, повышению конкурентоспособности его участников. 21 января 2013 г. в Госдуме состоялось обсуждение проблем развития адвокатуры.

Определенные параметры будущей реформы профессии содержатся в Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ 12 декабря 2012 г. Основной проблемой отечественной правовой системы Президент назвал проблему *бегства от юрисдикции* и поставил задачу по *деофшоризации российской экономики*.

Одна из целей и одновременно инструмент деофшоризации — *развитие отечественного рынка правовых услуг*. Оно предполагает расширение и укрепление российских юридических компаний (адвокатских образований), способных оказывать качественные услуги крупным индустриальным клиентам. Именно юристы этих компаний в наибольшей степени заинтересованы в том, чтобы сделать российскую юрисдикцию привлекательной, ибо не имеют другой среды для работы и не намерены повышать привлекательность какой-то иной юрисдикции и пропагандировать применение иностранного права.

Рынок юридических услуг: официальные оценки

Государственная программа «Юстиция» дает сложившемуся рынку правовых услуг следующие характеристики.

Это разрозненная структура, представленная тремя крупными категориями участников: адвокатами, нотариусами и частными (коммерческими) юридическими консультантами (юридические фирмы и индивидуальные предприниматели).

Частные консультанты находятся вне рамок государственного регулирования профессии, для них не установлены писаные этические правила. Они доминируют в области оказания услуг бизнесу. Адвокатура утратила традиционную монополию на оказание юридических услуг и стала периферийной областью юридического консультирования.

В нерегулируемой части рынка наблюдается недостаточно высокий уровень профессионализма юристов, так как они не обязаны подтверждать свою квалификацию, не связаны Кодексом профессиональной этики. Из-за существования этой части рынка невозможно исключить недобросовестных лиц из юридического сообщества.

Нетрудно заметить логическое несоответствие этих оценок.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 109 04.05.13 5:13

Поскольку отсутствует государственное регулирование деятельности «неорганизованных» юридических консультантов, отсутствует и какой-либо протекционизм: у них нет иного способа добиться доминирования в области оказания услуг бизнесу, кроме как выигрывать в конкуренции с традиционными адвокатами. А это значит, что неверными, противоречащими выводу о доминировании являются суждения о недостаточно высоком общем уровне профессионализма и низких стандартах качества работы юридических консультантов, не входящих в корпорацию адвокатов или нотариусов.

Не исключено, впрочем, что есть и юристы с крайне низкой квалификацией, но они есть в обоих секторах: услуги очень многих российских адвокатов и при наличии регулирования профессии — далеко не эталон качества.

Следовательно, современная ситуация показывает, что государственное регулирование профессии само по себе не приводит к повышению качества оказания услуг. *Рынок и рыночные механизмы справляются с этим гораздо лучше*.

Куда двигаться?

Задача состоит в том, чтобы, реформируя юридическую профессию, сохранить все, что уже сейчас располагает к себе бизнес, предпочитающий приобретать услуги не у традиционных адвокатов, а у «неорганизованных юристов». Иначе вместо желаемого — повышения привлекательности российской юрисдикции — мы получим обратный эффект.

Но как раз выводов о том, что же по оценкам самого бизнеса является привлекательным при выборе юридического консультанта и к чему надо стремиться, в том числе и методами правового регулирования, в государственной программе «Юстиция» нет. Возможно, Минюст обратит на это внимание при разработке концепции реформирования рынка юридических услуг.

Главный вывод из сложившейся ситуации таков: чтобы «традиционная» адвокатура перестала восприниматься как рудимент советской эпохи, стала привлекательной для новой категории потребителей правовых услуг, сформированной современной экономикой, необходимо в Закон об адвокатуре добавить рыночности, конкурентности во всех их проявлениях. Надо по-новому взглянуть на ее роль и задачи.

Пора перестать рассматривать вопросы реформирования адвокатуры только с традиционной точки зрения отношений «адвокат — гражданин» с ее устоявшимися легендами об адвокате — благородном рыцаре, бессребренике. Пора перестать постоянно твердить, что адвокатская деятельность — это не способ зарабатывания денег, а некоммерческая деятельность, беззаветное служение обществу, что у адвокатов не существует клиентов (а следовательно, и понятия «клиентский сервис»), а есть только доверители. Сейчас многими такой прием воспринимается как шарлатанство, как неказистый способ обоснования льгот по налогам, адвокатских привилегий. И льготы, и привилегии адвокатам чрезвычайно нужны. Они неотъемлемо присущи профессии. Их нужно сохранять и даже развивать, но не прибегая при этом к демагогическим и устаревшим обоснованиям и тем более не отказываясь по этим надуманным причинам привносить в Закон об адвокатуре реальную жизнь.

В общем-то, реформирование адвокатуры по рыночной модели встречает больше сопротивления внутри самой адвокатуры (многих, но далеко не всех адвокатов, в том числе и в составе руководства адвокатуры), а не со стороны государства. Председатель Правительства РФ и министр юстиции называют ожидающие адвокатуру перемены реформой рынка правовых услуг. Государственная программа «Юстиция» ставит задачу развития *бизнес-адвокатуры*, правда, последней в списке задач, относящихся к ее реформированию. Но еще недавно сам этот термин был крамольным в среде «традиционных» адвокатов, не признающих существования каких-либо бизнес-проявлений в адвокатской деятельности.

Больно не будет?

Государственная программа «Юстиция» предлагает объединить профессию методом экономических стимулов, т.е. через создание привлекательных условий вхождения в адвокатуру «неорганизованных» юристов и юридических фирм. Министр юстиции А.В. Коновалов назвал это *«безболезненным преодолением дуализма в профессии юридических консультантов»*.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 110 04.05.13 5:13

Однако о том, что для этого нужно сделать, программа «Юстиция» говорит в самых общих чертах.

Не предлагается сразу вешать замок на двери для всех неадвокатов, но предлагается «разграничить сферу ответственности адвокатов и всех иных юридических консультантов». По некоторым видам услуг адвокатура станет единственным субъектом оказания услуг. Не исключается постепенное введение адвокатской монополии на ведение дел в суде.

Процессуальные преимущества адвокатов планируется существенно повысить, наделить их более высоким статусом.

По мнению авторов программы, эти «экономические стимулы привлекут в адвокатуру тех специалистов, которые сегодня выбирают юридические отделы корпораций и консалтинговые компании».

Но предлагаемых нововведений далеко не достаточно для того, чтобы создать адвокатуре привлекательность, сформировать реальные экономические стимулы для осознанного добровольного присоединения к адвокатуре «неорганизованных» юристов. Если задуматься, то пока речь в программе идет на самом деле *о создании невыносимых условий для тех, кто останется вне адвокатуры*, так что единственным выходом для них будет вступление в ее ряды. Можно ли назвать это экономическим стимулом? Вряд ли.

Ниже приводится перечень задач, которые действительно необходимо решить, чтобы создать ситуацию, при которой внутри адвокатуры смогут работать и развиваться крупные адвокатские коллективы, способные эффективно оказывать качественные услуги российскому и международному бизнесу, содействовать повышению инвестиционной привлекательности России, продвижению российского права и российских государственных и третейских судов.

Необходимые условия создания крупных и конкурентоспособных российских адвокатских образований

Крупный юридический бизнес не может существовать в традиционных формах адвокатских образований, изначально рассчитанных на индивидуальную деятельность адвокатов по обслуживанию потребностей физических лиц, прежде всего, в уголовно-правовой сфере. Он может успешно действовать только в тех правовых формах, которые применяются для организации масштабной хозяйственной деятельности. При этом можно обеспечить и соблюдение всех специфических требований, которые предъявляются к деятельности адвоката. Для этого в Законе об адвокатуре необходимо предусмотреть следующие условия.

Организационные условия

1. Создать возможность формировать адвокатские образования на принципах хозяйственных обществ и товариществ.

Необходимо дополнить Закон об адвокатуре новыми формами адвокатских образований: адвокатская компания/фирма (юридическое лицо, основанное на долевом участии адвокатов) и партнерство с ограниченной ответственностью (основой взаимоотношений адвокатов является партнерский договор). Возможно, но менее предпочтительно для тех же целей изменить правовой статус адвокатского бюро.

Можно, и не нарушая традиций, т.е. не объявляя деятельность адвокатуры предпринимательской, реализовать через эти формы адвокатских образований все те преимущества для ведения бизнеса, которые есть у образований коммерческих:

- адвокатские образования должны получить возможность приобретать имущественные и неимущественные права и обязанности;
- учредителями адвокатской фирмы (бюро), партнерства могут быть исключительно адвокаты РФ;
- возможность закрепления различных статусов адвокатов-учредителей и иных адвокатов, которые могут состоять с адвокатским образованием в отношениях, сходных с трудовыми;
- возможность организации структуры управления, характерной для хозяйствующих субъектов;
- возможность заключения партнерского договора, распределения прибыли между адвокатами-партнерами;

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 111 04.05.13 5:13

- возможность наследования долей адвокатов-партнеров либо продажи долей при условии сохранения контроля (51% долей участия) за адвокатами.

2. Ограничить гражданскую ответственность адвокатов (адвокатских образований) перед доверителями.

Необходимо предусмотреть возможность полного или частичного ограничения имущественной ответственности адвокатов и адвокатских образований. Основания и размер ответственности должны определяться договором адвоката (адвокатского образования) и доверителя.

Возможность и алгоритм страхования профессиональной ответственности адвоката (адвокатского образования) должны определяться законом.

3. Установить возможности для защиты интеллектуальной собственности, принадлежащей адвокатским образованиям.

Адвокатские образования должны иметь возможность регистрировать товарные знаки и фирменные наименования, защищенные законом.

4. Унифицировать систему взимания НДС.

Крайне необходимо распространить налоговый режим по НДС, установленный для налогообложения коммерческих операций, на оказание правовых услуг адвокатских образований хозяйствующим субъектам — юридическим лицам. Применение льготы по НДС, установленной в действующем Налоговом кодексе РФ, ко всем адвокатским услугам для бизнес-адвокатуры приводит к масштабным убыткам.

Льгота по НДС должна быть сохранена при оказании услуг гражданам.

5. Расширить возможности для деятельности стажеров (помощников адвокатов).

Адвокаты могут нанимать стажеров (помощников). Необходимо наделить их некоторыми полномочиями, которые позволили бы им практиковать до получения статуса адвоката. Такие полномочия применительно к участию в судопроизводстве должны быть разумно широкими (ознакомление с делом, заявление устных доводов в судебном заседании и др.), а исключаться по общему правилу должны лишь специально оговоренные в доверенности согласно законодательству о судопроизводстве (подписание искового заявления и т.п.) полномочия.

Стажеры и помощники по истечении определенного периода должны получать статус адвоката без сдачи экзамена.

6. Предусмотреть благоприятные переходные положения.

Необходимо установить упрощенную процедуру перерегистрации юридических фирм, не являющихся адвокатскими образованиями, в одну из форм адвокатских образований.

Особые условия необходимо установить в отношении сотрудников таких фирм. Надо предусмотреть такой механизм принятия в адвокатуру практикующих юристов, который обеспечит беспрепятственный (без экзамена) переход в адвокатуру опытных юристов-практиков, в настоящее время не имеющих адвокатского статуса. Например, установить, что за получением адвокатского статуса без экзамена могут обратиться лица, отвечающие следующим требованиям:

- наличие высшего юридического образования, полученного в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования в России или странах СНГ, либо ученой степени;
- стаж работы в организациях, оказывающих в России платные юридические услуги, не менее трех лет;
- соответствие иным требованиям, установленным для кандидатов в адвокаты.

Следует предоставить возможность получения статуса адвоката на основании определенного стажа работы (5–7 лет) в адвокатском образовании в качестве помощника или стажера адвоката, а квалификационный экзамен сделать необходимым только для досрочного получения статуса (до достижения указанного стажа).

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 112 04.05.13 5:13

Условия конкурентоспособности

В связи с тем что в новой ситуации закон об адвокатуре и адвокатской деятельности фактически будет выполнять роль закона о регулировании юридической профессии, он должен предусматривать и ряд других положений, отделяющих профессию адвоката от смежных занятий и охраняющих ее от размывания и подрыва ее конкурентоспособности на консультационном рынке.

Для этого необходимо предпринять следующие шаги.

1. Дать определение понятию «юрист, квалифицированный по российскому праву».

Юристом, квалифицированным по российскому праву, т.е. имеющим право оказывать платные юридические услуги на постоянной основе по российскому праву (допущенным к практике в РФ), должно быть лицо:

- получившее российское высшее юридическое образование;
- свободно владеющее русским языком;
- являющееся адвокатом РФ (сдавшее квалификационный экзамен в адвокатской палате).

2. Дать определение понятиям «юридическая услуга» и «правовая помощь».

Конституция РФ содержит понятие «квалифицированная юридическая помощь», которое требует раскрытия в законе.

Необходимо указать признаки тех видов деятельности, которыми вправе заниматься исключительно лица, квалифицированные по российскому праву. Иначе представители смежных специальностей под шумок будут практиковать в сфере юридического консалтинга под иными вывесками, что и сейчас наблюдается повсеместно, например среди аудиторов.

Необходимо закрепить за адвокатами неотъемлемое право практиковать во всех отраслях права и всех видах юридического консалтинга (за исключением сферы деятельности нотариусов, разумеется), чтобы смежники не отщипывали отдельные участки и направления работы, как сейчас, к примеру, налоговые консультанты пытаются закрепить исключительно за собой весь консалтинг по вопросам налогообложения.

В целях защиты потребителей правовых услуг необходимо установить, что только адвокаты, а в ряде случаев — их стажеры и помощники, вправе подписывать юридические документы, в том числе консультации, меморандумы, содержащие информацию, советы, рекомендации по российскому праву.

3. Установить условия деятельности адвокатов РФ, исключающие фактическое вступление адвоката в трудовые отношения с неадвокатскими образованиями.

Адвокат может вести адвокатскую деятельность только в составе адвокатского образования, предусмотренного Законом об адвокатуре.

Адвокатам (адвокатским образованиям) должно быть запрещено получать гонорар иначе как за услуги, оказанные непосредственно получателям правовой помощи. Указанное ограничение не должно распространяться на занятия научной и преподавательской деятельностью, деятельность по урегулированию споров в качестве медиатора, третейского судьи, работу в органах адвокатских организаций, участие адвокатов в советах директоров публичных акционерных обществ, работу в качестве арбитражных управляющих и получение соответствующего вознаграждения.

Адвокат вправе получать вознаграждение от другого адвоката или адвокатского образования за услуги по оказанию правовой помощи по вопросам правовой специализации, территориальной специфики и др. при условии сохранения полной финансовой и иной независимости.

4. Установить условия, исключающие посредничество третьих лиц в отношениях между адвокатом и клиентом.

Адвокат (адвокатское образование) должен напрямую заключать договор о правовой помощи с лицом, которому она оказывается.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 113 04.05.13 5:13

Возможные исключения (соглашение с родственником арестованного лица; помощь по узкоспециализированным вопросам адвокатам-генералистам и др.) не должны иметь признаков посредничества.

Наименование адвокатского образования должно указываться в соглашении об оказании юридической помощи, заключаемом адвокатом, в документах, направляемых адвокатом доверителю. Доверителю должны раскрываться все адвокатские образования, участвующие в процессе оказания услуг.

Указанное ограничение не исключает возможности совместной работы российских адвокатских образований с иностранными юридическими фирмами, адвокатскими образованиями из других регионов и адвокатскими образованиями с иной специализацией при сохранении полной финансовой и иной независимости.

Органы адвокатского самоуправления необходимо наделить полномочиями оценивать соответствие такого сотрудничества нормам законодательства в спорных случаях.

5. Установить условия, исключающие для российских адвокатов возможность создавать адвокатские образования для третьих лиц.

Необходимо установить запрет на любые формы зависимости от любых лиц, не являющихся адвокатами (адвокатскими образованиями): зависимость в принятии решений, несамостоятельное ведение бухгалтерского учета либо участие в консолидированной финансовой отчетности какой-либо группы и др.

Должны быть введены ограничения для создания иных индивидуальных альянсов, нежели участие в сетевых организациях, объединяющих независимых юристов (юридические компании) и адвокатские образования на основе единых стандартов качества и сервиса.

Адвокатам (адвокатским образованиям) должно быть запрещено систематически передавать часть своего гонорара в какой-либо форме (выплата комиссионных и т.п.) в пользу третьих лиц, что является подтверждением зависимости данного адвоката (адвокатского образования) от таких лиц. Запрет не распространяется на случаи, когда адвокату (адвокатскому образованию) были оказаны услуги.

Необходимо ограничить или исключить возможность использования наименований сетевых международных фирм и иностранных фирм, ввести запрет на франшизу.

Должно быть запрещено выплачивать роялти в связи с использованием иностранных наименований, «правовых ноу-хау» и т.п.

6. Внести изменения в сопутствующее законодательство.

Арбитражный, Гражданский, Уголовный процессуальные кодексы РФ и Кодекс РФ об административных правонарушениях должны содержать положение о том, что представительствовать в судах по всем категориям дел, а также в госорганах при рассмотрении дел об административных правонарушениях могут только адвокаты РФ, стажеры (помощники) адвокатов РФ либо штатные юристы хозяйствующих субъектов.

Законодательство о поставках товаров для государственных муниципальных нужд (о Федеральной контрактной системе) необходимо дополнить нормой о приоритете закупок у адвокатов и адвокатских образований РФ. Данное требование может быть установлено также и в отношении хозяйствующих обществ, которые контролируются (более 50%) государством.

Публичным образованиям, а также хозяйствующим субъектам, контролируемым российскими публичными образованиями, необходимо вменить в обязанность включать в заключаемые ими контракты положения о применении к ним российского права, а также другие аналогичные меры.

Условия допуска на рынок

В связи с присоединением России к договору о ВТО при реформировании юридической профессии необходимо соблюдать его положения и не допускать нарушений международных обязательств. Но и отечественный рынок правовых услуг должен быть защищен от нарушения зарубежными коллегами по-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 114 04.05.13 5:13

ложений российского законодательства. Для этого в Законе об адвокатуре необходимо предусмотреть следующее.

1. Установить принцип взаимности при приеме в адвокатуру РФ иностранных граждан.

Иностранный гражданин, получивший российское юридическое образование, может стать адвокатом РФ (допущен к сдаче квалификационных экзаменов) только в том случае, если в стране его гражданства российский гражданин, получивший соответствующее национальное юридическое образование, может стать адвокатом этой страны.

2. Установить ограничения для работы иностранных юристов, не квалифицированных по российскому праву.

Такие юристы могут оказывать платные юридические услуги по праву страны, в которой они квалифицированы как юристы, только:

- будучи аккредитованными адвокатской палатой в РФ (включенными в реестр иностранных адвокатов) для самостоятельной деятельности в РФ;
- если они работают по найму в адвокатском образовании РФ и самостоятельно не вступают в договорные отношения с получателями правовой помощи;
- если они работают по найму в иностранной юридической фирме, действующей в РФ на основе полученной лицензии.

3. Установить ограничения для оказания правовых услуг на территории РФ для лиц, созданных в порядке, отличном от предусмотренного Законом об адвокатуре.

Такие юридические лица могут оказывать услуги только по праву страны, в которой квалифицирован их персонал. Они не могут оказывать услуги по российскому праву, если не являются адвокатским образованием РФ.

Такие лица также могут оказывать услуги только на основе лицензии, выдаваемой Минюстом при подтверждении квалификации персонала.

Охранительные условия

Закон об адвокатуре должен содержать ряд охранительных норм, предостерегающих от его нарушения. В связи с этим необходимо предусмотреть следующее.

1. Установить административную ответственность за ведение юридической практики без статуса адвоката.

Невозможно добиться создания организованного рынка без преследования тех, кто действует за пределами его контура. На этапе тестирования реформы следует ограничиться мерами административной ответственности.

2. Установить меры ответственности для адвокатов и тех, кто содействует им в нарушении установленных правил.

Предусмотреть механизмы контроля за деятельностью адвокатских образований, позволяющие выявлять нарушения и несоответствие стандартам профессии, кодексу профессиональной этики. Усилить функции саморегулируемой адвокатской организации.

Необходимо также предусмотреть отзыв или приостановление действия лицензии на оказание правовых услуг в случае обнаружения фактов нарушения установленных требований или создания условий для нарушения адвокатами (адвокатскими образованиями) установленных правил адвокатской деятельности.

3. Принять меры по деофшоризации юридического бизнеса.

Предусмотреть, что нарушение правил налогообложения и бухгалтерского учета, принятых в РФ, является основанием для отзыва Минюстом лицензии, выданной для оказания правовых услуг.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 115 04.05.13 5:13

Особое мнение / *Special Opinion*

ГОРОДИССКИЙ
Андрей Михайлович

управляющий партнер
Адвокатского бюро
«Андрей Городисский
и Партнеры»

Andrey Gorodissky

Managing partner, Andrey
Gorodissky & Partners

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ РЕФОРМЫ РЫНКА ЮРИДИЧЕСКИХ УСЛУГ

REFORM OF THE LEGAL SERVICES MARKET

In his article devoted to the impending large-scale reform of the legal services market in Russia Dr Andrey Gorodissky discusses key aspects of the modernization of the current Law on Attorneys' Activities and Advocacy in the Russian Federation and proposes amendments to ensure legal preconditions for further development of national bar associations and advocacy and facilitate admittance to the bar. The author points out the necessity for a full-fledged regulatory basis for new forms of bar associations, such as limited liability partnership and law firm.

Одобренная 28 марта 2013 г. Правительством РФ государственная программа «Юстиция» содержит описание наиболее принципиальных направлений реформы рынка юридических услуг в России, которые в целом были положительно восприняты сообществом практикующих юристов. Однако совершенно очевидно, что успех юридической реформы будет зависеть прежде всего от тех концептуальных положений, которые будут разработаны Министерством юстиции РФ, и от того, как эти концептуальные положения будут реализованы в соответствующих законах.

Уже несколько лет в профессиональном сообществе идет активная дискуссия о том, каким образом должен быть реорганизован рынок юридических услуг. Сейчас практически уже ни у кого не осталось сомнений в том, что наиболее целесообразным является объединение всех участников рынка (адвокатов и практикующих юристов, не имеющих статуса адвокатов) в *единую адвокатскую корпорацию*. Полагаю, что не имеет смысла еще раз подробно обсуждать те преимущества, которые имеет именно такой подход к реформированию рынка юридических услуг. Совершенно очевидно, что таким образом будут созданы условия для применения (1) единых стандартов качества предоставленных услуг, (2) единых правил профессиональной этики, (3) единых правил и процедур для получения статуса адвоката, а также (4) единых правил и критериев дисциплинарной практики.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 116 04.05.13 5:13

Однако с практической точки зрения создание единой адвокатской корпорации будет означать, что не имеющие статус адвокатов практикующие юристы должны будут его получить и влиться в ряды действующей адвокатуры. И в этом заключается один из важнейших вопросов реформы рынка юридических услуг: новое регулирование должно обеспечить *комфортный переход в адвокатуру практикующих юристов, не имеющих статуса адвокатов*. За последние пятнадцать лет эти юристы стали заметными игроками на рынке юридических услуг, в особенности в области обслуживания бизнеса, добившись существенного развития своих структур и высокого уровня профессиональной репутации. В их структурах сложились определенные отношения между партнерами, в том числе и имущественного характера. Если новое регулирование вынудит их ломать сложившиеся взаимоотношения, то, по моему глубокому убеждению, реформа будет обречена на провал и не принесет обществу и государству тех результатов, на которые мы все рассчитываем. А это, в свою очередь, означает, что действующий Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатуре, Закон) должен быть кардинально изменен. Принятый более десяти лет назад и сыгравший чрезвычайно важную роль в объединении адвокатуры в начале 2000-х, сегодня он во многом устарел и не отвечает современным требованиям рынка.

Прежде всего это касается форм осуществления адвокатской деятельности. Те, что предписаны адвокатам действующим Законом, основаны на концепции индивидуальной работы адвоката с клиентом, традиционно свойственной советской адвокатуре. Единственная форма, весьма отдаленно напоминающая то, что принято называть в современном деловом обороте «юридической фирмой», — адвокатское бюро. Однако для всех адвокатов, работающих в подобных образованиях, давно очевидно, что заложенное в Законе регулирование деятельности адвокатских бюро не стимулирует и не создает правовых условий для создания крупных национальных юридических фирм. Наоборот, оно является эффективным тормозом такого развития национальных игроков на рынке юридических услуг России. Аргументов, подтверждающих правильность этого тезиса, предостаточно, и они давно и хорошо известны всем членам нашего профессионального сообщества.

С учетом этого я считаю необходимым введение в Закон об адвокатуре двух новых форм осуществления адвокатской деятельности, отвечающих современным требованиям рынка и обеспечивающих комфортный переход в адвокатуру коллег, не имеющих сегодня статуса адвоката. Это партнерство с ограниченной ответственностью и адвокатская фирма. При этом хотелось бы особо подчеркнуть, что ныне существующие формы адвокатских образований (адвокатский кабинет, коллегия адвокатов и адвокатское бюро) должны быть сохранены в практически неизменном виде. Это предложение обусловлено прежде всего тем, что тысячи наших коллег на протяжении многих лет используют эти формы в своей деятельности и многие из них считают их вполне приемлемыми и удобными. Новый Закон должен давать адвокатам больше выбора, и те из них, кто предпочитает индивидуальную форму работы с клиентами, продолжат работу в существующих образованиях, а те, кто специализируется на обслуживании бизнеса и хочет создавать крупные адвокатские структуры,

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 117 04.05.13 5:13

смогут выбрать для своей работы предложенные новые формы. При этом необходимо понимать, что создание крупных практик, специализирующихся на многих областях права, это не амбициозная цель определенного круга адвокатов, это прежде всего жесткое требование российского бизнеса, которому адвокатские практики должны соответствовать. Именно поэтому нам необходимы новые современные формы организации нашей деятельности. Не следует бояться разумного многообразия форм адвокатских образований — пусть адвокаты имеют возможность осознанного, а не вынужденного выбора.

Несколько слов о предлагаемых новых формах адвокатских образований.

Партнерство с ограниченной ответственностью (ПОО), имеющее статус юридического лица

За последние двадцать лет в странах с наиболее развитым юридическим бизнесом наши зарубежные коллеги перешли от использования полных партнерств (с неограниченной ответственностью партнеров) к созданию ПОО. Это было результатом абсолютно закономерного и естественного развития юридического бизнеса и связано прежде всего с колоссальным уровнем материальной ответственности при совершении профессиональной ошибки в области обслуживания бизнеса и в некоторых категориях уголовных дел. У нас нет необходимости проходить этот тяжелый путь еще раз и самостоятельно (памятуя, например, о многочисленных исках к партнерствам, часто заканчивавшихся банкротством партнеров в США), гораздо прагматичнее использовать чужой опыт и сразу оказаться в «пункте назначения», вместе с наиболее продвинутыми юрисдикциями.

Естественно, ПОО должны быть обязаны указывать размер ограничения ответственности в договорах с доверителями и в уставе (это публичный документ, в отличие от партнерского договора, являющегося частным конфиденциальным документом).

Партнеры ПОО не должны иметь права собственности (в том числе и косвенного) на имущество партнерства. Это позволит (1) сохранить возможность освобождения от уплаты налога на имущество (по аналогии с бюро), (2) даст возможность максимально гибко регулировать финансовые отношения между партнерами, а также (3) изменение состава партнеров будет осуществляться исключительно на основании положений партнерского договора путем присоединения к партнерству или выхода из него без необходимости решать вопросы, связанные с разделом или выделением какого-либо имущества или выплатой его стоимости.

Все поступления от коллективной совместной деятельности партнеров должны являться их общей долевой собственностью и распределяться между ними в соответствии с положениями партнерского договора. При этом новый Закон об адвокатуре должен предоставлять партнерам максимальный уровень свободы в определении этих положений.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 118 04.05.13 5:13

Адвокатская фирма (АФ), имеющая статус юридического лица

Основные характеристики АФ:

1) учредителями/участниками могут быть только адвокаты;

2) дееспособность АФ должна быть ограничена законом и уставом исключительно осуществлением адвокатской деятельности[1];

3) адвокатские фирмы обязаны указывать свой статус и размер уставного капитала во всех договорах с доверителями.

Я отчетливо понимаю, насколько дискуссионной является сама постановка вопроса о новых формах адвокатских образований. Однако следует иметь в виду, что при наличии в Законе таких форм нашим коллегам, которые должны будут влиться в ряды адвокатов, не придется ломать складывавшиеся годами внутренние (прежде всего имущественные и финансовые) и внешние взаимоотношения. Единственное, что им будет грозить, — простая регистрация новой редакции устава.

Следующая проблема, которую необходимо разрешить в новом Законе, — *определение различных статусов адвокатов, работающих в образованиях, занимающихся коллективной адвокатской деятельностью* (адвокатское бюро, ПОО и АФ, если такие или подобные формы появятся в новом Законе). Действующий Закон безнадежно устарел в этом вопросе и препятствует развитию адвокатских образований и их практики.

Я считаю, что необходимо ввести два статуса адвоката, работающего в коллективном адвокатском образовании: адвокат-партнер и ассоциированный адвокат. Выбор того или иного статуса зависит от самого адвоката и результатов его переговоров с коллегами из конкретного адвокатского образования. В первом случае он становится участником партнерского договора, во втором заключает гражданско-правовой договор с партнерством и работает в интересах всех партнеров по поручениям их доверителей. Размер вознаграждения за такую работу может быть определен по договоренности сторон, т.е. ассоциированного адвоката и партнерства адвокатов, и выражаться в том числе в фиксированной сумме, выплачиваемой за определенный временной период. Такие соглашения не должны квалифицироваться как трудовые отношения и подпадать под действие Трудового кодекса РФ.

Закрепление в Законе *возможности адвоката работать на других адвокатов* — давно обсуждаемая в сообществе и в Минюсте тема, и большинство придерживается мнения, что подобное положение должно появиться в новом Законе.

---

[1] *Это связано с одним из фундаментальных принципов работы адвоката — его независимостью. Очевидно, что любая коммерческая деятельность автоматически создает риск потери или ограничения независимости адвоката, в то время как доверители всецело полагаются на то, что их адвокаты независимы.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 119 04.05.13 5:13

Также представляется, что из нового Закона должен быть исключен ужасающий анахронизм, пришедший из советской эпохи, — *термин «помощник адвоката»*. Наличие этого положения в Законе и вынужденное применение этого убогого определения в отношении работающих в коллективных адвокатских образованиях юристов, не имеющих статуса адвоката, является еще одним тормозом в развитии российского юридического бизнеса и ставит нас в неравное положение по отношению к иностранным юридическим фирмам. Сейчас мы не имеем возможности выстроить нормальную карьерную лестницу для работающих в адвокатских бюро юристов, которые по тем или иным причинам не хотят становиться адвокатами. Вот и получается, что двадцатидвухлетний выпускник юридического вуза и сорокалетний опытный юрист имеют один и тот же статус — помощник адвоката. Да еще и в трудовой книжке мы должны писать именно эту должность. Радостная карьерная перспектива для амбициозных профессионалов, не правда ли? Естественно, это означает существование категорически неравных условий для адвокатских образований по сравнению с другими юридическими фирмами, включая иностранные, с точки зрения формирования многоплановых практик. Обиднее всего то, что подобная «привилегия» для иностранных юристов в России возникает в силу необходимости применения напрочь устаревшего положения нашего российского Закона об адвокатуре!

И, наверное, самое главное: даже создав очень современный и отвечающий требованиям всех участников рынка закон, мы не получим в полной мере эффекта от его принятия, если одновременно не будут сделаны две важные вещи.

Нужны соответствующие дополнения в налоговое законодательство и правила бухгалтерского учета для всех адвокатских образований. Акцентирую на этом внимание как практик, который вот уже двадцать лет ежедневно руководит адвокатским бюро в ручном режиме. Необходимо прямым текстом разрешить адвокатам, выполняя функции эскроу-агентов, *хранить на своих счетах денежные средства третьих лиц*. Сколько дополнительной работы могли бы иметь адвокаты! А участники хозяйственной деятельности получили бы эффективный по времени и расходам способ разрешения одного из главных вопросов коммерции: «Что вперед — деньги или стулья?» Во всех западных странах в законах существуют такие положения, и адвокаты с нотариусами занимаются этой работой повседневно.

Следующий, на мой взгляд, важнейший, вопрос: партнерство адвокатов должно иметь *возможность приглашать в «профессиональные субподрядчики» другие юридические фирмы* и иные профессиональные образования (например, аудиторов) как в России, так и за рубежом, осуществляя с ними расчеты самостоятельно и формируя из этих выплат расходы партнерства, вычитая их из доходов до налогообложения. Возможность осуществления такой кооперации является одним из важнейших инструментов развития юридического бизнеса, так как сегодня осуществляемые коммерсантами проекты очень часто требуют совместной работы специалистов в нескольких областях консалтинга, зачастую находящихся в различных регионах страны или за рубежом. Необходимо осознать, что современная практика правово-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 120 04.05.13 5:13

го обслуживания коммерческих сделок — это коллективная работа многих профессионалов, в которой юристы и их фирмы играют ключевую роль, если хотите, выполняют функции «генерального профессионального подрядчика» для своих клиентов.

Сейчас в силу действия положений Закона об адвокатуре и Налогового кодекса адвокатские образования лишены возможности осуществлять эти платежи в разумном — с коммерческой и финансовой точек зрения — режиме. И это еще один пример того, как действующее российское законодательство ставит адвокатов в неравное положение с отечественными и иностранными юридическими фирмами. Дело в том, что существующее законодательство об адвокатуре основано на концепции индивидуального статуса адвоката как самостоятельного профессионального независимого советника. И этот подход бесспорно должен остаться в новом Законе. Но необходимо также понимать, что за последние двадцать лет в стране появилась и развивается иная форма работы адвокатов — коллективная (или совместная, как ее называть — дело вкуса). При этом и по числу занятых в этой деятельности, и по оборотам, и по налоговым платежам она давно и значительно опережает традиционную адвокатуру и, как представляется, заслуживает самого пристального внимания законодателей. Это абсолютно объективное требование жизни, и я надеюсь, что в новом Законе об адвокатуре будет содержаться развернутое регулирование коллективной (совместной) адвокатской деятельности, стимулирующее ее дальнейшее развитие и прежде всего дающее возможность развиваться национальным адвокатским образованиям.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 121 04.05.13 5:13

Особое мнение / *Special Opinion*

ШЕСТАКОВА
Екатерина Васильевна

юрист Московской коллегии адвокатов «Юридическая фирма „ЮСТ“»

Ekaterina Shestakova

Associate, Moscow College of Advocates “Law Firm YUST”

ПЕРСПЕКТИВЫ РЕАЛИЗАЦИИ ГОСПРОГРАММЫ «ЮСТИЦИЯ»: ВОЗМОЖНЫЕ ПРОБЛЕМЫ И ВАРИАНТЫ ИХ РЕШЕНИЯ

PROSPECTS FOR THE IMPLEMENTATION OF THE STATE PROGRAMME ‘JUSTICE’: POTENTIAL PROBLEMS AND POSSIBLE SOLUTIONS

The article considers the possible consequences of the State Programme “Justice”. It considers the unification of the two branches of the legal profession in Russia — advocates on the one hand and, on the other, legal consultants who are not affiliated to the Bar.
The recently approved State Programme “Justice” calls for common standards for legal services. It proposes that legal consultants should join the Russian Bar and that only advocates should represent clients in court.
Though that may sound unfair to some law firms, it could well improve the quality of legal services, if members of the Bar would be admitted to work in law firms including international ones. The common qualifying exam should be organized by an outside institution such as the Russian Law Society. Moreover, common status of legal consultants could be used to determine the scope of pro bono services, which are nowadays rendered in a different way only by large law firms.

В последнее время в российском юридическом сообществе широко обсуждается вопрос о том, нужно ли приводить к определенным стандартам рынок оказания юридических услуг, и если да, то какими должны быть эти стандарты, кем они будут регулироваться и контролироваться. Кроме того, высказываются различные предложения по поводу объединения всех юридических консультантов если не в одну структуру, то хотя бы на основе единых стандартов качества оказываемых услуг.

В частности, представителями адвокатского сообщества предлагается введение института так называемой адвокатской монополии, но не на все юридические услуги, а, к примеру, на представление интересов доверителей в суде.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 122 04.05.13 5:13

28 марта 2013 г. на заседании Правительства РФ было согласовано принятие государственной программы «Юстиция». Указанная госпрограмма, среди прочего, предполагает регулирование, контроль и надзор в сфере адвокатуры, нотариата, повышение качества принудительного исполнения судебных актов.

По мнению министра юстиции РФ А.В. Коновалова, основной проблемой рынка оказания юридических услуг является недостаточно высокий уровень профессионализма юристов и отсутствие гарантированных стандартов оказания услуг. Поэтому Министерство предлагает усовершенствовать регулирование в сфере адвокатуры и нотариата, в том числе требования и процедуры допуска к профессии, систему повышения квалификации, стандарты оказания юридической помощи, обеспечить большую доступность юридической помощи, включая бесплатную.

В сфере адвокатуры одной из основных задач, которые формулирует программа, является постепенное и безболезненное преодоление дуализма в профессии — совпадение деятельности юридических консультантов и адвокатов. Минюст предлагает перейти к единому адвокатскому статусу для тех, кто оказывает услуги на рынке юридических консультаций, и со временем перейти к адвокатской монополии на представительство интересов в суде. Второй задачей яфляется отсечение неквалифицированных услуг, которые претендуют на статус юридических, третьей — создание системы стимулов профессионального роста в адвокатской среде, четвертой — повышение востребованности и доступности юридической помощи для всех категорий граждан.

А.В. Коновалов также отметил, что одним из показателей реализации госпрограммы должно стать двукратное увеличение численности адвокатов, что должно произойти за счет слияния юридических консультантов с адвокатурой.

Поскольку реализовывать программу планируется вплоть до 2020 г., предполагаемые изменения будут вводиться не сразу. Необходимо оценить все возможности перехода к единому адвокатскому статусу для оказания юридических услуг, а также к адвокатской монополии на представительство в суде.

Ранее высказывались предложения о введении своеобразного квалификационного экзамена на представительство интересов в суде не только для юристов, но и для адвокатов. По мнению инициаторов этих предложений, такая практика позволила бы значительно улучшить качество, а возможно, и скорость судебного разбирательства, поскольку проблемы с незнанием элементарных основ процесса были бы решены.

В то же время подобная практика возложит на судебную систему дополнительную нагрузку по отбору представителей, что совершенно не входит в функции судов. Отсюда следует, что подобный экзамен необходимо организовать в рамках какой-либо регламентированной структуры.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 123 04.05.13 5:13

В настоящее время наиболее упорядоченной структурой на рынке юридических услуг, безусловно, является адвокатура. Однако существуют различные точки зрения на то, может ли она быть основой для объединения всех практикующих юристов, ведь в случае введения адвокатской монополии, лица, получившие право представлять интересы клиентов в суде, одновременно будут приобретать статус адвоката и не смогут работать по найму в юридических фирмах.

Проблемы, связанные с адвокатской монополией, особенно сильно скажутся на деятельности многочисленных международных юридических фирм, имеющих подразделения в Российской Федерации. Они могут лишиться возможности представлять интересы клиентов в суде, а это одна из наиболее востребованных юридических услуг.

Хотелось бы отметить, что в настоящее время адвокатская монополия уже существует, хоть и частично. В соответствии со ст. 49 УПК РФ в качестве защитника по уголовным делам допускаются лишь адвокаты (только при производстве у мирового судьи обвиняемый может ходатайствовать о допуске вместо адвоката иных лиц). Кроме того, адвокаты не только несут бóльшую ответственность за свои услуги, но и обладают по сравнению с остальными юристами такими преимуществами, как право собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, — направлять адвокатские запросы в органы государственной власти, местного самоуправления, общественные и иные организации. Этим преимуществом адвокат вправе пользоваться как в уголовном процессе, так и в производстве по гражданским и административным делам.

Заслуживают внимания предложения об образовании саморегулируемых организаций юристов, которые будут уполномочены проводить дополнительные квалификационные экзамены как на оказание консультационных услуг, так и на представительство в суде. При этом в качестве единственной СРО юристов предлагается утвердить Ассоциацию юристов России. Однако в этом случае дополнительные финансовые затраты на проведение экзамена неизбежны, ведь число выпускников юридических вузов не уменьшается с каждым годом, и количество желающих сдать этот экзамен возрастет в несколько раз.

Что касается гарантированных стандартов качества юридических услуг, основой для их разработки, несомненно, могут служить Федеральный закон об адвокатской деятельности и адвокатуре и Кодекс профессиональной этики адвоката. Возможно, на базе Кодекса удастся создать некие общие правила и требования к профессиональной этике для всех юристов, оказывающих консультации и представляющих интересы клиентов в суде.

Общеобязательные для всех правила профессиональной этики могли бы сгладить существующий дуализм юридической профессии в России. В то же время необходимо продумать не только стандарты качества оказываемых услуг и общие правила этики, но и механизмы привлечения к ответственности за их нарушение. На основании Кодекса профессиональной этики и практики

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 124 04.05.13 5:13

применения его положений о дисциплинарной ответственности можно было бы создать инструменты принуждения для юристов, прошедших дополнительный квалификационный экзамен, нарушающих установленные требования.

Возможен также иной подход — на базе адвокатуры утвердить единый экзамен для всех желающих осуществлять представительство в суде либо оказывать консультационные услуги и сделать возможным принятие на работу адвокатов по договору. В этом случае не пострадают уже существующие юридические фирмы, а их сотрудники смогут получить статус адвоката, тем самым повысив свою квалификацию.

Несмотря на то, что при введении единого адвокатского экзамена на адвокатуру будет возложена высокая нагрузка по его приему, это, вероятно, не станет слишком большой проблемой, ведь в адвокатуре в течение многих лет действует разработанный механизм отбора. Безусловно, необходимо также продумать детали самого экзамена — стоит ли делать его комплексным, или разделить по отраслям, в которых будущий адвокат намерен оказывать услуги. Если оставить экзамен в том виде, в котором он существует сейчас, велика вероятность, что далеко не все юристы, даже практикующие, смогут сдать его, например в части, касающейся вопросов уголовного права и процесса, с которыми они никогда не сталкивались. Если же сделать экзамен по различным отраслям, то адвокатский статус уже не будет столь единым, каким он должен быть и каким он является. Все эти вопросы подлежат решению в ходе реализации госпрограммы.

И последнее, на что также необходимо обратить внимание, — доступность юридической помощи, в особенности для социально незащищенных слоев населения. Как известно, участие защитника в уголовном процессе обязательно, и именно адвокаты выполняют эту роль, зачастую по назначению. В то же время в некоторых крупных юридических компаниях существует практика *pro bono* — бесплатной юридической помощи, консультаций, представительства интересов в суде для тех, кто не может оплатить услуги юриста, но очень в них нуждается. Критерии оказания подобной помощи каждая юридическая компания определяет самостоятельно. В связи с этим необходимо будет определить критерии оказания бесплатной юридической помощи либо платной, но доступной определенным группам граждан.

Таким образом, при воплощении в жизнь государственной программы «Юстиция» важно тщательно продумать все особенности, детали и возможные последствия нововведений. И проводить преобразования необходимо постепенно, поэтапно, после открытого обсуждения с представителями юридического сообщества, которые станут непосредственными участниками предполагаемых изменений.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_108-125.indd 125 04.05.13 5:13

РАДИКАЛЬНОЕ ИЗМЕНЕНИЕ ФУНКЦИЙ КОРПОРАТИВНОГО ЮРИСТА: ПРИГЛАШЕНИЕ К ОБСУЖДЕНИЮ

RADICAL SHIFT IN LAWYER'S FUNCTIONALITY IN A CORPORATION: AN INVITATION TO DISCUSSION

НЕСТЕРЕНКО
Александра Константиновна
президент Некоммерческого партнерства «Объединение Корпоративных Юристов»

Alexandra Nesterenko
President of Russian Corporate Counsel Association

As legal knowledge pervades all spheres of business, the powers and responsibilities of the company lawyer are fairly extensive. Compliance, GR and risk management must be brought together under the control of a single corporate chief lawyer. Achieving such a structure will take time and patience but the challenge is so much more interesting as a result. Russian Corporate Counsel Association encourages contributions to the effort and exchanges of experience among colleagues. The Association's session of the St. Petersburg International Legal Forum will raise the successes of leading lawyers at large corporations. The discussion will be devoted to radical changes in the role of the corporate lawyer in the light of compliance, GR and legal risk management issues and how they can be brought together under common control. We shall consider whether there are alternatives to this practice and look to the experience of the heads of legal departments of major Russian and international companies.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 126 04.05.13 5:17

Поскольку юридическое знание пронизывает все сферы бизнеса, то спектр полномочий юриста компании и его ответственность представляются достаточно широкими. Комплаенс, *GR* и риск-менеджмент необходимо сосредоточить под началом одного главного юриста корпорации. Выстраивание такой структуры потребует времени и терпения, но тем увлекательнее задача. Объединение Корпоративных Юристов призывает решить эту задачу и поделиться опытом с коллегами. О том, как это получилось у ведущих юристов крупных корпораций, мы и поговорим на сессии ОКЮР на Петербургском Международном Юридическом Форуме. Обсуждение будет посвящено радикальному изменению функционала юриста в корпорации в свете проблематики комплаенса, *GR* и юридического риск-менеджмента, а также их объединения под одним началом. Мы рассмотрим, есть ли альтернатива у данной практики, и обратимся к опыту руководителей правовых подразделений крупных российских и международных компаний.

Как показывает моя практика, централизация юридической функции компании позволяет наладить обмен информацией и построить эффективную, крепкую функцию, являющуюся опорой бизнеса. Когда в 2007 г. я в качестве заместителя генерального директора по правовым вопросам ГК «РОСНАНОТЕХ» (сейчас ОАО «РОСНАНО») приступила к формированию юридического подразделения, это подразделение было призвано решать все правовые задачи, стоящие перед компанией. Такими задачами были: правовое обеспечение деятельности корпорации (договоры, локальные нормативные акты и пр.); поддержка инвестиционной деятельности; правовая работа по совершенствованию инновационного законодательства. Естественным образом сформировались и три направления в работе правового департамента: общая деятельность, инвестиционная деятельность и юридический *GR*. Такая структура работала слаженно, юристы обменивались опытом и подпитывали друг друга знаниями из разных областей права.

Затем было решено внутри корпорации создать восемь бизнес-единиц, которые конкурировали бы друг с другом за лучшее выполнение инвестиционных проектов. Несмотря на мои обоснованные возражения, эта идея была поддержана многими, и инвестиционные юристы были распределены по бизнес-единицам. Я отмечала, что один-два юриста, которые будут работать в одиночку и находиться в подчинении управляющего директора бизнес-единицы, утратят независимость суждения, интеллектуальную связь с коллегами, не будут иметь ежедневной возможности обсудить с ними проблему и т.п. При этом я была уверена, что в конце концов единство правового подразделения будет восстановлено.

Так и произошло. Опыт создания бизнес-единиц оказался неудачным, и два года спустя мы вновь видим укрупнение юридической функции ОАО «РОСНАНО». К тому же весь международный опыт говорит об эффективности централизованной независимой и сильной юридической функции, имеющей и отстаивающей свое мнение и подчиняющейся генеральному директору компании.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 127 04.05.13 5:17

Особое мнение / *Special Opinion*

КАМЕЛЬКОВА Алевтина Владимировна

член правления НП ОКЮР, директор юридической службы «Россия и СНГ» ЗАО «Алкатель-Лусент»

Alevtina Kamelkova
Member of the board of non-profit partnership Russian Corporate Counsel Association and General Counsel Russia and CIS Alcatel-Lucent

РАДИКАЛЬНОЕ РАСШИРЕНИЕ ФУНКЦИОНАЛА КОРПОРАТИВНОГО ЮРИСТА: БО́ЛЬШИЕ ВОЗМОЖНОСТИ ПРИ БОЛЬШЕЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

RADICAL EXPANSION OF THE CORPORATE LAWYER FUNCTION: INCREASED OPPORTUNITIES ALONG WITH AN INCREASED PERSONAL RESPONSIBILITY

In recent years international and Russian professional legal circles have heard a lot about the expanding role of the corporate lawyer and corporate legal function. This trend shall be viewed in the context of the increasing number of challenges to classical legal knowledge, expansion of the in-house expertise and functional, increasing requirements toward understanding of the local and international context, be it not only legal, but also political, public policy, and economic.

It almost always falls to the corporate lawyer, being a sort of the analytical center of preventive knowledge and rapid reaction, to properly articulate and position the complex legal relations within the relevant system of laws, both domestic and international, and to define and deploy afterwards the effective strategy of leveling and managing such risks.

Best examples of such complex legal relations are: the system of legal mechanisms counteracting domestic and international corruption (in the Russian language the transliterated and general term "Compliance" is used more increasingly to name it), and lawful cooperation with the state (authorities) in its function of either a regulator (control and administration of justice for instance) or a legislator (the source of norms governing certain business). The latter is also called in the Russian language by the English abbreviation GR, meaning government relations.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 128 04.05.13 5:17

With regard to the aforementioned Compliance, we are now witnessing the emergence of an almost new subgenre of law. Due to the particular seriousness of the subject and complexity of the underlying problems, it uses the entire spectrum of legal mechanisms be it civil-law, criminal-law in nature, and, on top of this, includes specific tax and financial knowledge. Nonetheless, dealing with this subject is impossible without professional legal analysis and solid knowledge of national and international law and its principles. This fact has considerably expanded the function of the corporate lawyer.

The trend is obvious as it involves more than developing lawyer's role toward increased complexity, geography, and the number of tasks that business puts in from of the corporate lawyers nowadays. The expansion of function involves the personal responsibility of the corporate lawyers for not just the corporation legal matter, but for its positions of ethics, reputation, public policy, and corporate citizenship.

From the viewpoint of major trends in corporate legal professions such as (i) an increased personal responsibility and consciousness of a corporate lawyer, and (ii) the importance of the consolidation of professional legal content into one single legal function, RCCA members and quests of the panel at the St. Petersburg International Legal Forum will continue the dialog on best practices of organization and consolidation of the legal in a company. Comparing the expertise and experience of different representatives from various jurisdictions, participants are to provide for the practical recommendations about the most optimal structuring of the function having necessary degree of both independence and effectiveness in order to cope with dynamic complexity of today's business being run not in an the extended geography but also in virtual spaces, such as networks and electronic clouds.

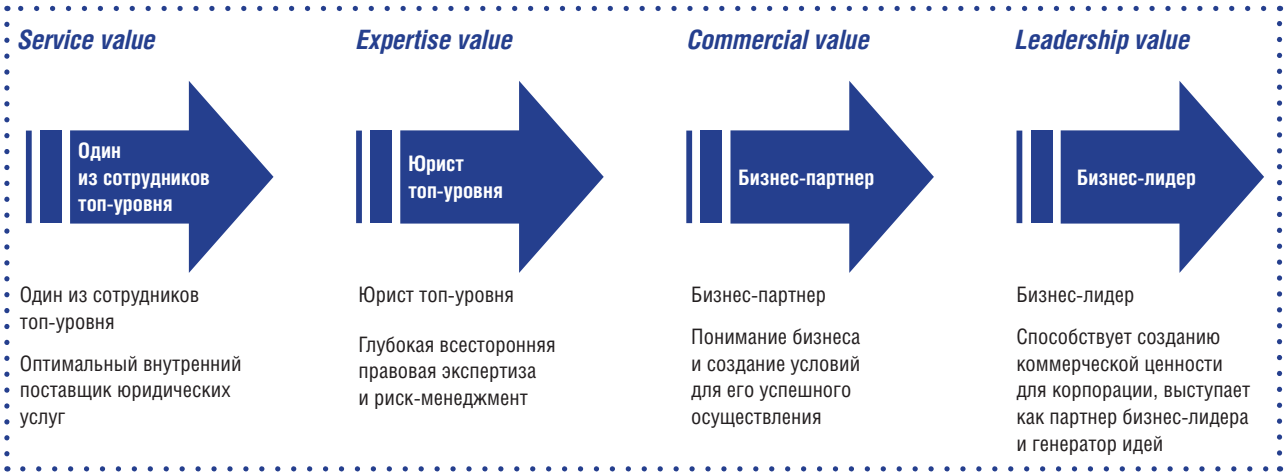
В последние годы на международных и российских профессиональных юридических площадках много было сказано о меняющейся и растущей роли юриста и самой юридической функции в компании. В частности, Объединение Корпоративных Юристов уже четыре года подряд посвящает анализу и обсуждению этой тенденции ежегодные конференции под общим названием «Юристы и бизнес». Будучи характерной для российского правового сообщества только в последние пять-шесть лет, эта тенденция активно развивается на Западе уже около четверти века. Как отмечает Бен Хейнеман, профессор Гарвардской школы права и экс-глава юридического отдела *General Electric* с более чем шестнадцатилетним стажем, в своей статье «Глава юридического отдела как юрист с государственным образом мышления», «фундаментальная цель современной корпорации заключается в сочетании высокой производительности с высокой ответственностью. Идеальным в такой системе является юрист с образом мышления, подобным мышлению государственного деятеля, задача которого включает в себя не столько решение уже имеющихся проблем, сколько выстраивание линии поведения компании в будущем; не

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 129 04.05.13 5:17

столько игру в защите, сколько в нападении; не просто предложение юридического совета в широком смысле этого слова, но… выработку всесторонне выверенного и глубоко практического с точки зрения бизнеса совета. Эта роль предполагает, с одной стороны, партнерство с бизнес-руководством, с другой, она невозможна без того, чтобы выступать стражем, хранителем компании… Она включает в себя способность понимать долгосрочные последствия принятых решений, а не то, как достичь сиюминутного преимущества, и основана в конечном итоге на глубокой ответственности за интересы публичного характера, а не личной выгоды»[1].

Трансформацию роли юриста в корпорации наиболее наглядно можно представить следующим образом[2]:



Очевидно, что возрастающая роль юриста компании в контексте стремительно растущего количества вызовов классическому юридическому знанию невозможна без расширения его функционала, повышения требований к пониманию локального и международного контекста, причем не только правового, но и политического, экономического. В век высоких скоростей и технологий в геометрической прогрессии преумножается комплексность правоотношений, которые урегулированы либо должны быть урегулированы правом. На корпоративного юриста, являющегося своего рода аналитическим центром превентивного знания и быстрого реагирования, зачастую возлагается задача по корректному определению места комплексных правоотношений в существующей системе права (как государственного, так и международного) и выработке наиболее эффективной стратегии нивелирования возникающих рисков.

Яркими примерами комплексных правоотношений стали правовые механизмы борьбы с локальной и международной коррупцией (для простоты все чаще

---

[1] *Heineman B.W., Jr. The General Counsel as a Lawyer-Statesman // Harvard Law School Program on Legal Profession, 2010. — Пер. А.К.*

[2] *По материалам Leading the way to value in Legal Services (Global Leaders in Law. London, 2011).*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 130 04.05.13 5:17

обозначаемые в русском языке термином «комплаенс»), а также правомерное взаимодействие с органами определенного государства как регулятора и источника нормативного регулирования (*GR,* от *government relations* — отношения с правительством).

Нормы о противодействии коррупции, в основном национального характера, существуют в законодательстве достаточно большого количества государств довольно давно. Однако комплаенс как заметная тенденция берет начало с принятия в 1977 г. в США Закона о коррупции за рубежом *(Foreign Corrupt Practices Act (FCPA))*, который впервые на законодательном уровне установил запрет на подкуп иностранных должностных лиц и предусмотрел достаточно серьезную ответственность за нарушение своих норм, применяющуюся к юридическим и физическим лицам, в том числе и вне юрисдикции США.

Сегодня комплаенс сформировался как довольно обширный и сложный комплекс международно-правовых норм и норм различных государств, регулирующих общественные отношения в данной сфере, закладывающих правовые основы и стандарты ведения бизнеса по всему миру.

За последние годы частота расследования их нарушений значительно возросла. Так, Департамент юстиции США *(U.S. Department of Justice (DOJ))* и Комиссия США по ценным бумагам и биржам *(U.S. Securities and Exchange Commission (SEC))* только в последние несколько лет рассмотрели не одну сотню дел в отношении различных международных компаний, их совместных предприятий, сотрудников, третьих сторон контакторов по обвинениям в незаконных платежах по всему миру. Только в 2010 г. совокупный объем десяти самых крупных за всю историю *FCPA* штрафов составил 1,4 млрд долл. США. А принятые *SEC* в 2011 г. Правила Додда — Франка в отношении информаторов *(Dodd-Frank Whistleblower Rules)* создали серьезную личную финансовую заинтересованность сотрудников и иных осведомленных лиц в информировании *DOJ* и *SEC* о нарушениях правил *SEC*, включая *FCPA*, компаниями, подпадающими под действие *FCPA* по всему миру.

В июле 2011 г. в Великобритании вступил в силу Акт о борьбе с коррупцией *(UK Bribery Act (UKBA))*. Опираясь на многолетний опыт применения *FCPA*, *UKBA* тем не менее характеризуется значительно большей амбициозностью в юрисдикционном отношении, а также отсутствием верхних пределов возможных штрафов. Примеру Великобритании последовали Франция, Германия и Швейцария, приняв достаточно жесткие законы о противодействии международной коррупции. А в декабре 2012 г. Россия, присоединившись к Конвенции ОЭСР «О борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок» (а годом ранее внеся серьезные поправки в свое уголовное и административное законодательство), на практике заявила о том, что гармонизация российской правовой системы с международными стандартами в этой области является для нас приоритетом.

Обобщая сказанное: формируется целая подотрасль права, в силу особой серьезности проблемы и комплексности ее характера использующая весь спектр правовых средств гражданско-правового и уголовно-правового харак-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 131 04.05.13 5:17

тера и помимо этого включающая в себя специфические меры налогового и финансового контроля. Тем не менее работа с такими комплексными правоотношениями имеет правовой характер и невозможна без профессионально проведенного юридического анализа, значительно расширяя *de facto* функционал юриста в корпорации.

Утверждения о более обширной, чем юридическая, природе таких комплексных явлений ведут к сложностям с идентификацией методов, допустимых в их регулировании. Так, например, утверждения о более широкой, чем правовая, природе *GR*, представляются несколько спорными в силу того, что отношения с государством как самоцель — без учета его роли регулятора и источника норм — скорее, должны были бы стать предметом изучения того же комплаенса, нежели отдельным родом занятий в корпорации. И, соответственно, вряд ли оправданно не включать такие отношения в зону ответственности юристов.

Вместе с тем сложный и комплексный характер возникающих правоотношений породил ряд дискуссий о роли классической юридической функции при работе с ними, о том, насколько оправданно появление различного рода новых комплексных специалистов, управляющих указанными рисками без требования о наличии собственно юридической базы, а также о том, насколько велик риск формализма в слепом следовании букве закона при анализе сделки классическим юристом корпорации.

Справедливости ради стоит отметить, что подобные опасения не новы и какое-то время назад достаточно громко звучали в странах — прародителях комплаенса как нового направления юридической профессии. Виной тому стала череда громких скандалов на американском рынке ценных бумаг в 2001–2002 годах в отношении известных компаний *Enron, WorldCom, Adelphia* и некоторых других. «Куда смотрели юристы?» — задавалась вопросом Ассоциация юристов Нью-Йорк-Сити в Отчете рабочей группы по вопросам изучения роли юристов в корпоративном управлении[3].

В результате западное профессиональное сообщество, надо признать, пришло к несколько иным профессиональным рекомендациям, нежели создание «альтернативных центров квазиюридического знания». Основной и самый существенный момент, который крайне важен и для формирования позиции по данному вопросу российского профессионального юридического сообщества, это усиление требований к самой юридической профессии, к отсутствию формализма в предоставлении юридического совета, к закреплению и всяческому продвижению этической и ответственной позиции корпоративного юриста в правилах профессиональной этики.

Так, принятый вскоре после упомянутых скандалов Закон США 2002 г., известный как Сарбейнз — Оксли Акт *(Sarbanes-Oxley Act (SOX))*, содержит

---

[3] *Report on the tack force on the lawyer's role in the corporate governance // The association of the Bar of the City of New York, 2006.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 132 04.05.13 5:17

прямое требование о повышении стандартов профессионального поведения для практикующих юристов, указывая на объективную обязанность непосредственно юриста корпорации сообщать о существенном нарушении компанией соответствующего законодательства, а также надлежащим образом реагировать на такие нарушения, принимая необходимые меры по их исправлению, а также доводя информацию до независимых органов управления компанией, будь то комитет по аудиту или совет директоров.

Правила профессиональной этики ряда ассоциаций юристов, принятые в развитие положений этого Закона, повсеместно отражают теперь уже обязанность предоставлять «юридический совет, выходя за пределы собственно узких правовых вопросов. Несмотря на то, что это является сугубо этическим обязательством, юристы должны информировать своих клиентов о существе явления шире и более глубоко, чем охватывают рамки права»[4]. То же требование содержится и в программе, по которой Гарвардская школа права обучает юридической профессии: «Корпоративный юрист играет ключевую роль в вопросах разработки и принятия в корпорации этических стандартов, выходящих за формальные рамки норм права, которые тем не менее обязательны для корпорации во всех регионах ее присутствия»[5].

Итак, налицо тенденция, заключающаяся уже не только в расширении роли юриста в компании. Очевидно, что наряду с расширением функционала именно у юриста возникает личная обязанность обеспечить соблюдение корпорацией правовых норм не по формальным признакам, а добиваясь соответствия сути бизнес-явления как правовым, так и морально-этическим стандартам. Именно в таком ракурсе участники круглого стола ОКЮР на Петербургском Международном Юридическом Форуме обсудят, какими должны быть содержание и организация юридической функции в компании. На основе сравнительного анализа различных юрисдикций участники попытаются дать практические рекомендации для оптимального построения юридической функции.

---

[4] *Report on the tack force on the lawyer's role in the corporate governance.*
[5] *Heineman B.W., Jr. Op. cit.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 133 04.05.13 5:17

Особое мнение / *Special Opinion*

ВОЙТОВИЧ
Ольга Валерьевна

директор юридического департамента
ХК «Интеррос»

Olga Voitovich
Director, legal department, Interros HC

КОМПЛАЕНС И *GR:* ВЫБОР ПУТИ

COMPLIANCE AND GR: THE CHOICE OF THE WAY AHEAD

In some companies compliance and GR exist as a stand-alone business support function (and organisational divisions). How well does that approach match the things themselves, based as they are on legal knowledge? Is it, in fact, necessary to maintain the western approach with its drive for narrow specialisation and separate out compliance and GR from legal departments? Russian Corporate Counsel Association round table offers an opportunity for a discussion of a problem of the future and present in which the head of any legal service may hear the arguments for and against.

Мир стремительно меняется, и мы меняемся вместе с ним. Еще лет двадцать назад профессия юрисконсульта была практически не востребована, а круг его вопросов преимущественно сводился к трудовым правоотношениям и договорам поставки. Но сегодня мы говорим не просто о популярности профессии корпоративного юриста, но и о расширении сферы ее применения.

Нельзя также забывать о том, что, желая привлечь иностранные инвестиции в экономику, государства сейчас ставят перед бизнесом задачи по разработке и внедрению в компаниях международных стандартов и процессов, понятных зарубежным инвесторам. *KPI*, комплаенс, *GR*, риск-менеджмент и т.п. — эти термины все чаще и чаще используются на практике.

Однако одного только желания интегрировать международные стандарты в российскую действительность недостаточно. Необходимо еще, чтобы прививание новых для российского бизнеса стандартов и процессов было своевременным и продуманным. К тому же очень часто это «новое» таким только кажется, поэтому очень важно обращаться к источнику того или иного процесса, чтобы все прижилось как надо.

Комплаенс и *GR* сегодня представлены в некоторых компаниях как самостоятельные направления (и, соответственно, внутренние подразделения), сопровождающие бизнес. Насколько такой подход соответствует самим этим явлениям, в основе которых лежат юридические знания? Нужно ли вообще поддерживать западный подход с его стремлением к узкой специализации и выделять комплаенс и *GR* из юридического департамента? Круглый стол ОКЮР предлагает достаточно перспективную и злободневную тему для дискуссии, в ходе которой каждый руководитель юридической службы сможет найти для себя необходимые аргументы за и против.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_126-134.indd 134 04.05.13 5:17

РОЛЬ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В ПРАВОПОРЯДКЕ: РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

THE ROLE OF JUDICIAL DISCRETION: RUSSIAN AND FOREIGN EXPERIENCE

ЕГОРОВ
Андрей Владимирович
руководитель аппарата — администратор ВАС РФ

Andrey Egorov
Chief of Staff and Administrator, the Supreme Commercial Court of the Russian Federation

Round table discussion conceived as a platform to discuss and, if possible, break a stereotype which is characteristic of Soviet and post-Soviet thinking, viz that law is primarily positivist. Contrary to the view held by many specialists law is not solely a matter of formal logic and cannot be reduced to correctly constructed syllogisms or the search for relevant legal norms and analogous judicial decisions; a judge is not a computer applying the measure prescribed by legislation to the facts in a specific case. So it is that for over a hundred years foreign courts have increasingly relied on "open" norms, which leave decisions for judges to make using the most general and abstract criteria, such as reasonableness, good faith, etc.

Круглый стол задуман как площадка, на которой можно обсудить и по возможности преодолеть стереотип, свойственный для советского и постсоветского, преимущественно позитивистского, понимания права. Вопреки мнению многих специалистов, право не исчерпывается формальной логикой и не сводится к грамотному построению силлогизмов, поиску подходящей нормы закона или аналогичного судебного решения, а судья не компьютер, накладывающий закрепленную в законе мерку на обстоятельства конкретного дела. Потому-то в зарубежных странах уже больше ста лет ширится круг так называемых открытых норм, т.е. норм, отдающих решение вопроса на откуп правоприменителю, с созданием самого общего и абстрактного критерия, которым он должен руководствоваться, такого как добросовестность, разумность и др.

А.В. Асосков, арбитр МКАС при ТПП РФ, доктор юридических наук, хорошо владеющий зарубежным опытом, в своем докладе расскажет о последних тенденциях в международном частном праве, характеризующихся переходом от жестких нормативных предписаний к гибким нормам.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 135 04.05.13 16:04

В России, с одной стороны, отмечается та же тенденция. С другой стороны, в атмосфере недоверия ко всем и вся (суды не исключение) она постоянно клеймится позором как способствующая росту судебного произвола. Возможно, кому-то обсуждение на круглом столе докажет, что другого пути, кроме как создание открытых норм, человечество пока не изобрело, важно лишь соблюсти правильный баланс между зарегулированностью и открытыми нормами и избежать как одной, так и другой крайности.

Наряду с постоянными упреками в судебном произволе приходится также слышать слова об устойчивом законотворческом зуде ВАС РФ, который изо всех сил пытается подменять собой законодателя. Хотелось бы привести доказательства того, что ВАС РФ в подавляющем большинстве случаев заполняет оставленные законодателем пробелы, а не поступает *contra legem*. Хотя имеют место и судебные разъяснения, направленные на то, чтобы не применять те или иные нормы закона. Мы проведем анализ и назовем на круглом столе некоторые примеры тех самых норм, которые ВАС РФ рекомендовал судам не применять, и попытаемся разобраться, оставались ли у суда какие-то другие варианты решения.

Цель данного круглого стола заключается в том, чтобы показать, что Россия в этом смысле находится в русле континентальной правовой традиции, что случаи, когда суды принимают решение «против закона», есть и в Германии, и во Франции, и в Нидерландах. Конечно, суд не может поступать с законом произвольно, но если он покажет, к каким явно несправедливым или даже абсурдным последствиям приводит правило в конкретной жизненной ситуации, о возможности решения «против закона» уже можно рассуждать совершенно иначе. Важная роль в этом вопросе отводится иностранным экспертам, а также А.Г. Карапетову, который проводил специальные исследования и публиковал статьи по данной проблематике.

Отдельно должно состояться обсуждение обратной силы правовых позиций ВАС РФ и того, может ли Президиум ВАС РФ преодолевать позицию, выраженную в абстрактном разъяснении (постановлении Пленума, например).

В частности, ретроактивность правовой позиции Президиума ВАС РФ может быть формальной (как основание для пересмотра вынесенных ранее судебных актов, расходящихся с данной позицией) или материальной (как основание для отмены решения вышестоящим судом, который ранее не рассматривал это дело). По поводу формальной ретроактивности можно спорить, поскольку здесь затронут принцип правовой определенности. Что же касается материальной ретроактивности, как можно поставить ее под сомнение? Она имманентно присуща любой деятельности по разрешению споров. Если один и тот же спор суды кассационной инстанции решают единообразно, но неправильно, и все участники оборота ориентируются на эту неправильную практику, то неужели Президиум ВАС РФ, считающий, что правильным будет совершенно противоположное решение, должен воздержаться от него? Или его решение будет определяющим только для тех сделок, которые будут заключаться после вынесения данного решения? Подобные умозаключения, очевидно, базируются на довольно странной логике. Было бы любопытно послушать сторонников таких подходов.

В любом случае дискуссия по всем упомянутым вопросам обещает быть острой, яркой и захватывающей.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 136 04.05.13 16:04

Особое мнение / *Special Opinion*

КАРАПЕТОВ
Артем Георгиевич

научный руководитель Юридического института «М-Логос», доктор юридических наук

Artem Karapetov

Doctor of Law, Academic lead, Legal institute M-Logos

ПРЕДЕЛЫ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ

THE LIMITS OF JUDICIAL DISCRETION

The question of the limits of judicial discretion in dispute resolution is extremely complex as it manifests itself differently and is seen differently in different areas of the law. In the most general way it must be acknowledged that no litigation in any branch of the law could get along without any discretion at all. A court never was nor will be an automaton which simply applies the norms of legislation and sub-legislative acts, however much some who adhere to rigorous positivism might wish it so. As legal realists successfully proved in the USA in the first half of the 20th century, judicial proceedings are invariably held in conditions of considerable uncertainty as to both the relevant facts, in the evaluation of which judge's subjective conviction regarding their reliability is essential, and the law. The latter flows from the lacunae inherent in positive law and, in part, its contradictoriness and unclarity.

In the private law of all countries judicial discretion plays a substantial role in determining what rules apply and what they mean. That tendency is seen by certain jurists as simply impermissible or at least as deserving the strictest possible limitation.

However much it is said that this practice contradicts the principle of separation of powers, in fact senior judges in European countries have been creating law contra legem for a long time and are acknowledged to be doing so both by the judges themselves and in academic writing. In my presentation at the Forum I would like to discuss the problems surrounding the search for the limits of judicial law-making; a few initial thoughts are given in this article.

Вопрос о пределах судейского усмотрения при разрешении споров является крайне сложным и комплексным, проявляясь по-разному и вызывая разные оценки в различных областях права. На самом общем уровне следует признать, что без той или иной степени усмотрения не обходится ни один судебный спор в любой отрасли права. Суд никогда не был и не будет только лишь автоматом по применению норм законодательства и подзаконных актов, как

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 137 04.05.13 16:04

бы этого ни хотелось некоторым сторонникам жесткого позитивизма. Как успешно доказали правовые реалисты в США в первой половине XX в., судебный процесс неизбежно осуществляется в условиях значительной неопределенности как в области релевантных фактов, оценка которых происходит на основе субъективного убеждения судьи об их достоверности, так и в области права. Последнее вытекает из имманентной пробельности позитивного права, а зачастую его противоречивости и неясности.

В частном праве всех стран мира роль судебного усмотрения при определении применимых правил и их содержания значительна. Эта тенденция видится некоторым юристам недопустимой или как минимум заслуживающей максимально возможного ограничения (в России данную точку зрения активно защищал до революции проф. Покровский).

На это следует ответить, что достаточно давно зарубежная наука пришла к консенсусу в отношении того, что суд во многих случаях вынужден вовлекаться в нормотворчество. Он не может отказать в правосудии со ссылкой на отсутствие релевантных норм законодательства, обычаев и иных официальных источников права, а равно на наличие неясности в смысле данных источников или противоречий между различными нормами. И поэтому ему неизбежно приходится разрешать спор на основе собственного представления о наиболее адекватном с политико-правовых и доктринальных позиций правовом режиме.

Это нормотворчество проявляется и в виде применения нормы по аналогии закона для заполнения пробела (так как определение подходящей для аналогии нормы есть результат выбора, а значит, и усмотрения), и в виде применения аналогии права, и, наконец, тогда, когда суд в силу ст. 6 ГК разрешает спор на основе принципов справедливости, разумности и добросовестности. В условиях сверхдинамичного оборота и постоянного устаревания законодательства в связи с выявлением новых общественных отношений, типов сделок и целых рынков пробельное нормотворчество становится все более активным.

В ситуации неясности или противоречивости закона суд вынужден толковать законодательные нормы, осуществляя дискреционный выбор того или иного пути интерпретации. Ни в одной известной нам стране не зафиксирована четкая иерархия методов толкования закона, и суд свободен в выборе между системным, объективно-телеологическим (прагматическим), субъективно-телеологическим (интенционалистским) или иными методами толкования. Причем в большинстве стран толкование объективно-телеологическое, основанное на оценке объективной цели закона в современных условиях (в отличие от субъективно-телеологического, основанного на выяснении реальной воли исторического законодателя), используется открыто и достаточно активно (особенно при толковании старых гражданских кодификаций). При этом какой бы способ толкования судья ни выбрал, он в любом случае осуществляет выбор, а значит, судебное усмотрение вовлекается в процесс творения правового режима, развивая или уточняя смысл, заложенный в букву законодательной нормы.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 138 04.05.13 16:04

С участием суда в процессе заполнения пробелов и толковании неясных и противоречивых норм закона по большому счету никто уже давно не спорит. Единственный дискуссионный вопрос касается возможности изменения судом вполне ясного смысла законодательной нормы посредством судебного правотворчества *contra legem*, часто выдаваемого российскими высшими судами за прочтение истинного смысла нормы. С точки зрения теории естественного права в этом нет ничего необычного. Знаменитая формула Радбруха устанавливает право и даже обязанность суда отступить от буквального смысла нормы закона во имя истинного Права, если буквальное прочтение закона приводит к нетерпимому уровню несправедливости. В позитивистском же понимании эта деятельность судов означает де-факто право суда на исправление законодательных норм.

Сколько бы ни говорилось о противоречии такой практики принципу разделения властей, на деле судебным правотворчеством *contra legem* высшие суды европейских стран занимаются достаточно давно, что повсеместно признается как самими судами, так и научной литературой. С этим правом судов давно согласен Конституционный суд ФРГ, зафиксировавший, что право это больше чем закон и включает в себя конституционные принципы и конвенциональные этические ценности немецкого общества. КС ФРГ прямо предоставил общегражданским судам право при особой необходимости выносить решения *contra legem* для обеспечения справедливости как высшей ценности права, соизмеряя эти решения с соображениями формальной определенности права и допуская такой шаг только в случае особой необходимости. Верховный суд ФРГ в течение XX в. неоднократно прямо отступал от буквального смысла Германского гражданского уложения, и чем старее становился данный кодекс, тем чаще это происходило. Во Франции же Кассационный суд принялся активно править и обновлять текст Гражданского кодекса 1804 г. уже с середины XIX в. В итоге все компаративисты признают, что понимание частного права Франции или Германии абсолютно немыслимо без анализа тысяч судебных решений высших судов этих стран.

Законодатели европейских стран, осознавая, что у них нет возможности регулярно править гражданские кодексы, отвечая на миллионы новых вопросов и изменения социально-экономического контекста, перестали бороться с этой тенденцией и даже активно начали способствовать ей, а также легитимировать данную практику. Последнее осуществляется посредством включения в тексты кодексов норм-принципов (добросовестность, запрет на злоупотребление правом, добрые нравы и т.п.), а также масштабной экспансии оценочных понятий (разумность и справедливость и т.п.) в тексте кодификаций. Эти принципы и оценочные понятия, по принятой в Германии терминологии, выступают в качестве «порталов», внедряющих в частное право соображения политики права (прежде всего справедливости), и позволяют избежать прямого конфликта с теорией разделения властей: закон сам дает судам право дополнять и менять позитивное право изнутри под прикрытием этих оценочных стандартов. Более того, некоторые кодификации идут еще дальше: например, недавно принятый ГК Голландии прямо указывает на право суда отступить от норм данного кодекса, если их применение будет приводить к явной несправедливости.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 139 04.05.13 16:04

Думается, не обойтись без судебного нормотворчества *contra legem* и в России. Не секрет, что ежегодно ВАС РФ выносит именно такие решения. В условиях крайне удручающего и все ухудшающегося качества российского законодательства это абсолютно неизбежно. Но при этом необходимо соблюдать два важнейших условия корректного использования такой практики: 1) использование толкования *contra legem* в исключительных случаях и с учетом серьезного анализа негативных последствий подобного шага в виде ущемления принципов формальной определенности и верховенства закона; 2) открытость и транспарентность отступления от буквы закона с детальным анализом в тексте решений причин выбора этого толкования. Юридическое сообщество должно видеть, когда и почему высший суд занимается исправлением законодательного текста. Безусловно, это не очень удобно для Суда, но именно так мотивирует подобные решения Верховный суд ФРГ.

В целом открытость и транспарентность использования «регуляторного усмотрения» высших судов является важнейшим ограничителем произвола и условием обеспечения доверия между судом и юридическим сообществом. Последнее должно четко понимать, почему высший суд выбрал ту или иную модель толкования или заполнения пробела в законе или какие формальные политико-правовые и доктринальные факторы и соображения он оценивал и балансировал при вынесении решения *contra legem*.

Другой инструмент обеспечения сбалансированного и справедливого судебного правотворчества состоит в учете темпоральных границ действия новых правовых позиций. Судебное правотворчество имманентно ретроспективно в отношении сторон конкретного спора, а с учетом того, что практике высшего суда, как правило, следуют нижестоящие суды, и в отношении миллионов участников оборота. В ряде случаев (например, при создании правовой позиции *contra legem* или изменении собственных старых правовых позиций) это представляет серьезную проблему и существенно подрывает принцип правовой определенности. В таких ситуациях, как минимум тогда, когда ретроспективность может иметь особенно большое деструктивное воздействие на стабильность оборота, высший суд должен включать в свое постановление оговорку о перспективности действия правовой позиции.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 140 04.05.13 16:04

Особое мнение / *Special Opinion*

АСОСКОВ
Антон Владимирович

доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук

Anton Asoskov

Doctor of Law, Associate professor of Civil Law, Lomonosov Moscow State University

СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

JUDICIAL DISCRETION IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

The contradiction between the drive for predictability and certainty in legal regulation on one hand and on the other the search for a just and fair resolution of any given dispute based on the specific facts of the individual case is a perennial problem of the law at all times and in all countries. As far as civil law is concerned, the approach to the problem was predetermined during the great civil law codifications (the adoption of the Code Civil in France, the Bürgerliches Gesetzbuch in Germany and the Code of Obligations in Switzerland) which attach much importance to "elastic" norms which grant a high degree of discretion to the courts (there are rules on good faith and against the abuse of civil rights, the reasonable person, due care and precaution in the performance of obligations, the voiding of transactions contravening public policy and so on).
Russian civil law in recent years has settled into the same groove in its approach to the problem. That is shown by the recent amendments to Part I of the RF Civil Code which enshrine in legislation such elastic rules as the principles of good faith on the part of participants in civil-law relations and the inadmissibility of any action undertaken to circumvent the law.
The question arises whether international private law should remain aloof from such tendencies. In my presentation to the round table on judicial discretion I shall attempt to prove that modern international private law (like civil law) is unthinkable without a high degree of judicial discretion.

Противоречие между стремлением к обеспечению предсказуемости и определенности правового регулирования, с одной стороны, и поиском справедливого и наиболее адекватного решения каждого конкретного спора исходя из индивидуальных особенностей дела, с другой стороны, является извечной проблемой права во все времена и во всех странах. При-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 141 04.05.13 16:04

менительно к гражданскому праву подход к решению этой проблемы был предопределен в ходе великих гражданско-правовых кодификаций (принятия Гражданского кодекса Франции, Германского гражданского уложения, швейцарского обязательственного закона), в которых огромную роль играют так называемые каучуковые нормы, оставляющие большую степень усмотрения для суда (правила о добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными гражданскими правами, разумном лице, надлежащей степени заботливости и осмотрительности при исполнении обязательств, возможности признания недействительными сделок, противоречащих добрым нравам, и т.п.).

Российское гражданское право в последние годы возвращается в то же русло решения данной проблемы. Об этом свидетельствуют и недавние изменения части первой Гражданского кодекса РФ, благодаря которым на законодательном уровне нашли четкое закрепление такие каучуковые правила, как принцип добросовестности участников гражданских правоотношений и принцип недопустимости действий, совершенных в обход закона.

Возникает вопрос о том, должно ли международное частное право находиться в стороне от этих тенденций?

Как известно, международное частное право (в его широкой трактовке) призвано решать три основные задачи:

1) определять, суды какого государства компетентны решать трансграничные частноправовые споры (правила о международной подсудности);

2) решать, материальное право какой страны при этом должно применяться (коллизионные нормы);

3) формулировать, при каких условиях судебные решения, вынесенные в одном государстве, могут получить юридическую силу на территории других государств (нормы о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений).

Долгое время преобладало представление, согласно которому международное частное право решает техническую задачу уточнения сферы влияния судов и правовых систем различных стран, что предопределено пониманием пределов действия суверенитета различных государств. Иными словами, коллизионные нормы рассматривались как заранее предопределенная проекция правил международного публичного права о суверенитете государств на сферу частного права. При такой трактовке абсурдно ставить вопрос о свободе судейского усмотрения, поскольку сама постановка подобного вопроса выглядит недопустимым посягательством на принципы государственного суверенитета.

Однако в середине XX в. в развитых зарубежных странах коренным образом пересматриваются парадигмы понимания международного частного права. Прежде всего, приходит осознание того, что в основе норм международного частного права должны лежать не только и не столько принципы международ-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 142 04.05.13 16:04

ного публичного права (которые оставляют законодателю достаточную свободу для маневра в сфере частноправовых отношений), сколько нахождение оптимального баланса интересов различных участников частноправовых отношений. Корректируя содержание коллизионных норм (например, при определении личного закона юридического лица переходя от применения права места его государственной регистрации к применению того права, откуда фактически осуществляется управление делами компании), законодатель может влиять на эффективность различных способов гражданско-правовой защиты, создавать дополнительные стимулы для разных участников гражданского оборота. Во главу угла ставится уже не государство, а участники гражданско-правовых отношений (физические и юридические лица), каждый из которых может быть заинтересован в применении определенного права и возможности подачи иска в суд определенной страны. И главной задачей международного частного права становится нахождение оптимального баланса интересов таких участников гражданско-правовых отношений. Приходит понимание того, что международное частное право является не юридико-техническим довеском правил международного публичного права, а самостоятельной областью частного права, обладающей огромным регулятивным потенциалом.

Описанное коренное изменение в понимании целей и задач международного частного права не могло не сказаться на отношении к роли судейского усмотрения. Неисчерпаемое многообразие частноправовых отношений приводит к мысли о том, что попытки жесткого фиксирования правил на законодательном уровне порождают неэффективный и несправедливый результат в нестандартных ситуациях, когда индивидуальная специфика обстоятельств дела требует специфической оценки баланса интересов участников. Появляется идея о том, что в отдельных случаях законодатель должен формулировать только руководящие указания, нормы-презумпции, оставляя за судом существенную степень свободы усмотрения. Так и происходит сегодня во всех описанных выше областях международного частного права.

Это ярко видно на примере российского международного частного права.

1. Определяя компетенцию российских арбитражных судов по делам с участием иностранных лиц, ст. 247 АПК РФ фиксирует целый ряд жестких оснований для установления международной подсудности (нахождение ответчика в России, исполнение договора в России и т.п.), но при этом данный перечень дополняется п. 10 ч. 1 ст. 247, в котором указывается, что российские арбитражные суды будут обладать компетенцией также «в других случаях при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации». В странах англо-американского права используется иной механизм реализации судейского усмотрения по вопросам международной подсудности. Обычно фиксируются минимально необходимые требования для признания спора потенциально подсудным судам данного государства (например, возможность вручения повестки о слушании дела ответчику на территории этой страны), но затем суду на основе доктрины *forum non conveniens* (так называемого неудобного суда) предоставляется возможность прийти к выводу, что спор не подлежит рассмотрению в данном государстве, поскольку суды другой страны являются более подходящим форумом.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 143 04.05.13 16:04

2. Определяя материальное право, применимое к договору при отсутствии соответствующего соглашения сторон, российский законодатель в ст. 1211 ГК РФ фиксирует определенные презумпции (например, применение права по основному месту деятельности продавца в договоре купли-продажи или подрядчика в договоре подряда), однако одновременно указывает, что суд может сделать вывод о применении иного права, исходя из «условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела». Таким образом, большинство коллизионных норм, помогающих определить право, применимое к договору, превращается в презумпции, которые могут быть опровергнуты судом, если суд приходит к выводу, что существует право страны, с которой договор связан более тесным образом.

3. Как известно, одним из ключевых оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений является противоречие исполнения такого решения публичному порядку соответствующей страны (подп. *b* п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений действительно содержит правило об оговорке о публичном порядке, которое продублировано в п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ). Понятие «публичный порядок» неизбежно оставляет простор для судейского усмотрения, поскольку не предполагает жесткой и исчерпывающей фиксации термина на законодательном уровне.

Таким образом, необходимо сделать вывод о том, что современное международное частное право (как и гражданское право) немыслимо без высокой доли судейского усмотрения.

К сожалению, в умах некоторых российских специалистов касательно международного частного права продолжают доминировать представления вековой давности. В качестве примера можно привести нашумевший проект федерального закона № 243734-6 «О внесении изменений в Федеральный закон „О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок“»[1]. В данном законопроекте предлагается считать, что вынесение иностранным судом судебного акта по делу, которое в соответствии с российским процессуальным законодательством относится к компетенции российских судов, влечет нарушение конституционных прав российских граждан и организаций, вторгается в компетенцию российских судов и нарушает государственный суверенитет Российской Федерации. Такие судебные акты иностранных судов объявляются *заведомо неправосудными*.

Авторы данного законопроекта игнорируют тот факт, что суды во всех странах мира обладают существенной дискрецией в определении пределов международной подсудности, и в условиях отсутствия универсального международного договора по данному вопросу один и тот же спор зачастую может быть потенциально рассмотрен в судах различных стран (в литерату-

[1] *См.: http://asozd2c.duma.gov.ru.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 144 04.05.13 16:04

ре по международному частному праву это явление получило красочное название *forum shopping*). Авторы забывают о том, что данный подход в полной мере реализован и в российском процессуальном законодательстве. Как было указано выше, российский государственный арбитражный суд обладает широким усмотрением при решении вопроса о наличии международной подсудности. При этом российский суд оперирует нормами российского процессуального права, и для него не имеет определяющего значения тот факт, что какой-либо спор также потенциально относится к подсудности судов другого государства. Аналогичным образом ведут себя и иностранные суды, если только речь не идет о ситуации, когда соответствующим государствам удалось согласовать правила международной подсудности в двустороннем или региональном международном договоре о правовой помощи.

Потенциальная возможность попадания в орбиту подсудности судов иностранного государства является неизбежным следствием вступления российских граждан и российских организаций в трансграничные отношения. Связанная с этим правовая неопределенность может в значительной степени устраняться участниками этих отношений путем фиксации в их договорах арбитражных и пророгационных соглашений (соглашений о разрешении всех споров в определенном международном коммерческом арбитраже или государственном суде определенной страны).

Попытка наших законотворцев в одностороннем порядке наложить свою длань на все споры, отнесенные российским процессуальным законодательством к компетенции российских судов, и исключить возможность рассмотрения этих споров судами иностранных государств выглядит неудачной шуткой, способной привести к далеко идущим негативным последствиям (уменьшение размера иностранных инвестиций, установление требований к российским коммерсантам о предоставлении обеспечения исполнения обязательств и т.п., внесение напряженности в международные отношения между Россией и другими странами).

Наверное, возможно представить ситуации, когда иностранный суд может принять судебные акты с нарушением принципов международного публичного права (хотя, по всей видимости, такие примеры будут относиться к случаям привлечения российских граждан или организаций за рубежом к публично-правовой ответственности, т.е. речь не будет идти о спорах по гражданским делам). Но подобные ситуации требуют индивидуального решения с использованием существующего инструментария международного публичного права.

Пока же мы с подобными законопроектами похожи на слона в посудной лавке или дикаря с ядерной ракетой, который хочет заставить своих соседей вести себя определенным образом, ссылаясь на давно устаревшие представления о международном частном праве. Хочется верить в то, что подобные политические демарши, которые отрицательно сказываются на имидже российского государства и российских властей, в будущем не будут повторяться с той завидной периодичностью, которую мы наблюдаем сегодня.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 145 04.05.13 16:04

Особое мнение / *Special Opinion*

ВЕРЕЩАГИН
Александр Николаевич

доктор права (Эссекский университет), генеральный директор ООО «Институт прецедента»

Aleksander Vereshchagin

Doctor of Law (University of Essex), General Director, Institut of Precedent LLC

ВНУТРЕННЕЕ УБЕЖДЕНИЕ СУДЬИ: ИНТЕРЕСНЫЕ ВОПРОСЫ

JUDGE'S INNER CONVICTION: SOME INTERESTING ISSUES

Whenever we speak of judicial discretion it is important at the outset to describe the conceptual framework for the discussion. The English word discretion refers to a court's freedom to decide, but also means discreetness or prudence. Jurisdictions differ as to the degree of discretion afforded to judges. It can be measured objectively in a few cases only, yet in a general way there is an impression that judges in our legal system enjoy no less discretion than those of other jurisdictions.

In discussions of judicial discretion, two types are usually distinguished: 1) legal discretion in the application of a norm (e.g. that of "reasonable" compensation) to the facts of a case and 2) the court's discretion in relation to the meaning of the norm itself, i.e. the selection of one from two or more possible interpretations. It is the latter that opens the possibility of judicial law-making. In my view a third type should be added: judicial discretion in the evaluation of facts and evidence.

In all three cases judges' use of discretion gives rise to the expectation of uniform resolution of analogous cases in the future. Ultimately judges have to allow for society's expectations and are constrained by them. F.A. Hayek on this subject is profound and persuasive. If a judge goes beyond the limits of legitimate expectations, it is condemned as "arbitrariness", while any action within the same limits is called merely "discretion". Yet the boundaries are not always apparent; sometimes they must be sounded out, discovered by trial and error. The most important question is to what extent the results of discretion bind courts subsequently.

Or, to what extent are courts not bound by discretion? Are they entirely exempt or must they pay it some heed? May we conclude that, as the legislator speaks of the evaluation of evidence by inner conviction and elsewhere employs elastic formulations, judges have

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 146 04.05.13 16:04

carte blanche? What is "a judge's inner conviction", is it subject to any constraint and how does it relate to discretion (in any sense, including "prudence")? If a judge is not obliged to respect the results of discretion applied in analogous cases by other courts or even by himself or herself in previous cases, must then the judges in the higher courts, in turn, pay regard to his or her use of discretion? They may have "inner convictions" of their own and their own views as to what reasonableness or good faith demand in any particular case. And if indeed the results of judicial discretion do have to be considered in subsequent cases, how can they be described and recorded in order to be practically usable? These are all interesting questions which should be discussed.

Когда разговор идет о судейском усмотрении, важно сразу очертить понятийную рамку для дискуссии. Слово *discretion* в английском языке означает не только усмотрение, но и осторожность, осмотрительность. Правопорядки различаются по степени предоставленного судьям усмотрения. Объективно измерить эту степень можно лишь в немногих случаях, но в целом создается впечатление, что свобода усмотрения, которой фактически пользуются судьи в нашей правовой системе, ничем не уступает другим юрисдикциям.

При обсуждении судейского усмотрения чаще всего выделяют два его вида: 1) законное усмотрение в ходе применения нормы к фактам дела (например, нормы о «разумной» компенсации издержек); 2) усмотрение суда относительно смысла самой нормы, т.е. выбор между двумя или более вариантами ее прочтения. Второй случай образует сферу судебного нормотворчества. На мой взгляд, к этим двум видам стоит добавить и третий — судейское усмотрение при оценке фактов дела, доказательств.

Если это верно, то получается, что в процессе разрешения дела судья может использовать усмотрение трижды: сначала при оценке доказательств; затем при толковании применимой нормы, если ее значение недостаточно ясно; и, наконец, при выборе последствий применения этой нормы. Например, в антимонопольном разбирательстве суд может оказаться в ситуации, когда ему надо сначала установить факты и на их основе сделать вывод о том, имело ли место соглашение между участниками рынка; затем истолковать законодательную норму, из которой неясно, запрещено ли такое соглашение во всех случаях или же оно все-таки допустимо при определенных обстоятельствах; наконец, придя к выводу, что оно недопустимо, наложить на виновных штраф по своему усмотрению в пределах, установленных в законе.

Во всех трех случаях реализация судьями своего усмотрения формирует ожидания единообразного разрешения аналогичных дел в будущем. Ведь в конечном счете судьи имеют дело с ожиданиями общества и именно ими

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 147 04.05.13 16:04

ограничены. На эту тему глубоко и убедительно писал Ф.А. Хайек[1]. Выход за пределы легитимных ожиданий называется произволом, а действия в этих рамках — усмотрением. Но эти рамки не всегда очевидны, порой их приходится находить наощупь, путем проб и ошибок. Главный вопрос: насколько результаты усмотрения связывают суды впоследствии?

Строго говоря, только выбор одного из вариантов толкования нормы может являться обязывающим результатом (прецедентом). Но и в других двух случаях усмотрение порождает ожидание, что такая же модель будет применена в будущих делах. Однако суды это не всегда признают. Так, в одном из постановлений ФАС Московского округа, в котором шла речь о возмещении судебных издержек заявителя «в разумном размере», встречается достаточно откровенное высказывание на этот счет: «В силу закрепленного в законе принципа свободы внутреннего убеждения суда у суда отсутствует обязанность руководствоваться при разрешении вопросов, отнесенных законом на усмотрение суда, тем, каким образом аналогичные вопросы разрешены другим судом»[2].

Так до какой же степени суд не связан результатами усмотрения: совсем не связан или все-таки должен с ними в какой-то мере считаться? Можно ли сделать вывод о том, что законодатель, говоря о внутреннем убеждении при оценке доказательств и используя каучуковые формулировки в других случаях, тем самым предоставил судьям полный карт-бланш? Но что такое «внутреннее убеждение судьи», ограничено ли оно чем-нибудь и как соотносится с усмотрением (в том числе и в смысле «осмотрительности»)? Если судья не должен считаться с результатами усмотрения других судей по аналогичным делам или даже собственного прежнего усмотрения, то должны ли тогда судьи вышестоящей инстанции в свою очередь считаться с итогами его усмотрения? Ведь у них может быть свое собственное «внутреннее убеждение», собственные взгляды на то, чего требуют разумность и добросовестность в том или ином конкретном деле. И если результаты усмотрения судьи все-таки должны приниматься во внимание в последующих делах, то как они могут быть описаны и формализованы, чтобы их реально можно было использовать? Все это интересные вопросы, которые следовало бы обсудить. Связь теории с практикой в них очень сильна.

---

[1] *См.: Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода. М., 2006. Глава 5. С. 113–140.*
[2] *См.: постановление ФАС Московского округа от 25.08.2009 № КА-А40/7994-09 по делу № А40-88282/08-111-443*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_135-148.indd 148 04.05.13 16:04

КОСТИН
Алексей Александрович
председатель МКАС и МАК при ТПП РФ, профессор

Alexey Kostin
Chairman, International Commercial Arbitration Court and Maritime Arbitration Commission, RF Chamber of Commerce and Industry

О ЗНАЧЕНИИ МЕСТА АРБИТРАЖА

THE SIGNIFICANCE OF PLACE OF ARBITRATION

Place of arbitration has a particular meaning in determining the legal regime under which a given arbitration shall fall.
It may readily be seen that arbitration law is as a rule territorial, i.e. binds arbitration proceedings to a particular national legal system which becomes the lex arbitri.
National legislation or indeed, generally, international instruments do not give a legal definition of place of arbitration.
The modern trend is to demarcate "place of arbitration" as a general commitment to a specific legal system and the performance of particular actions of legal significance in the context of international commercial arbitration (conduct of hearings, meetings of arbitrators, site visits, etc) which may take place outside the place of arbitration.
In this article and my presentation at the Forum I shall particularly emphasise the necessity of distinguishing between place of arbitration as a general commitment to a particular legal system giving legitimacy to the arbitration process — in particular, in matters relating to the setting aside of arbitration decisions, challenging of arbitrators, etc — and the location at which de facto certain procedures are carried out, which may be determined by considerations of economy and convenience without affecting de jure the place of arbitration, which in certain is viewed as a legal fiction.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_149-154.indd 149 04.05.13 6:04

Категория места арбитража имеет особое значение при определении правового режима, которому будет подчиняться тот или иной арбитраж.

В качестве примера сошлемся на ст. 1 Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон), согласно которой данный Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Российской Федерации.

Указанный Закон является слепком с одноименного Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г., который в той или иной степени воспринят национальным законодательством многих государств.

Можно констатировать, что арбитражный закон, как правило, носит территориальный характер, т.е. связывает арбитражное разбирательство с определенной национальной правовой системой, которая выступает в качестве так называемого *lex arbitri*. Следует при этом отметить, что некоторые положения национальных законов об арбитраже могут носить экстерриториальный характер действия. Таковыми, например, являются ст. 8 («Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде»), ст. 9 («Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда»), ст. 35 («Признание и приведение в исполнение арбитражного решения») и ст. 36 («Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения») Закона.

Легальная дефиниция места арбитража обычно отсутствует как в национальных законах, так и в международных актах. Ключевым фактором определения места арбитража применительно к арбитражу *ad hoc* является конкретная договоренность на этот счет между спорящими сторонами. При этом возможны ситуации, в частности, предусмотренные Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже 1961 г., когда место арбитража в случае отсутствия договоренности между сторонами определяется специальным органом.

Применительно к институционному арбитражу место разбирательства чаще всего определяется местонахождением соответствующего арбитражного центра. Так, согласно § 1.2 Регламента МКАС при ТПП РФ, местом арбитража является Москва.

Вместе с тем тенденцией стало разграничение места арбитража как общей привязки к конкретной правовой системе и места совершения отдельных юридически значимых действий в контексте международного коммерческого арбитража (проведение слушаний, встреч арбитров, выезд на место происшествия и т.п.), которые могут происходить за пределами страны места проведения арбитража. В соответствии с § 22 Регламента МКАС при ТПП РФ стороны могут договориться о проведении слушаний в другом месте, а состав арбитража (по согласованию с ответственным секретарем МКАС) может проводить слушания и иные заседания в любом другом месте за пределами Москвы. Как известно, предписания такого рода встречаются и в регламентах других известных центров международного коммерческого арбитража.

С учетом изложенного можно сделать следующий вывод. Необходимо различать место арбитража как общую привязку к какой-либо правовой системе, определяющей легитимность арбитражного процесса, включая вопросы оспаривания арбитражных решений, рассмотрение вопросов об отводах арбитров и т.п., и фактическое место проведения отдельных процедур, выбираемое из соображений экономии и удобства, что не изменяет де-юре место арбитража, которое превращается таким образом в юридическую фикцию.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_149-154.indd 150 04.05.13 6:04

Особое мнение / *Special Opinion*

МИСТЕЛИС Лукас

профессор по транснациональному коммерческому праву и директор Школы международного арбитража при Университете Королевы Марии, Лондон

Loukas Mistelis

Professor of Transnational Commercial Law and Arbitration and Director of the School of International Arbitration, Queen Mary University of London

МЕСТО ПРОВЕДЕНИЯ АРБИТРАЖНЫХ РАЗБИРАТЕЛЬСТВ: ВЫБОР И КОНКУРЕНЦИЯ УПРАВЛЕНИЕ РИСКАМИ И ПЛАНИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

ARBITRAL SEATS: CHOICES AND COMPETITION RISK MANAGEMENT AND BUSINESS PLANNING

Numbers speak better than words: international arbitration is nowadays a well-established mechanism for the settlement of commercial disputes; according to published institutional statistics the number of cases in 2012 is three times the number of cases in 1992. Many major cities are competing to attract arbitration cases in their territory as it appears that arbitration contributes to the local economy: Singapore, Mauritius, London, Paris, New York and other cities are marketing themselves as arbitral seats.

According to surveys conducted by the School of International Arbitration[1] amongst the various choices parties to arbitration agreements have to make the seat of arbitration is quite important. This is the second most important choice corporate lawyers have to make, often in consultation with outside counsel. The most important choice is that of the law governing the contract: parties choose a law to make sure that their contract works but also have to plan for an escape route in case things go wrong (a sort of a "pre-nuptial agreement"). It is no surprise that for lawyers it is the choice of seat (and the choice of arbitration institution) that captures their interest.

Participating corporations were asked to indicate their preferred seat of arbitration and the reason for their preference. London is the most commonly preferred (30%), followed by Geneva (9%), Paris and Singapore (each 7%) and New York (6%). Respondents also referred to a range of other seats, suggesting that parties are increasingly looking beyond the "traditional" seats of arbitration, such as Mauritius.

---

[1] *www.arbitrationonline.org.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_149-154.indd 151 04.05.13 6:04

We asked companies to rate the importance of a list of factors in influencing their corporations' choices about the seat of arbitration. The most important factor is the legal infrastructure at the seat (62%), including both the national arbitration law but also the track record in enforcing agreements to arbitrate and arbitral awards in that jurisdiction and its neutrality and impartiality. The law governing the substance of the dispute (46%) came second. Convenience is also an important factor (45%) including location, industry specific usage, prior use by the organisation, established contacts with lawyers in jurisdiction, language and culture and the efficiency of court proceedings. As with the choice of governing law, corporations are focusing also on practical issues: the location of the relevant people involved in the arbitration and the recommendations of external counsel are the least important factors.

Cost is the most important aspect of general infrastructure that influences that choice of seat (42%), followed by good transport connections (26%) and hearing facilities (including translators, interpreters and court reporters) (21%). Respondents also listed safety and the absence of bribery as important factors. Efficiency and promptness of court proceedings is the most important aspect of the convenience of a seat (20%), followed by language (16%), good contacts with specialised lawyers operating at the seat (15%) and the location of the parties (11%). Cultural familiarity is also an important factor (10%). Interestingly, previous experience of the seat is not a particularly important factor (7%), nor is the location of the arbitrators (6%).

Three comments can be made here with some certainty.

First, of the traditional seats, London is the one that does best over the last seven years period. Paris and New York start lagging behind. The reason for London's popularity must be the dominance of English language, the accessibility of English law (most cases are widely publicized and discussed and England attracts the highest number of foreign law students), the enduring appeal amongst Commonwealth countries and the appeal of London amongst "new arbitration markets", i.e. Russia and Middle East.

Second, regional arbitration centres solidify their position. We should specifically observe the strong positions of Hong Kong and Singapore and also the good position of Cairo and Dubai. There seems to be no regional leader in Latin America or in Africa.

Third, although it is commonplace that the UNCITRAL Arbitration Model Law in its 1985 and 2006 versions represents international standards, it appears that two thirds of arbitration cases are seated in non-Model Law countries. There are more than 65 jurisdictions which have adopted the Model Law. It seems, that the Model Law alone is not sufficient to establish a country (or city) as a seat of arbitration. One cannot underestimate not only the importance of local judiciary, legal and ancillary professions and general infrastructure such as hotels, transport links and hearing rooms, but also of sustained marketing through conferences, tax incentives and promotion through arbitration institutions. And the competition is rather fierce! This must be good news for users of arbitration services: competition is normally a very good thing for consumers of services.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_149-154.indd 152 04.05.13 6:04

Цифры более красноречивы, чем слова: сегодня международный арбитраж — это сформировавшийся механизм урегулирования хозяйственных споров; согласно институциональным статистическим данным, количество дел, рассмотренных в 2012 г., в три раза превышает количество дел за 1992 г. Многие города соревнуются за рассмотрение арбитражных дел на их территории, поскольку получается, что арбитражные разбирательства вносят свой вклад в местную экономику: Сингапур, Маврикий, Лондон, Париж, Нью-Йорк и другие города рекламируют себя в качестве мест проведения арбитражных разбирательств.

Согласно данным опросов, проводившихся Школой международного арбитража[1], среди принимаемых сторонами арбитражных соглашений решений очень важно решение о месте проведения арбитражных разбирательств. Оно является вторым по важности, поэтому штатные юристы компаний зачастую для его принятия прибегают к советам внешних юридических консультантов. Самое главное — это выбор права, регулирующего договор, ведь стороны выбирают то, которое позволит их договору работать, но они также должны продумать пути отступления на случай, если что-то пойдет не так (как в брачном договоре). Неудивительно, что именно выбор места проведения разбирательств (и выбор арбитражной инстанции) непосредственно затрагивает интересы юристов.

Компании, участвовавшие в опросах, попросили указать, какому месту проведения арбитражных разбирательств они отдают предпочтение и по каким причинам. Чаще всего предпочтение отдают Лондону (30%), затем идут Женева (9%), Париж и Сингапур (каждый по 7%) и Нью-Йорк (6%). Респонденты также называли и другие юрисдикции, что говорит о том, что стороны все чаще обращаются к нетрадиционным местам проведения арбитражных разбирательств, таким, как Маврикий.

Мы попросили компании оценить весомость факторов, влияющих на их выбор места проведения арбитражных разбирательств. Наиболее существенной оказалась правовая инфраструктура в местах проведения арбитражных разбирательств (62%), включая не только национальное законодательство, регулирующее арбитражные разбирательства, но и исторические сведения о передаче споров по договорам в арбитраж и об арбитражных решениях в этой юрисдикции, а также соблюдение принципов нейтралитета и беспристрастности. На второе место участники опроса поставили право, регулирующее существо спора (46%). Удобство также является важным фактором (45%), включая местоположение, отраслевую специфику, предыдущий опыт организации, сформировавшиеся связи с юристами в юрисдикции, язык, культуру и эффективность судопроизводства. Как и при выборе применимого права, компании обращают внимание на практическую сторону вопроса, а местонахождение участников процесса и рекомендации внешних консультантов были отнесены к менее существенным факторам.

---

[1] *www.arbitrationonline.org.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_149-154.indd 153 04.05.13 6:04

При оценке общей инфраструктуры места проведения арбитража наиболее важным аспектом респонденты назвали стоимость (42%), затем транспортную инфраструктуру (26%) и условия для проведения слушаний (включая письменных и устных переводчиков и судебных протоколистов) (21%). В число весомых факторов участники опроса также включили безопасность и отсутствие взяточничества. Среди аспектов удобства места арбитража называли эффективность и оперативность проведения судебных разбирательств (20%), язык, на котором проводятся слушания (16%), хорошие связи с профильными юристами, работающими в этой юрисдикции (15%), и местоположение сторон (11%). Культурная близость также считается важным фактором (10%). Интересно отметить, что прошлый опыт проведения разбирательств в данном месте не считается особенно весомым фактором (7%), равно как и местоположение арбитров (6%).

О трех вещах можно говорить с определенной уверенностью.

Во-первых, что касается традиционных мест проведения разбирательств, Лондон лучше всего справляется с этой функцией последние семь лет. Париж и Нью-Йорк начинают отставать. Причинами популярности Лондона, должно быть, являются английский язык, доступность английского права (большинство дел открыто публикуется и обсуждается, кроме того, Англия привлекает большое количество иностранных студентов-юристов), традиционная популярность среди стран Британского Содружества и привлекательность среди «новых рынков арбитражных разбирательств», т.е. России и Ближнего Востока.

Во-вторых, региональные арбитражные центры укрепляют свои позиции. Следует особо отметить сильные позиции Гонконга и Сингапура, а также хорошее положение Каира и Дубая. В Латинской Америке или в Африке региональных лидеров не наблюдается.

В-третьих, хотя общеизвестно, что Типовой закон об арбитраже ЮНСИТРАЛ в редакции 1985 и 2006 гг. представляет собой международные стандарты, складывается впечатление, что две трети арбитражных дел проводятся в странах, не использующих его. Типовой закон приняли не более 65 стран. Получается, что его недостаточно для того, чтобы выбрать страну (или город) в качестве места проведения арбитражных разбирательств. Нельзя забывать о важности не только местных судейских и юридических кадров и общей инфраструктуры поддержки заседаний и слушаний (например, услуги гостиничного и транспортного секторов; обслуживание и оборудование помещений для слушаний), но и о необходимости в постоянном маркетинге посредством проведения конференций, предоставления налоговых стимулов и организации рекламных и просветительских мероприятий через арбитражные институты. И конкуренция довольно сильна! Это должно стать хорошей новостью для пользователей арбитражных услуг: конкуренция, как правило, является благоприятным фактором для них.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_149-154.indd 154 04.05.13 6:04

КУДЕЛИЧ
Екатерина Андреевна
заместитель начальника Управления международного права и сотрудничества ВАС РФ

Ekaterina Kudelich
Deputy head of the international law and cooperation division, the Supreme Commercial Court of the Russian Federation

АРБИТРАЖ И КОРРУПЦИЯ — ДВЕ ВЕЩИ НЕСОВМЕСТНЫЕ?

ARBITRATION AND CORRUPTION — TWO THINGS INCOMPATIBLE?

As corruption globally has increased sharply over recent years, so have the means used to counter it become more diverse. Purely criminal-law mechanisms have been bolstered by civil-law methods for punishing corruption offences committed in the agreement and conduct of commercial transactions. That means, in particular, some fairly large procedural and substantial alterations to arbitral investigations of corrupt dealings: there are fundamental changes in the approach to arbitrability of such cases, the burden of proof and the role of arbitration judges in establishing whether a particular transaction is corrupt.

Giving arbitration courts the power to declare transactions void where they contravene international public order demands that at the same time the judges find a way of preventing parties from exploiting a protection to advance their private commercial interests.

The article considers also another facet of corruption in the context of arbitration, that of crimes committed in arbitration proceedings themselves (suborning of judges, falsification of evidence or rulings, etc) which is also a serious threat to national legal orders.

С момента принятия в США в 1977 г. Закона о противодействии зарубежной коррупционной практике, положившего начало формированию как национальной, так и международной правовой базы по борьбе с коррупцией[1], общий контекст коррупционных правонарушений значительно изменился. Стираются различия между коррупцией в публичном и частном секторах; в силу глобализации она все чаще утрачивает национальные черты и становится трансграничной.

Трансформируются и способы противодействия коррупции: последние десятилетия с очевидностью продемонстрировали, что одна лишь криминализация коррупционных правонарушений не является эффек-

[1] *См., напр.: Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных государственных должностных лиц при осуществлении международных сделок (1997 г.), Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию (1999 г.), Конвенция Совета Европы о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (1999 г.), Конвенция ООН против коррупции (2003 г.), Межамериканская конвенция против коррупции (1996 г.).*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_155-160.indd 155 04.05.13 6:38

тивной. Ежегодные доклады международной неправительственной организации *Transparency International*[2] показывают, что индекс восприятия коррупции во всем мире растет. В связи с этим исключительно актуальной становится проблематика применения мер гражданско-правовой ответственности за коррупционные правонарушения, самостоятельным аспектом которой является определение роли международного коммерческого арбитража в применении таких мер.

Прежде всего, следует оговориться, что проблема арбитража и коррупции имеет два аспекта: (1) когда в рамках арбитражного разбирательства выдвигаются требования о признании недействительными гражданско-правовых сделок как носящих коррупционный характер[3], и (2) когда коррупционные правонарушения совершаются арбитрами в ходе рассмотрения дела.

Коррупционные сделки и арбитраж

На первый взгляд кажется, что констатация наличия или отсутствия коррупционного элемента в гражданско-правовой сделке не согласуется с самой природой арбитража как альтернативного способа разрешения споров, не наделенного, в отличие от государственных судов, карающими полномочиями. Поэтому возникает вопрос арбитрабильности подобного рода споров.

Арбитрабильность споров, предметом которых являются коррупционные сделки

Когда в практике международного коммерческого арбитража возник вопрос о наличии у арбитража правомочий определять гражданско-правовые последствия заключения коррупционных сделок, первой реакцией стал отказ признавать такие споры арбитрабильными. Начало было положено делом, рассмотренным в 1963 г., в котором единоличный арбитр Лагергрен вынес постановление об отсутствии у него компетенции рассматривать спор[4].

Между тем начиная с 1994 г. действует подход, принятый Федеральным судом Швейцарии в решении по делу *National Power Corp v. Westinghouse*[5], который постановил, что в силу принципа *kompetenz-kompetenz* арбитражный трибунал вправе самостоятельно решать вопрос о наличии у него компетенции рассматривать конкретный спор, в том числе и тот, предметом которого является коррупционная сделка. В 1998 г. этот подход был поддержан Высоким судом Англии в решении по делу *Westacre Investments Inc v. Jugoimport SPDR Holding Ltd.*[6] С тех пор можно считать указанный подход к арбитрабильности споров, предметом которых являются коррупционные сделки, устоявшимся.

Следует различать две разновидности коррупционных сделок:

- *сделки о коррупции,* целью которых является совершение коррупционного действия и которые часто маскируются под гражданско-правовые договоры;
- *сделки, заключенные благодаря коррупции,* такие сделки с точки зрения содержания не противоречат нормам закона или добрым нравам, но их недействительность обусловливается тем, что предпосылкой их заключения являлись коррупционные, т.е. незаконные действия.

При этом если признание первой разновидности коррупционных сделок недействительными (ничтожными) особой сложности не представляет, поскольку их

---

[2] *См.: www.transparency.org/research/cpi/overview.*

[3] *Так, в Конвенции ООН против коррупции раскрываются следующие возможные формы коррупции в частном секторе:*
1) подкуп — a) обещание, предложение или предоставление, лично или через посредников, какого-либо неправомерного преимущества любому лицу, которое руководит работой организации частного сектора или работает в любом качестве в такой организации, для самого такого лица или другого лица, с тем чтобы это лицо совершило в нарушение своих обязанностей какое-либо действие или бездействие; b) вымогательство или принятие, лично или через посредников, какого-либо неправомерного преимущества любым лицом, которое руководит работой организации частного сектора или работает в любом качестве в такой организации, для самого такого лица или другого лица, с тем чтобы это лицо совершило, в нарушение своих обязанностей, какое-либо действие или бездействие (ст. 21);
2) хищение лицом, которое руководит работой организации частного сектора или работает в любом качестве в такой организации, какого-либо имущества, частных средств, или ценных бумаг, или любого другого ценного предмета, находящихся в ведении этого лица в силу его служебного положения (ст. 22);
3) отмывание доходов от преступления (ст. 23).

[4] *См.: ICC Award № 1110 of 1963, YCA 1996. At 47 et seq. (also published in: Arbitration International. 1994, at 282 et seq.).*

[5] *ATF 119 II 380.*

[6] *[1999] Lloyd's report 1965 (CA).*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_155-160.indd 156 04.05.13 6:38

предметом является неправомерное действие, то подобные же основания недействительности не всегда возможно применить к договорам, заключенным благодаря коррупции. В современной практике арбитражей[7] сформирован критерий, согласно которому для признания договора, заключенного благодаря коррупции, недействительным необходимо доказать, что дача взятки являлась обязательным условием *(cause efficiente)* его заключения.

Процессуальные аспекты рассмотрения арбитражами споров, предметом которых являются коррупционные сделки

Процедура доказывания коррупционности

Общая процедура доказывания в арбитраже, как известно, заключается в том, что каждая из сторон спора обязана доказать те факты и обстоятельства, на которых она основывает свои требования. Специфика данной категории дел, обусловленная уголовным характером коррупционных действий, поднимает вопрос о том, какой стандарт доказывания[8], свойственный уголовному (вне разумных сомнений — *beyond reasonable doubts*) или гражданскому (соотношение вероятностей правдоподобности представленных сторонами доводов и доказательств — *a balance of probabilities*) процессу, будет избран[9].

Однозначного свидетельства тому, что какой-то один из указанных стандартов является общепризнанным на практике, нет. В ряде дел арбитры требуют от стороны, ссылающейся на коррупционный характер заключенной сделки, однозначных и веских доказательств[10], которые не могут базироваться лишь на предположениях.

Между тем практика арбитражей последних лет свидетельствует о том, что доказать наличие коррупционного фактора в сделке исключительно сложно. Так, в руководстве *UN Anti-Corruption Toolkit* (2004) отмечается особая природа коррупционных дел, исходя из которой соблюдение высокого стандарта доказывания, требующего, чтобы сторона, заявляющая о коррупционном характере сделки, представила убедительные доказательства, труднодостижимо. Высшие должностные лица государств, вовлеченные в коррупционную деятельность, зачастую способны препятствовать проведению расследований, уничтожать или скрывать доказательства, что делает невозможным для другой стороны представление веские доказательства коррупции.

Указанные сложности приводят к мнению о целесообразности перенесения бремени доказывания на ответчика, обвиняемого в коррупции[11], что придаст арбитражной процедуре несвойственные ей черты инквизиционного процесса.

Между тем частичное перенесение бремени доказывания возможно и даже в некоторых случаях является оправданным. В рамках использования упомянутого выше стандарта доказывания, основанного на сопоставлении доводов сторон с точки зрения их соответствия действительности, в практике международного арбитража имеются примеры подобного переноса бремени доказывания. Так, в одном из дел, рассмотренных Международной торговой палатой в 1983 г.[12], арбитраж счел отказ принципала представить доказательства предпринятых им действий для заключения принципалом публичного контракта с Правительством Ирана доказательством наличия коррупционной составляющей.

В любом случае подобный отход от стандартного распределения бремени доказывания является оправданным в исключительных случаях, поскольку это может привести к необоснованной ссылке на коррупционность как основание для оспаривания заключенных сделок.

---

[7] *В качестве примера можно привести дело World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, 04.10.2006 (ICSID Case № ARB/00/7).*

[8] *В данном случае под стандартом доказывания понимается минимально допустимая совокупность доказательств, при наличии которой юридический факт считается доказанным.*

[9] *Следует отметить, что процессуальные стандарты рассмотрения споров в международных арбитражах, как правило, основаны на англо-саксонских конструкциях.*

[10] *См.: EDF (Services) Ltd v. Romania (ICSID Case № ARB/05/13), ICC Case № 6401, Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines, Award of 19 December 1991.*

[11] *См.: Mills K. Corruption and other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto. ICCA Congress Series. № 11 (Kluwer 2003). P. 295.*

[12] *См.: ICC Case № 3916 (1983).*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_155-160.indd 157 04.05.13 6:38

Роль и функции арбитража в установлении коррупционного характера сделки

В отличие от ранее описанной ситуации, когда одна из сторон приводит довод о коррупционном характере сделки, в практике арбитража распространены случаи, когда заключившие такую сделку стороны не заинтересованы в раскрытии подобной информации. В этом случае возникает вопрос о том, вправе и должен ли арбитраж устанавливать и оценивать данный факт самостоятельно.

С одной стороны, это противоречит принципу состязательности процесса и опять-таки наделяет его чертами инквизиционности. Арбитраж, который традиционно является альтернативным государственному правосудию инструментом разрешения гражданско-правовых споров, основанным на принципе автономии воли сторон, наделяется правоохранительными чертами, которые ему не присущи и предписывают становиться дополнительным инструментом борьбы с коррупцией.

С другой стороны, многие исследователи полагают, что поскольку коррупция является ярким примером нарушения международного публичного порядка, то в обязанности арбитров входит оценка правоотношений сторон на предмет их правомерности. В связи с этим, если арбитраж констатирует коррупционность таких правоотношений, то он наделяется правомочием по применению соответствующих юридических последствий под угрозой последующего отказа государственных судов в его принудительном исполнении по мотиву нарушения публичного порядка[13].

Между тем подобное расширение мандата арбитража нуждается не только в серьезном обосновании в рамках каждого конкретного разбирательства обстоятельств, которые должны являться весомым основанием для инициирования арбитражем исследования вопросов наличия коррупционной составляющей, но и в соответствующем процессуальном оформлении. Так, стандарт надлежащей судебной процедуры требует, чтобы арбитраж уведомил стороны об имеющихся у него подозрениях в коррупционном характере спора и предложил им представить доказательства, опровергающие такие предположения.

Тесно связан с этим вопрос об обязанности арбитров сообщать компетентным правоохранительным органам государств о ставших им известными фактах коррупции и о том, каким образом это соотносится с базовым принципом конфиденциальности арбитражного разбирательства. По общему правилу данные вопросы решаются в соответствии с положениями национального законодательства арбитров, которые в большинстве случаев предписывают приоритет публичных целей борьбы с коррупцией над частным интересом в сохранении конфиденциальности арбитражного разбирательства.

Коррупционный характер сделки, явившейся предметом арбитражного разбирательства, как основание для отказа в принудительном исполнении арбитражного решения

Основная проблема осуществляемых в национальных государственных судах процедур оспаривания либо признания и приведения в исполнение арбитражных решений заключается в поиске ответа на вопрос, насколько государственные суды связаны выводами арбитражей об отсутствии коррупционного элемента в рассмотренных ими спорах, что вытекает из принципа невозможности пересмотра арбитражного решения по существу. С другой стороны, национальные суды связаны позитивной обязанностью пресекать нарушения публичного порядка, в том числе путем отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений.

Ряд государств придерживается *стандарта минимального пересмотра*, отдавая приоритет принципу окончательности арбитражных решений, за исключением, в частности, случаев, когда доказательства неправомерности действий, послуживших предметом оценки в рамках арбитражного разбирательства, являются новыми обстоятельствами и не могли быть представлены стороной ранее[14].

[13] *См.: подп. b п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958 г.).*

[14] *В практике российских арбитражных судов примером является дело № А40-35343/03-69-221 Арбитражного суда г. Москвы (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 26.10.2004 № 3351/04).*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_155-160.indd 158 04.05.13 6:38

Но есть и государства, придерживающиеся противоположного *стандарта максимального пересмотра*, который исходит из главенства функции судов по охране публичного порядка. Справедливости ради нужно отметить, что в современных условиях в чистом виде использование такого стандарта встречается редко. Все чаще подход и выводы государств обусловлены анализом определенной ситуации в конкретном деле.

Апелляционный суд Англии в знаменитом постановлении по делу *Soleimany v. Soleimany*[15] вычленил ряд условий, наличие которых необходимо для того, чтобы государственный суд мог пересмотреть выводы арбитража:

- представление одной из сторон достаточного при отсутствии опровержения доказательства незаконности контракта *(prima facie evidence)*;
- анализ выводов арбитража относительно законности сделки;
- уровень компетентности арбитра;
- анализ арбитражной процедуры на предмет исключения сомнений в получении решения посредством подкупа, мошенничества или иных неправомерных действий.

В целом схожий подход был продемонстрирован и российскими арбитражными судами в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» (далее — Обзор). В п. 2 указанного Обзора приводится пример, когда иностранный арбитраж отказался признавать заключенный договор коррупционным, ссылаясь на то, что отсутствует вступившее в законную силу решение компетентного суда о привлечении к ответственности за совершение коррупционных действий лица, заключившего договор от имени российского предприятия. В ходе рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения российский суд констатировал, что принудительное его исполнение будет являться нарушением публичного порядка, поскольку имеется вступивший в законную силу приговор суда общей юрисдикции о привлечении генерального директора российского предприятия, заключившего договор, к уголовной ответственности за преступление, предусмотренное ч. 3 ст. 204 УК РФ (коммерческий подкуп).

При этом арбитражный суд признал принудительное исполнение иностранного арбитражного решения, которое предусматривало взыскание неустойки по неисполненному контракту, заключенному в результате коммерческого подкупа уполномоченного лица предприятия, противоречащим публичному порядку Российской Федерации.

Коррупция в рамках арбитражного разбирательства

Об актуальности данной проблемы свидетельствует принятие в 2003 г. Дополнительного протокола к Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию[16], который призван криминализировать активный и пассивный подкуп арбитров и присяжных заседателей, совершенные в рамках арбитражного (третейского) разбирательства.

В качестве активного подкупа (дачи взятки) Протоколом рассматриваются обещание, предложение или предоставление каким-либо лицом прямо или косвенно какого-либо неправомерного преимущества любому из третейских судей (арбитров) для самого лица или любого иного лица, с тем чтобы оно совершило действия или воздержалось от их совершения при осуществлении своих функций, когда это сделано преднамеренно.

Если два элемента состава, необходимые для квалификации деяния в качестве активного подкупа арбитров, достаточно очевидны — это умысел (как субъективная сторона), обещание, предложение или предоставление неправомерного преимущества

[15] *См.: [1999] Q.B. 785.*

[16] *Россия Дополнительный протокол подписала, но не ратифицировала.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_n_155-160.indd 159 04.05.13 6:38

(как объект), то третий элемент состава преступления (субъект) нуждается в уточнении, поскольку Протокол не ограничивает личность лица, осуществляющего активный подкуп арбитра, лишь сторонами арбитражного разбирательства, предполагая, что им может быть любое заинтересованное лицо.

В качестве пассивного подкупа (получение взятки) Протокол рассматривает (1) испрашивание или получение арбитром какого-либо неправомерного для него преимущества, (2) принятие предложения либо обещания такого преимущества, с тем чтобы этот арбитр совершил действия или воздержался от их совершения при осуществлении его функций, когда это сделано преднамеренно.

В Российской Федерации, где число третейских судов превышает полторы тысячи и большая часть из них не соответствует минимальным стандартам независимости, беспристрастности и законности, криминализация активного и пассивного подкупа арбитров, фальсификация сторонами доказательств в рамках третейского разбирательства и фальсификация арбитрами решений (в том числе повсеместной практики вынесения третейских решений задним числом) нередко имеют место.

Одновременно с этим нуждаются в конкретизации и надлежащем соблюдении в практике международных арбитражей и внутренних судов правила раскрытия информации о конфликте интересов, которые призваны играть в том числе роль защиты от необоснованных обвинений арбитров в коррупции с целью дискредитировать вынесенное арбитражное решение.

В упоминавшемся выше Обзоре сформированы базовые процессуальные стандарты, связанные с раскрытием арбитрами информации о наличии потенциального или реального конфликта интересов. Так, извещение арбитром сторон о том, что в течение последних трех лет он трижды избирался компанией в качестве арбитра по другим спорам, не связанным с ведущимся арбитражным разбирательством, и отказ другой стороны от задействования процедуры отвода такого арбитра лишают ее впоследствии права ссылаться на наличие конфликта интересов и нарушение тем самым принципов независимости и беспристрастности арбитражного разбирательства[17].

В другом случае, напротив, арбитражный суд указал, что вынесение решения арбитром, который является менеджером, директором или членом наблюдательного совета или обладает схожими полномочиями, позволяющими влиять на действия одной из сторон, является безусловным основанием для отказа в принудительном исполнении арбитражного решения ввиду нарушения фундаментальных принципов независимости и беспристрастности арбитров при рассмотрении споров, которые входят в основу процессуального международного публичного порядка и поэтому подлежат безусловной защите[18].

Подводя итог, хочется отметить, что проблематика коррупционности в рамках арбитражного разбирательства в различных ее проявлениях требует серьезного осмысления. В связи с этим проведение круглого стола «Пересечение частного коммерческого арбитража и уголовного права различных стран: вопросы уголовных нарушений в ходе арбитражных разбирательств» в рамках III Петербургского Международного Юридического Форума нацеливает на плодотворное профессиональное обсуждение поставленных вопросов.

[17] *См.: п. 11 Обзора.*
[18] *См.: п. 12 Обзора.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_155-160.indd 160 04.05.13 6:38

Мы будем благодарны вам до конца своей жизни.

Ежегодно в России у двухсот двадцати тысяч человек обнаруживают рак четвертой степени. Этот диагноз означает только одно – смерть. Врачи в этом случае бессильны. Помочь таким больным могут только хосписы. Здесь умирающим людям обеспечивают полноценный уход и создают человеческие условия жизни – достойной жизни до самого конца.

Помогая хосписам, вы можете проявить милосердие и облегчить участь тех, кто уже не в силах помочь себе сам. Поверьте, они будут признательны вам хотя бы за то, что вы о них еще помните.

Узнайте больше о хосписном движении на сайте **www.hospice.ru**

реклама

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

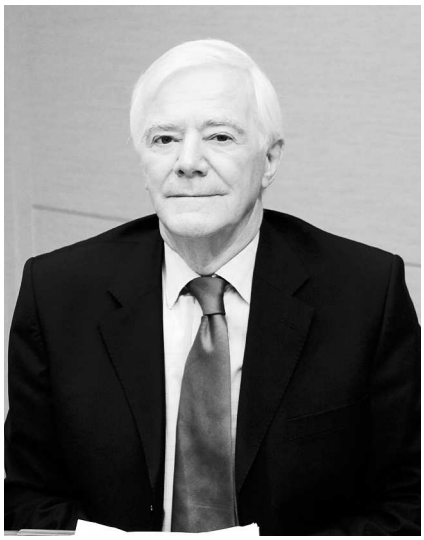
ZS_p_161.indd 161 04.05.13 0:12

Многие правовые проблемы в современном мире связаны с деятельностью наднациональных регуляторов, одним из которых является ВТО. Мы побеседовали с ведущими специалистами по праву ВТО международной юридической фирмы *White & Case LLP* в рамках проводимого ими семинара на тему «Россия и Всемирная торговая организация: возможности и трудности для российских и международных компаний».

Шеф-редактор журнала «ЗАКОН»
Владимир Румак попытался выяснить, каковы правила игры в правовом поле ВТО.

Many legal problems in the modern world are closely connected with international regulatory bodies. The WTO is one of them. We interviewed White & Case WTO law experts about the rules of the WTO during a seminar on "Russia and the World Trade Organization: Opportunities and Challenges for Russian and Multinational Companies".

В интервью принимали участие:
Interviewed persons:



Дэвид Хартридж, старший советник по вопросам ВТО Женевского офиса *White & Case*. Окончил университет Оксфорда (Великобритания), имеет степень магистр гуманитарных наук. До прихода в *White & Case* Дэвид в течение восьми лет занимал должность директора подразделения ВТО по торговле услугами, являлся главным лицом в Секретариате ВТО, ответственным за заключение и осуществление Генерального соглашения по торговле услугами.

David Hartridge, *senior WTO counselor in the Geneva office of White & Case. David graduated from Oxford University (MA), United Kingdom. Prior to joining White & Case, he served for eight years as Director of the WTO's Trade in Services Division and carried principal responsibility in the WTO Secretariat for the completion and implementation of the General Agreement on Trade in Services (GATS).*

Саския Сигер, старший юрист практики по международной торговле, работает в женевском офисе *White & Case*. Окончила Мюнхенский университет (Германия) и допущена к юридической практике в Германии. До прихода в *White & Case* была, помимо прочего, стажером отдела ВТО посольства Германии в Женеве.

Saskia Seeger, *senior associate in the International Trade Group, works in the Geneva office of White & Case. Saskia graduated from the university of Munich, Germany, and is qualified as an attorney in Germany. Prior to joining White & Case Saskia worked, among others, as a trainee in the WTO unit of the German Mission in Geneva.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 162 04.05.13 0:24

РОССИИ НЕ СЛЕДУЕТ ДУМАТЬ, ЧТО У НЕЕ КАК У НОВОГО ЧЛЕНА ВТО ЕСТЬ ЕЩЕ КАКОЙ-ТО СРОК ДЛЯ ТОГО, ЧТОБЫ ПРИВЫКНУТЬ К ПРАВИЛАМ

IT WOULD BE WRONG FOR RUSSIA TO ASSUME THAT AS A NEW WTO MEMBER IT HAS SOME TIME TO GET USED TO THE RULES

Йохай Бэйсбурд, советник практики по международной торговле, работает в вашингтонском офисе *White & Case*. Окончил юридический факультет Тулейнского университета (США). До прихода в *White & Case* Йохай в течение четырех лет занимал должность юриста в международной юридической фирме в Вашингтоне, а также внештатного помощника судьи Окружного суда США по восточному округу штата Луизиана.

Yohai Baisburd, *counsel in the International Trade Group, is resident in the Washington, DC office of White & Case. Yohai graduated from Tulane Law School, United States. Prior to joining White & Case, he spent four years as an associate at an international law firm in Washington, DC and worked as a judicial extern for a US District Court Judge for the Eastern District of Louisiana.*

Наталья Баюрова, юрист московского офиса, специализирующийся по вопросам корпоративного права и права ВТО. Окончила юридический факультет Ярославского государственного университета (Россия), училась в Университете Маастрихта (Нидерланды) и в Центрально-Европейском университете (Венгрия). До прихода в *White & Case* Наталья проходила практику в юридическом отделе Секретариата штаб-квартиры ВТО и в международной юридической компании в Лондоне.

Natalia Bayurova, *associate in the Moscow office of White & Case focusing on corporate and WTO law. Natalia graduated from the Yaroslavl State University (Russia) and studied at the Maastricht University (Netherlands) and Central European University (Hungary). Prior to joining White&Case Natalia worked as an intern with the Legal Affairs Division of the WTO and an international law firm based in London.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 163 04.05.13 0:24

— In Russia many people are puzzled by the fact of our country's joining the World Trade Organization, which raises many concerns, in particular, why did we have to do it in the first place? I would like to know your opinion: what specific advantages does private business receive from Russia's joining the WTO?

Y. Baisburd: The international trading system is a rules-based system. The rules are the WTO agreements. They cover a whole host of topics, including, the movement of goods across borders, providing services across borders, intellectual property rights, certain investment measures, dumping and subsidy rules.

Russia was the last major economy to be outside that rules-based system, and by joining the system it is able to take advantage of the rules in a way that it could not do when it was outside. For example, a few years ago China brought an antidumping investigation over what is called GOES — Grain-Oriented Electrical Steel imported from Russia and the United States. However, this investigation was not done according to the WTO rules.

As a WTO member, the United States was able to challenge China's WTO-inconsistent investigation through WTO dispute settlement. The United States won the case. Meanwhile Russia, which was a target of the very same investigation, was not a member of the WTO at the time, and thus had no recourse. Russia could not invoke the dispute-settlement process at the WTO to challenge China's actions. I think this is a very concrete example of the types of benefits that Russia will now enjoy after entering the international rules-based trading system. Entry into the WTO ensures that other countries play by the same rules with respect to Russian exports.

D. Hartridge: I would like to add that there are two major aspects in which WTO membership confers benefits. The first Yohai has talked about: it guarantees access to foreign markets, and it provides Russia with the means to defend itself against discrimination or illegal restrictions in foreign markets.

The second great benefit for business, which has nothing to do with foreign markets, is the domestic aspect.

— В России многие недоумевают по поводу самого факта вступления нашего государства во Всемирную торговую организацию, и в связи с этим возникает много вопросов. В частности, зачем это нужно? Хотелось бы узнать ваше мнение: какие конкретно плюсы получает частный бизнес от вступления государства в ВТО?

Й. Бэйсбурд: Всемирная торговая система основана на определенных правилах, которые прописаны в соглашениях Всемирной торговой организации. Эти правила охватывают целый ряд вопросов, в том числе движение товаров через границу, трансграничное предоставление услуг, права на интеллектуальную собственность, некоторые виды инвестиционной деятельности, правила о демпинге и субсидиях.

Россия оставалась последней крупной страной, которая не входила в данную систему, вступление в ВТО дает России возможность воспользоваться правилами данной системы, которыми она не могла воспользоваться раньше. Например, несколько лет назад Китай проводил антидемпинговое расследование касательно текстурированных электросталей из России и США. Это расследование было проведено в нарушение правил ВТО.

Как член ВТО США могли его оспорить в рамках существующих в ВТО процедур разрешения споров. Штаты выиграли дело. В то время как Россия, против которой было также направлено данное расследование, на тот момент не являлась членом ВТО и не могла обжаловать расследование в органах по разрешению споров ВТО. Я считаю, этот случай позволяет осознать те преимущества, которые появились у России после присоединения к международной торговой организации, основанной на определенных правилах. Вступление России в ВТО дает гарантию того, что другие страны будут придерживаться таких же правил по отношению к российскому экспорту.

Д. Хартридж: Я бы хотел сделать дополнение: есть два ключевых аспекта, характеризующих преимущества от вступления в ВТО. О первом говорил Йохай — это гарантированный доступ к зарубежным рынкам и способам защиты от дискриминации или от незаконных ограничений на иностранных рынках.

Еще одно серьезное преимущество для бизнеса, которое никак не связано с иностранными рынками, — это

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 164 04.05.13 0:24

Membership provides predictability and stability in trade policy, and in government policy. The Russian government has accepted this body of rules, and it is bound by those rules. Thus, Russian business and foreign investors in Russia know that they can depend on the adopted agreements. In my view, Russia's economy will benefit greatly from these new conditions and from participation in foreign competition.

влияние членства в ВТО на ситуацию внутри страны. Членство в ВТО обеспечивает предсказуемость и стабильность государственной торговой политики. Россия ратифицировала данный свод правил и приняла на себя обязательства по их соблюдению, таким образом, российские коммерческие структуры и иностранные инвесторы в России знают, что могут полагаться на эти договоренности. Я считаю, что российская экономика получит огромную пользу от соблюдения новых условий и от участия в конкуренции с иностранным бизнесом.

— There was another issue discussed during the process of ratification of Russia's accession to the WTO. Every country has its own ordre public, its own interests which it protects. You have probably heard that the Russian authorities often impose various restrictions on the importation of goods. The restrictions on genetically modified products could serve as a quite clear example. Our requirements might differ from the requirements that exist in the world market. So the question is whether the WTO rules are violated if they contradict the requirements established by national law? How can this conflict be resolved? Perhaps other states faced similar situations.

— При рассмотрении вопроса о ратификации протоколов вступления России в ВТО обсуждалась следующая проблема. У каждого государства свой публичный порядок, свои интересы, которые оно отстаивает. Наверняка вы слышали, что российские власти очень часто налагают различные ограничения на ввоз той или иной продукции. Достаточно яркий пример — ограничения, связанные с генно-модифицированными продуктами. Наши требования и требования, которые существуют на мировом рынке, могут различаться. И здесь встает вопрос, а не будут ли нарушаться требования, которые заложены в правилах ВТО, в случае их противоречия требованиям национального законодательства. Как разрешать этот конфликт? Возможно, такие примеры были в других государствах.

S. Seeger: There are two WTO agreements in these areas, the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement) and the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement), which cover technical regulations, standards, testing, and sanitary measures protecting human, animal and plant life. These agreements do not prevent a country from adopting its own regulations. The sovereign right of a WTO member to regulate and achieve legitimate policy objectives is guaranteed. But when setting regulations, any country, including Russia, must respect the relevant agreements. For example, discrimination between foreign and domestic goods is prohibited, and regulatory measures may not create unnecessary obstacles to trade and must have a scientific basis.

С. Сигер: Существует два специальных соглашения в данной сфере — Соглашение по техническим барьерам в торговле *(TBT Agreement)* и Соглашение по применению санитарных и фитосанитарных норм *(SPS Agreement)*. Они касаются технических положений и стандартов, тестирования, а также санитарных мер, направленных на охрану жизни и здоровья человека, растений или животных. Эти соглашения не препятствуют государству устанавливать собственное регулирование. Суверенное право страны — участницы ВТО на внутреннее регулирование и достижение законных целей своей политики гарантировано. Однако, устанавливая внутренние правила, любая страна, в том числе Россия, обязана соблюдать соответствующие соглашения. Например, дискриминация импортных товаров по сравнению с отечественными запрещена, а меры регулирования не могут создавать необоснованные препятствия для торговли и должны быть научно подтверждены.

Y.B.: A government is free to regulate as it sees fit so long as it abides by those general principles and rules that

Й.Б.: Правительство может осуществлять регулирование так, как считает нужным, при этом неизменно

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 165 04.05.13 0:24

Saskia has mentioned. So, you are free to do whatever you think is in the interest of your country to achieve legitimate policy goals, as long as there is a scientific basis for taking the action and those actions do not discriminate against one country versus another country. There are many rules and principles, but those are the two fundamental ones.

— I will explain why I asked this question. It raises the problem of the enforceability of the decisions of the WTO's supranational dispute resolution bodies which may contradict domestic rules. It is clear that Russia has signed the protocol and agreed to some extent (with some reservations) with the WTO rules. But at the same time it said that Russia did not review the constitutionality of the Marrakesh Agreement itself, but only the protocol on accession thereto. The rules set out in the Marrakesh Agreement might not have been considered by the Russian legislator who took the decision to ratify the protocols. This can lead to potential conflicts.

If we draw some analogies with other supranational regulators and jurisdictional authorities, we see some problems with the enforcement of the decisions of the European Court of Human Rights. What if the state refuses to implement the decisions of the WTO's supranational dispute resolution bodies? How in this case you ensure their enforceability?

Y.B.: Well, I would not say that it is OK not to implement decisions. The WTO dispute settlement mechanism, which my colleagues can talk about in greater detail, is binding on WTO Members. But the decisions that come out, the panel or Appellate Body rulings, are not automatically implemented at the domestic level. Their application under domestic law depends on the legislation of each state.

I will give you a very concrete example with respect to genetically modified organisms (GMO) which you have mentioned earlier. The European Union passed regulations that did not permit the importation of GMO food products into the EU. Those measures were challenged by the United States, among others. The European measures were found to violate the WTO agreements, but the EU did not change its regulations; it decided not

соблюдая основные принципы и правила, о которых сказала Саския. То есть вы можете делать все, что в интересах вашего государства и служит достижению законных политических целей, при условии, что ваши действия имеют научное обоснование и не дискриминируют одни государства по сравнению с другими. Существует много правил и принципов, но эти два являются основными.

— Я задал этот вопрос потому, что существует проблема исполнимости решений наднациональных органов, если эти решения противоречат внутренним правилам. Россия, подписав Протокол о присоединении, приняла в некоторой степени (с оговорками) правила ВТО. Но в то же время справедливо отмечено, что Россия ратифицировала не само Марракешское соглашение, а лишь протокол о присоединении к нему, и правила, установленные этим соглашением, могли выпасть из поля зрения российского законодателя, который принимал решение о ратификации протокола. В результате на практике могут возникать конфликты.

Если проводить какие-то аналогии с другими наднациональными регуляторами и юрисдикционными органами, то можно вспомнить о проблемах исполнимости решений ЕСПЧ. Что делать, если государство откажется исполнять решения наднациональных органов по разрешению споров в рамках ВТО? Как в таком случае обеспечивать их исполнение?

Й.Б.: Я бы не сказал, что не исполнять решения органов по разрешению споров является нормальной практикой. Механизм ВТО по урегулированию споров, о котором более подробно могут рассказать мои коллеги, является обязательным для членов ВТО. Но вынесенные решения (третейской группы или апелляционного органа) не применяются автоматически на национальном уровне, их применение зависит от законодательства той или иной страны.

Я приведу пример про ГМО, о котором Вы уже упоминали. Евросоюз принял положения, вводящие запрет на ввоз в ЕС продуктов, содержащих ГМО. Данные меры были оспорены, в частности, США. В результате меры были признаны нарушением соглашений ВТО, но ЕС не изменил своих положений, отказавшись от соблюдения решения органов по разрешению споров

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 166 04.05.13 0:24

to comply with the WTO decision. As a consequence, the enforcement mechanism, if you will, was that the United States was able to put tariffs on goods from the European Union entering the United States, as compensation. So the enforcement mechanism is one where under the WTO dispute settlement agreement a country that does not comply with the decision can open itself up to retaliation, and the other country who won the case can impose appropriate measures to receive compensation.

D.H.: Just a few additional points. The European Union lost that WTO case on genetically modified beef because it did not have sufficient scientific evidence. It lost on the scientific aspect. The WTO itself has no enforcement mechanism at all. The enforcement of decisions is by other members applying sanctions to compensate for the injury done to them.

ВТО. В результате был задействован механизм исполнения решений, и США имели возможность в качестве компенсации установить пошлины на товары, ввозимые из ЕС. То есть фактически механизм исполнения решений заключается в том, что если какое-либо государство не исполняет решение, оно может столкнуться с ответными действиями — другое государство, которое выиграло дело, может принять соответствующие меры в качестве компенсации.

Д.Х.: Я бы хотел добавить пару слов. Евросоюз проиграл дело о генетически модифицированной говядине из-за отсутствия достаточных научных доказательств. В ВТО вообще нет механизма, принуждающего исполнять решения органов по разрешению споров. На исполнение влияет только применение другими членами ВТО санкций с целью компенсации нанесенного им вреда.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 167 04.05.13 0:24

In a few countries, WTO decisions are directly applicable. They become law. Chile is such a case. The decision of a panel or the Appellate Body is directly applied in Chilean law, though in most countries that is not the case.

In summary, if the injured country takes no action, nothing will happen. Thus, in the case we mentioned, if the USA had done nothing, the decision would not have been enforced.

N. Bayurova: This specific example serves as a good illustration of the mechanism of implementation of the WTO dispute settlement bodies' rulings. The EU prevented the US from the opportunities to sell genetically modified beef on the European market and thereby caused significant losses for US businesses. Although the US won the WTO case, the EU did not withdraw the measures despite the panel's recommendations, and American genetically modified meat still cannot be sold there. What could the US do in this case?

Under WTO law, the US raised tariffs on certain European goods by the margin equivalent to the losses the US industry suffered as a result of the WTO-inconsistent measures imposed by the EU. Under the general rule, the WTO law prohibits raising import tariffs above the "bound" level, save for a few specific exceptions set out in the WTO Agreements. Retaliatory measures are one of such exceptions when the winning party can raise even the bound tariffs. As a result of the retaliatory measures, the EU lost access to the US market equivalent to the losses of the US industry. That is to say, it is a self-regulatory mechanism in a way.

— If I understood you correctly, actually the whole European market suffers, not just those European businesses that have something to do with meat?

D.H.: Yes.

S.S.: This is precisely the purpose of imposing such measures. However, I must say that such measures are temporary, not indefinite.

В некоторых государствах решения органов ВТО имеют прямое применение — они становятся законом. Так происходит в Чили, где решение третейской группы или апелляционного органа подлежат непосредственному применению. Но в большинстве государств дела обстоят иначе.

В целом если пострадавшее государство не принимает никаких мер, то ничего не произойдет. Если бы США в том случае, о котором мы говорили, не предприняли никаких действий, решения не были бы проведены в жизнь.

Н. Баюрова: Приведенный пример хорошо иллюстрирует то, как действует механизм исполнения решений органов ВТО по разрешению споров. Евросоюз лишил США возможности продавать генетически модифицированную говядину на европейском рынке, в результате чего американский бизнес понес огромные убытки. И хотя США выиграли данное дело, меры Евросоюза остаются в силе, и генно-модифицированное мясо американского происхождения там все так же нельзя продавать. Что может сделать в таком случае США?

По праву ВТО США поднимают пошлины на некоторые европейские товары в размере, эквивалентном тем убыткам, которые американский бизнес понес в результате незаконных действий Евросоюза. По общему правилу по праву ВТО пошлины на импорт поднимать выше определенного уровня нельзя, кроме исключений, которые четко прописаны в соглашениях ВТО. Введение ответных мер — как раз один из таких исключительных случаев, когда выигравшая в споре сторона получает возможность поднять даже те пошлины, которые были строго зафиксированы на одном, максимальном, уровне (так называемые *bound tariffs*). В результате подобных ответных мер Европа утратила доступ к рынку США и понесла потери, сопоставимые с теми, которые понес американский бизнес. То есть это своеобразный механизм саморегулирования.

— Я правильно понимаю, что фактически страдает весь европейский рынок, а не только бизнес, который как-то связан с мясом?

Д.Х.: Да.

С.С.: Именно в этом и заключается цель таких мер. Но должна сказать, что они носят временный, не бессрочный характер.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 168 04.05.13 0:24

D.H.: The US deliberately chose those products that hurt the European economy.

Y.B.: The idea is that you want to encourage a country to respect their obligations by creating a cost for non-compliance. A country can decide: “I will not comply for strategic reasons”. But this decision not to comply comes at a cost. In other words, a country has an incentive to comply in order to avoid the cost. To a certain extent this approach protects the sovereign rights of the country, going back to your first point, because a member state cannot be forced to take any action. But if the state chooses not to take action to bring themselves into compliance, there is a cost associated with that decision.

D.H.: But we should say that in the vast majority of cases the losing country accepts the decision and changes its legislation. That is the normal outcome. The application of sanctions, as we have discussed in this case, is rare; it is unusual.

S.S.: The normal action would be to withdraw the law or change the domestic legislation accordingly.

— Did I understand correctly, that in the end, the national exporters pay, not the state?

D.H.: Well, in this case the sanctions took the form of import duties applied by the USA on goods coming from Europe. So, the cost falls on the European exporters of those goods. And because France was the one who objected most strenuously to genetically modified food, the Americans chose products which would be particularly sensitive for France: various French cheeses, champagne and other products which would hurt French exporters.

So you could say that the price is paid by the exporters of the goods coming under sanctions, but also by the American importers, because the tariffs are paid by importers and the goods become more expensive in America.

Д.Х.: США намеренно выбрали те товары, ограничение импорта которых могло нанести ущерб европейское экономике.

Й.Б.: Идея заключается в том, чтобы призвать государство к соблюдению принятых им обязательств, делая несоблюдение затратным. Государство может сказать: «Мы не будем соблюдать эти требования из стратегических соображений». Но при этом оно должно знать цену несоблюдения. Иными словами, у государства есть стимул к соблюдению — избежание издержек, связанных с несоблюдением. А это, возвращаясь к Вашему первому вопросу, в определенной степени обеспечивает защиту суверенных прав государства, поскольку страну-участницу нельзя заставить принять те или иные меры. И если государство решает не предпринимать никаких действий по выполнению своих обязательств, это вызывает определенные убытки.

Д.Х.: Следует заметить, что в подавляющем большинстве случаев проигравшее государство соглашается с решением третейской группы и вносит необходимые изменения в национальное законодательство. Это нормальный исход событий. Применение санкций, которые мы обсуждали, — редкость, отклонение от нормы.

С.С.: Обычно имеет место отмена закона или внесение соответствующих изменений в национальное законодательство.

— Правильно ли я понял, что в итоге платит не государство, а национальные экспортеры?

Д.Х.: В данном случае санкции были приняты в форме пошлин на импорт, которые США вводят на европейские товары. Поэтому в итоге платят европейские экспортеры этих товаров. А так как Франция больше всех возражала против генно-модифицированных продуктов, американцы выбрали товары, которые были наиболее значимы для французского экспорта, т.е. различные французские сыры, шампанское и другую продукцию, что затрагивало интересы французских экспортеров.

Поэтому можно сказать, что расплачиваются экспортеры товаров, подпадающих под санкции, а также американские импортеры, поскольку они оплачивают пошлины, а товары в Америке становятся дороже.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 169 04.05.13 0:24

S.S.: Sanctions also make products more expensive for consumers.

С.С.: Введение санкций также приводит к удорожанию товаров для потребителя.

N.B.: This is related to the sovereignty issue, of which you spoke. There is no prescribed mechanism compelling the state to abolish the law or revoke the restrictive measure for importers. But there is another, stronger stimulus which is probably more effective as well.

Н.Б.: Это как раз связано с суверенитетом, о котором Вы говорили, — нет прописанного механизма, который заставил бы государство отменить закон или введенную для импортеров ограничительную меру. Но есть более сильный и, наверное, более действенный стимул.

— Economic stimulus. That is quite effective. But to be honest, in my view it seems to be unfair. If the state takes such a decision, it is the state that should pay for it. But instead it is the private business that pays for such actions. It means that in order to remedy the situation, you need to have a pretty good lobby in government circles. But what if a business does not have that?

— Экономический. Это достаточно действенно. Однако, честно говоря, мне кажется, это немного несправедливо. Если государство принимает такое решение, оно и должно платить, а расплачивается в итоге частный бизнес. Получается, для того чтобы исправить ситуацию, необходимо достаточно хорошее лобби в правительственных кругах, но если у бизнеса его нет?

Y.B.: Well, yes, but still as regards your idea of lobbying, the whole purpose of these agreements is to assist business. The purpose of the agreements is to encourage and facilitate trade by creating an even-handed rules-based system. Ultimately, businesses are the ones that benefit from the WTO agreements. As the point was made several times, in the vast majority of cases countries respect their commitments.

Й.Б.: Да, но что касается Вашего замечания о лоббировании, основная цель соглашений ВТО — способствовать развитию бизнеса. Она заключается в содействии торговле и ее стимулировании путем создания справедливой системы правил. В конечном счете, именно частный бизнес получает выгоду от соглашений ВТО. Кроме того, как уже говорилось не раз, в большинстве случаев государства соблюдают свои обязательства.

S.S.: One must also keep in mind that sanctions are not the typical case; and that they are temporary measures. The products to which tariffs are applied might also change.

С.С.: Не надо забывать, что санкции нетипичны, что они носят временный характер. Товары, к которым применяются пошлины, тоже могут меняться.

D.H.: The Americans used what they called a carousel system, in which periodically new products were subjected to the increased tariffs, and the old ones were taken off it.

Д.Х.: Штаты используют систему, которую назвали «карусель», — когда повышенные пошлины устанавливаются то на одни, то на другие товары.

— I also wanted to add that it is very important in order to successfully consolidate and promote the interests of business in the WTO. That is, if business can be consolidated, if certain economic sectors can lobby for their interests, they can resist these measures. And, for example, in Russia, very often the small manufacturer does not have such an opportunity, and besides, as I understand, WTO's dispute settlements are rather expensive; I have heard amounts starting around 500,000 dollars and more.

— Я хотел сказать о том, что в ВТО очень важны консолидация и отстаивание интересов бизнеса. Если бизнес может консолидироваться, если отдельные отрасли экономики могут лоббировать свои интересы, у них получается противостоять этим мерам. В России, например, очень часто мелкий производитель не имеет такой возможности. К тому же, насколько я понимаю, процедуры по оспариванию в ВТО достаточно дорогостоящие — называются суммы порядка 500 тыс. долл. и выше.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 170 04.05.13 0:24

Can only the state participates, or can business itself be involved? Can business itself defend its interests within the WTO procedures?

В этих спорах может участвовать только государство, или все-таки бизнес тоже может принять участие? Может ли бизнес сам отстаивать свои интересы в рамках процедур ВТО?

S.S.: As to the last point, WTO disputes are between governments. But very often, since the interests of businesses can be directly affected, companies employ legal advisors They assist the government to draft its legal submissions.

С.С.: Что касается последнего вопроса, в ВТО рассматриваются лишь споры между государствами. Но зачастую по той причине, что затрагиваются интересы бизнеса, коммерческие организации привлекают юрисконсультов, которые помогают государству составлять официальные документы для подачи в ходе разрешения спора.

D.H.: As Saskia said, all WTO agreements and all obligations apply to governments. Business has no direct obligations under the WTO, and all disputes are disputes at the state level. Therefore companies have access to the system only through their government.

Д.Х.: Как сказала Саския, все без исключения соглашения ВТО и все обязательства применяются к государствам. Бизнес не имеет прямых обязательств по праву ВТО, а все споры разрешаются на государственном уровне. Поэтому частный бизнес имеет доступ к системе только через свое государство.

— There was a dispute in the WTO, which showed that the actions should still in the first instance come from business. The subject was Chinese anti-dumping duties on steel.

— В ВТО было одно дело, которое показало, что активность должен проявлять в первую очередь бизнес. Это уже упоминавшийся спор о китайских антидемпинговых пошлинах на сталь.

The bottom line is that Chinese manufacturers who applied to the government for protection could not initially provide sufficient information for the state to justify those tariffs, and as a result the state lost the case. The blogger who analyzed this dispute on our website said that when introducing such tariffs in Russia great care should be taken to observe all the formal requirements and a special role in this should be played by Russian manufacturers, i.e., business must present sufficient evidence at the stage of submitting the application.

Суть в том, что китайские производители, которые обращались к государству за защитой, не смогли изначально предоставить достаточно информации, для того чтобы государство обосновало пошлины, и в результате государство проиграло. Блогер, который анализировал этот спор на нашем портале, говорил о том, что при введении подобных пошлин в России нужно с особой кропотливостью подходить к соблюдению всех формальных требований, и особую роль в этом должны сыграть как раз российские производители, которые еще на этапе подачи заявления должны представить достаточные доказательства.

Y.B.: The companies, businesses or industrial associations that are most successful using the WTO to further their interests are those that are active, those that take the time to understand the agreements and think about how the agreements can be used to further their business goals.

Й.Б.: Компании, коммерческие структуры или промышленные ассоциации, которые наиболее успешно используют ВТО для продвижения своих интересов, — это те организации, которые проявляют активность, досконально разбираются в соглашениях и вдумчиво изучают возможности использования данных соглашений для достижения своих коммерческих целей.

That case to which the blogger referred to, is a different situation. The United States challenged the investigation, but Russia did not, and could not, because it was not a WTO member. The United States challenged the suit, and

В блоге говорится о другой ситуации. США оспорили расследование, а Россия не оспорила и не могла оспорить его, потому что не была членом ВТО. Третей-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 171 04.05.13 0:24

then the WTO found that what China did was inconsistent with its obligations for several reasons, not the least of which was, there was not sufficient factual information or evidentiary basis for the Chinese actions.

ская группа пришла к выводу, что действия Китая не соответствовали его обязательствам по нескольким причинам, среди которых было отсутствие достаточной информации и доказательств в обоснование этих действий.

— One further question concerns protection of business rights as provided by the rules of the WTO and other mechanisms, such as the rules of the Washington Convention (unfortunately, Russia has not yet ratified it), which allows investors to directly protect their interests against the discriminatory measures that some states apply. Which mechanisms are more frequently applied abroad? Does business more often choose lobbying its interests within WTO procedures, or, in your opinion, the procedure of direct protection that the Washington Convention provides for is more popular?

— Еще один вопрос касается соотношения механизмов ВТО, предназначенных для защиты прав бизнеса, и других механизмов. Например, правил Вашингтонской конвенции (к сожалению, Россия ее пока не ратифицировала), которая дает возможность инвесторам напрямую защищать свои интересы от дискриминационных мер, принимаемых государствами. Что более востребовано за рубежом? Чаще бизнес выбирает лоббирование своих интересов в процедурах ВТО, либо же, на ваш взгляд, бóльшую популярность имеют процедуры прямой защиты, которые предоставляет, в частности, Вашингтонская конвенция?

S.S.: I think it depends on the concrete situation. If it is a trade-related issue, it is clearly the WTO and its mechanisms that are the most important ones. If it is an investment-related issue the WTO is less relevant. One would have to look into bilateral investment treaties, and the applicable arbitration procedures under these treaties.

С.С.: Думаю, все зависит от конкретной ситуации. Если вопрос связан с торговыми правилами, самой важной точно является ВТО и ее механизмы. Если речь идет об инвестициях, это касается ВТО в меньшей степени, и нужно смотреть на двусторонний инвестиционный договор и на применимый арбитражный регламент, прописанный в таком договоре.

Y.B.: As mentioned before, private businesses cannot enforce the WTO agreements. The WTO dispute settlement process proceeds at the state-to-state level. If investors want to challenge actions taken by a government, they normally have to rely on a bilateral investment treaty, or on a contract, which gives them the basis for an arbitration. It is a completely separate legal regime from the WTO agreements.

The WTO agreements can be used if a country discriminates against investors from one country, as compared to other countries. But here again, there has to be a WTO violation. Typically investment-specific issues such as expropriation are not covered by the WTO agreements.

Й.Б.: Как уже упоминалось, частные компании не могут заставлять применять соглашения ВТО. В рамках ВТО споры разрешаются на межправительственном уровне. Если инвестор хочет оспорить действия правительства, обычно он должен ссылаться на двусторонний инвестиционный договор или контракт, который позволяет ему обращаться в арбитраж. Здесь применяется совершенно особый правовой режим, отличный от соглашений ВТО.

Соглашения ВТО можно использовать в случае, когда государство проводит политику дискриминации инвесторов из одних стран в пользу других. Но опять же для этого должно быть нарушение правил ВТО. Обычно вопросы, касающиеся именно инвестиционной деятельности, например вопросы экспроприации, не являются предметом регулирования соглашений ВТО.

— Our news agencies have already reported that in the near future a number of disputes can be initiated in the WTO against Russia. In particular, the EU drew

— В наших информационных агентствах прошли сообщения о том, что в ближайшее время возможна подача жалоб против России в рамках

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 172 04.05.13 0:24

attention at the disproportionate ban imposed by Russia on imports of livestock. You probably have information about this — have any formal complaints been filed against Russia, and are they likely to be filed in the near future? Are these claims going to be successful? I understand that it depends on the activity of our country in the first place, but... Please evaluate our prospects.

Y.B.: Other countries are looking closely to what Russia is doing. It is highly likely that they will take actions to protect their rights under the WTO agreements. Nobody knows at this point whether the livestock situation will end in a dispute. There are other forms of raising concerns. For example, the EU and other countries have identified areas of concern in the Council on Trade in Goods.

S.S.: Typically, a WTO Member first raises its concerns in one of the committees at the WTO, which are comprised of all members. The next step could be — as Yohai already said — so-called consultations. That is the first step of a formal WTO dispute. For example, the European Union could request consultations with Russia regarding Russia's import ban for live animals.

And I wanted to make another point. There is sometimes the idea that Russia has a kind of "grace period" because it is a new member state. In the case of China, members waited some time before they took any action. But this was entirely unofficial and it would be wrong for Russia to assume that as a new member it has some time to get used to the rules. WTO Members have already complained about Russia violating its WTO obligations, for example in relation to recycling fees for cars or certain SPS measures. If a country feels that an issue is important for its trade interests and for its businesses, Russia should take it very seriously. Other WTO members may consider taking legal action against Russia in the WTO.

— I have heard, by the way, about a very strange case within the WTO, when a country which was formally not the injured party still lobbied on behalf of transnational companies. I refer to the case DS434 Australia — Tobacco Plain Packaging (Ukraine) which was lobbied

процедур ВТО. В частности, Евросоюз обратил внимание ВТО на непропорциональный запрет на импорт живого крупного и мелкого рогатого скота. Вероятно, вы знаете, поданы ли уже какие-то жалобы против России? Каковы ваши прогнозы: будут ли такие иски поданы в ближайшее время? Какие у них перспективы? Я понимаю, это зависит в первую очередь от активности нашей страны, но все же, пожалуйста, оцените наши шансы.

Й.Б.: Другие страны внимательно следят за действиями России. Весьма вероятно, что они будут защищать свои права по соглашениям ВТО. Никто в данный момент не знает, закончится ли ситуация с запретом на ввоз живого скота спором, ведь есть и другие уровни решения проблем. Например, ЕС и другие страны определили проблемные вопросы на Комитете по торговле товарами.

С.С.: Обычно член ВТО сначала заявляет о нарушениях на заседаниях одного из комитетов ВТО, в состав которого входят все члены ВТО. Следующим шагом, как уже говорил Йохай, могут быть так называемые консультации. Это первый этап официального рассмотрения спора в рамках ВТО. Скажем, ЕС может потребовать консультаций с Россией касательно российского запрета в отношении экспорта живых животных.

Я хотела бы обратить внимание еще на один момент. Иногда возникает идея, что России дается льготный период как новому участнику ВТО. В случае с Китаем члены ВТО подождали какое-то время, прежде чем действовать. Но это было абсолютно неофициально, и России не следует думать, что у нее как у нового члена ВТО есть еще какой-то срок для того, чтобы привыкнуть к правилам. Члены ВТО уже пожаловались на нарушение Россией обязательств по ВТО, например в отношении введения утилизационного сбора или санитарных и фитосанитарных мер. Если государство считает, что такой вопрос важен для его торговых интересов или для бизнеса, Россия должна относиться к подобной ситуации очень серьезно, а другие участники ВТО могут подумать о подаче жалобы против России.

— Я слышал, кстати, об одном очень странном случае разбирательств в рамках ВТО, когда страна вроде не является пострадавшей стороной, однако лоббирует интересы транснациональных компаний. Я имею в виду дело *DS434 Australia — Tobacco*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 173 04.05.13 0:24

by tobacco companies and Ukraine was involved. Is it possible within the WTO for third countries to participate which are not formally injured parties and what are the conditions for countries entering the dispute either as a party or as a third person?

D.H.: Well, one answer to that is that the law belongs to everybody. You do not have to be an injured country to object to an illegal act by another country. Almost always it is the injured country which objects, but everybody has an interest in the maintenance of the law. And when there is a dispute, any country can assert an interest as a third party. And it does not have to show that it has a commercial interest. It is sufficient that it has an interest in the interpretation of and respect for the law.

— What are the peculiarities of proving violations of WTO rules? What evidence is of particular importance? As I understand, the economic, scientific rationale for imposing for instance tariffs is crucial. What are the criteria for assessing the validity of the measures applied by states? What else besides economics and scientific justification is taken into account?

S.S.: There are no specific rules on how to establish proof.

Y.B.: The short answer to your question is that it depends on the nature of the given dispute. If a case is brought, challenging the live animal ban, that will be an SPS measure, and there will be a science-based analysis. In the case you mentioned, against China, the United States challenged Chinese antidumping measures. The question here is whether there was a sufficient factual basis for the actions that were taken. Therefore, the proofs which must be presented really depend on the object of the dispute.

It is important for companies to work with their governments, to develop the information and evidence that is necessary to further their interests. That is key, because oftentimes the information is in the hands of the businesses, or the businesses are in the best position to gather the type of information that will be needed to either defend an action or challenge an action. So, going back to your earlier point, business plays a very important role when it comes to work

***Plain Packaging (Ukraine)*, инициированное Украиной, которое было пролоббировано табачными компаниями. Возможно ли участие стран, которые формально не являются пострадавшими, и каковы условия вступления государств в спор в качестве стороны либо третьего лица?**

Д.Х.: На это есть один ответ — правила ВТО принадлежат всем. Чтобы высказать возражения против незаконных действий другого государства, не обязательно быть пострадавшим. Почти всегда возражения поступают от пострадавшего государства, но все заинтересованы в соблюдении законодательства. При возникновении спора любая страна может заявить о своих интересах как третья сторона. Ей необязательно доказывать наличие коммерческого интереса. Достаточно того, что она заинтересована в толковании и соблюдении правил.

— В чем особенности доказывания нарушения правил ВТО? На какие доказательства обращается особое внимание? Я так понимаю, что экономическое и научное обоснование установления, например, пошлин играет решающую роль. Каковы критерии оценки обоснованности применяемых государствами мер? Что еще, кроме экономики и научного обоснования, принимается во внимание?

С.С.: Специальных правил в отношении доказательств не существует.

Й.Б.: Все зависит от характера конкретного спора. В случае заявления иска, оспаривающего запрет ввоза живых животных, а это санитарная или фитосанитарная мера, будет иметь место анализ на основе научных методов. В деле против Китая, которое Вы упоминали, США обжаловали применение Китаем антидемпинговых мер. Здесь вопрос сводится к достаточности фактических оснований для предпринятых действий. Доказательства, которые должны быть представлены, зависят от объекта спора.

Для компаний важно сотрудничать с государством, подготавливать и собирать информацию и доказательную базу, необходимую для продвижения своих интересов. Это ключевой момент, так как зачастую информация сосредоточена в руках коммерческих структур, или коммерческие структуры находятся в более выгодном положении, позволяющем получать ту информацию, которая нужна для защиты по жалобе либо для

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 174 04.05.13 0:24

with your government to help put it in the best position to either defend the action or challenge the action, as the case may be.

ее оспаривания. Поэтому, как уже отмечалось, активность самого бизнеса имеет очень большое значение, когда речь идет о его сотрудничестве с государством в попытке обеспечить себе наиболее выгодное положение в связи с защитой какой-либо меры либо ее оспариванием, в зависимости от ситуации.

— Another question concerns representation in the WTO proceedings. I understand that it is necessary to have professional representation, that is, only attorneys can be representatives of the parties and third parties. So far, the legal market in Russia is not as thoroughly regulated than abroad. Now foreign representatives and foreign patent agents are going to be admitted to Russian legal market. Is there a reason for Russian lawyers and attorneys to be worried?

— Еще один вопрос касается представительства в процедурах ВТО. Насколько я понял, необходимо именно профессиональное представительство, т.е. представителями могут быть только адвокаты. Пока юридический рынок в России слабо урегулирован. Сейчас юридических представителей и иностранных патентных поверенных допустят на наш рынок? Есть ли повод для беспокойства у российских юристов и адвокатов?

S.S.: At the hearings, there are delegations of the parties (WTO member countries). They include government representatives, but also lawyers, or even somebody from the industry. They are considered to be a government delegation, so it is not like in other court hearings, when the lawyer stands up and speaks on behalf of his client.

С.С.: На слушаниях присутствуют делегации сторон (стран — участниц ВТО). В них включаются не только представители правительства, но и юристы или даже представители отрасли. Все они считаются правительственной делегацией, поэтому всё происходит не так, как на обычных судебных разбирательствах, когда адвокат встает и говорит от имени своего клиента.

Y.B.: The government decides the make-up of its delegation. Some governments only allow for participation of their own members in such delegations. Other governments choose to include private lawyers and consultants as part of the delegation.

Й.Б.: Состав делегации определяет правительство. Некоторые страны разрешают участие в ней только членам правительства, другие включают в состав адвокатов и консультантов.

D.H.: Before we move on to market access for lawyers, could I add another point about the WTO system? You mentioned the costs of the system. It is not a court in the usual sense, so there are no costs. The expenses in all cases are covered by the general budget of the WTO. For the country which brings the case to the WTO, there is no cost to pay to the WTO. If a party employs lawyers from a law firm, then it has of course to pay for them. But the inquiry itself, the services of the court and of the WTO Secretariat are free of charge.

Д.Х.: Прежде чем мы перейдем к вопросу о допуске иностранных юристов, я хотел бы еще сказать о системе ВТО, точнее об издержках. Это не суд в его обычном понимании, поэтому вопрос расходов не стоит. Расходы по всем делам покрываются из бюджета ВТО. Страна, которая подает иск в ВТО, ничего не платит. Если сторона нанимает адвокатов из юридической фирмы, ей приходится их оплачивать. Но расследование, услуги суда и секретариата ВТО бесплатны.

S.S.: I would add that legal expenses of a party are not reimbursed. And in general terms, you cannot get monetary compensation from the losing party.

С.С.: Я еще хотела бы добавить, что нельзя получить возмещение расходов, понесенных стороной, а также денежную компенсацию с проигравшей стороны.

D.H.: Yes, the panel that makes the judgment in a dispute never imposes retroactive penalties. The normal recommendation by a panel is that the government which

Д.Х.: При этом третейская группа, которая выносит решение, никогда не налагает штрафные санкции, имеющие обратную силу. Как правило, она рекомендует пра-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 175 04.05.13 0:24

has lost the case should bring the offending measure into conformity with its obligations.

N.B.: And if this is not done, then the sanctions about which we have already spoken come into effect.

D.H.: Now for your question about legal services and competition in Russia. There is the General Agreement on Trade in Services in the WTO which applies to services and service suppliers. Every country in the WTO has what we call a schedule of commitments on services. The Russian schedule lays down what Russia has agreed to allow foreign service-suppliers to do, including on legal services. Specifically, it says that Russia will allow foreign companies to supply legal services on private international law, international public law and the law of the country in which the foreign supplier of legal services is qualified. Thus, an American attorney practicing in Moscow can provide advice on American law, or on private or public international law.

With respect to international or home country law, one restriction applies: attorneys' activities can only take place through Advocates' cabinet, Advocates' bureau, Advocates' collegiums or a legal advice office. As I understand, this restriction means that only attorneys qualified in one of the aforementioned ways can appear in Russian courts. But there is no commitment here on the practice of Russian law.

Therefore, in the field of Russian law, Russian attorneys will face no new competition.

— To be honest, I do not really understand why our Russian lawyers became so concerned.

Y.B.: Actually, I think that last point takes us to the larger issue concerning the full range of Russia's WTO obligations. When acceding to the WTO, Russia signed not only the WTO agreements, but also the Working Party Report. With all the annexes and schedules to it, as well as the Schedules of commitments, this amounts to more than a thousand pages of Russia's WTO commitments. This amounts to a very complex legal regime and therefore, it is important to understand what Russia has actually committed to. There

вительству, проигравшему дело, привести незаконную меру в соответствие с принятыми обязательствами.

Н.Б.: И если это не делается, применяются санкции, о которых мы с Вами уже говорили.

Д.Х.: Теперь что касается Вашего вопроса о конкуренции на рынке юридических услуг в России. В ВТО существует Генеральное соглашение о торговле услугами, которое применяется к услугам и их поставщикам. Каждое государство — член ВТО имеет, как мы это называем, перечень обязательств по услугам. В российском перечне указаны те услуги, которые Россия разрешает иностранцам оказывать, включая юридические услуги. В частности, в нем говорится о том, что Россия позволяет иностранным компаниям оказывать юридические услуги в области частного международного права, международного публичного права или права той страны, по которому квалифицирован иностранный юрист. Таким образом, американский юрист, ведущий деятельность в Москве, может давать консультации по вопросам американского законодательства, международного публичного или частного права.

В отношении международного и национального права применяется одно ограничение: адвокаты должны работать в адвокатском кабинете, адвокатском бюро, коллегии адвокатов или юридической консультации. Насколько я понимаю, это означает, что в российских судах могут выступать лишь адвокаты, аккредитованные одним из вышеуказанных способов. При этом, однако, предоставление консультаций по вопросам российского законодательства не предусмотрено.

Таким образом, в области российского права российские юристы не столкнутся с новой конкуренцией.

— Честно говоря, мне непонятно, почему наши юристы так встрепенулись.

Й.Б.: Мне кажется, последний вопрос подводит нас к более широкой проблеме, касающейся всего объема обязательств России в рамках ВТО. Россия, вступая в ВТО, подписала не только соглашения ВТО, но и Отчет рабочей группы. Со всеми протоколами и приложениями к нему, а также перечнями обязательств обязательства России в рамках ВТО занимают более 1000 страниц. Это создает очень сложный правовой режим, а ведь важно понимать, какие именно обя-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 176 04.05.13 0:24

might be concerns in Russia about additional competition, but really there is not a commitment that affects the practice of Russian law. So this is an example of maybe not fully understanding Russia's obligations. For any business, whether it is the legal community or manufacturing, oil and gas, energy, agriculture, you have to take the time to understand what the WTO rules mean, because they can create tremendous opportunities to help you advance your business objectives.

зательства Россия приняла на себя при вступлении в ВТО. В России может существовать обеспокоенность относительно повышения конкуренции, но на самом деле никаких обязательств, касающихся предоставления консультаций по вопросам российского законодательства, не существует. Здесь, скорее, имеет место не очень четкое понимание обязательств России. Любой компании, будь то юридическое общество или промышленное предприятие, нефтедобывающая, энергетическая, сельскохозяйственная компания, надо внимательно изучать все правила ВТО, так как они могут обнаружить огромные возможности для достижения своих коммерческих целей.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_162-177.indd 177 04.05.13 0:24

ВОЗНЕСЕНСКАЯ
Нинель Николаевна
профессор ИГП РАН, доктор юридических наук

Ninel Voznesenskaya
Doctor of Law,
Institute of State and Law,
Russian Academy of Sciences

ЧЬИ ИНТЕРЕСЫ ЗАЩИЩАЕТ ВТО?

WHOSE INTERESTS IS THE WTO PROTECTING?

The Marrakesh Declaration states: "The WTO ushers in a new era of global economic cooperation, reflecting the widespread desire to operate in a fairer and more open multilateral trading system for the benefit and welfare of their peoples". The question is whether this noble aim can be achieved in the world today.

The members of the WTO are States which themselves adopt WTO rules; the principal targets of these rules are national companies. If the world economy were represented solely by member-States' national companies, this aim could possibly have been achieved. In today's world, however, there are not enough large national companies and it is extremely difficult to establish their "nationality", because the capital of such a company may be held by owners from various countries.

Today it is not national companies but transnational corporations (TNC) that are the principal players, in both the economic and political fields. TNCs are very powerful international entities, with a network of numerous affiliated companies in various countries and regions in the world.

The share of world trade attributable to TNCs (just like all TNC activities) does not come within the scope of WTO regulation. Hence TNCs limit the areas of the WTO's activities. Moreover, being outside the scope of WTO regulation, TNCs exert strong influence through their numerous companies on both WTO decision-making and all its policy.

One assumes that it is hardly possible to answer the question as to whose interests the WTO is protecting without clarifying the extent to which TNCs exert pressure on that organisation.

At the same time it should be noted that the WTO's system of unified trading rules, which states and national companies must follow, do simplify and regulate the complex area of foreign trade relationships in the world.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_178-183.indd 178 04.05.13 5:25

Всемирная торговая организация (ВТО) является одним из важнейших инструментов процесса глобализации. Система ВТО определяет условия международной торговли товарами, услугами, движения капиталов и рабочей силы, защиты прав интеллектуальной собственности, осуществления инвестиций и многие другие вопросы экономической жизни.

Официально Всемирная торговая организация считается созданной с 1 января 1995 г. По состоянию на март 2013 г. ее членами являются 159 государств.

ВТО образована на базе Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ), подписанного 23 государствами 30 октября 1947 г. и вступившего в силу в январе 1948 г. Цели ГАТТ были значительно у́же: основной задачей было содействие международной торговле путем прогрессивного снижения таможенных тарифов и устранения количественных ограничений, что происходило на постоянно ведущихся торговых переговорах стран-участниц.

ВТО было создано именно с целью расширения функций. Решение об учреждении на базе ГАТТ Всемирной торговой организации с более широкими функциями и полномочиями, которые не ограничивались бы лишь сферой торговли, было принято на Уругвайском раунде торговых переговоров в апреле 1994 г. Это было зафиксировано в Марракешском соглашении об учреждении Всемирной торговой организации (далее — Соглашение о ВТО), к которому прилагался большой пакет документов, касающихся не только регулирования международной торговли товарами и услугами, но и других важных проблем. Все эти документы считаются неотъемлемой частью Соглашения и являются обязательными для всех ее членов.

В общем виде главная цель и новые по сравнению с ГАТТ функции ВТО нашли отражение в Марракешской декларации, принятой в апреле 1994 г. на заключительной сессии Комитета по торговым переговорам Уругвайского раунда. В Декларации, в частности, говорится, что «создание ВТО возвещает новую эру в международном экономическом сотрудничестве, отражая широкое стремление работать в рамках более справедливой, более открытой многосторонней системы торговли в интересах благосостояния всех народов». Для достижения этой основной цели участники выразили решимость «противостоять всевозможным протекционистским тенденциям», а также добиваться большей гармонизации мировой политики «в области торговли, валютно-финансовых отношений, включая сотрудничество между ВТО, МВФ и Мировым банком, осуществляемое с этой целью». Таким образом, в сферу деятельности международной торговой организации официально включены мировые валютно-финансовые отношения.

Соглашение о ВТО в ст. II и III определяет ее сферу деятельности и функции. В ст. II, в частности, говорится: «ВТО обеспечивает общие институциональные рамки для осуществления торговых отношений между ее членами в вопросах, относящихся к соглашениям и связанным с ними правовым документам». Таким образом, основная функция организации состоит в том, чтобы способствовать выполнению, применению и действию настоящего Соглашения и многочисленных многосторонних торговых соглашений, содействовать осуществлению их целей.

Согласно ст. III Соглашения ВТО является форумом для переговоров между ее членами по вопросам их многосторонних торговых отношений и т.д. Характерно, что понятие «торговые отношения» в системе и правовых документах ВТО толкуется очень широко и, по сути, распространяется на любые экономические и финансовые отношения. Это предоставляет данной организации возможность постоянно расширять свои полномочия и функции, далеко выходя за пределы собственно торговых отношений.

Существовавшая со времени ГАТТ торгово-тарифная система значительно обновилась и расширилась, в нее включены новые сферы регулирования и новые правила, затрагивающие, в частности, такие области, как субсидии, демпинг, технические стандарты, правила проведения испытаний, правила, касающиеся безопасности продовольствия, таможенной оценки и т.д. Существенно усовершенствовалось регулирование сферы услуг. Новые правила предусматривают как общие для всей сферы обязанности, так и специфические обязательства, относящиеся к многочисленным отдельным секторам, без соблюдения которых доступ на рынки других стран-членов невозможен. В таких важнейших сферах, как финансовые услуги, разработаны особые правила.

В сферу регулирования ВТО попадают все новые области экономических отношений. Приняв принци-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_178-183.indd 179 04.05.13 5:25

пиальное решение о воздействии на регулирование и функционирование иностранных инвестиций, ВТО разрабатывает и заключает в конце 1994 г. Соглашение по торговым аспектам инвестиционных мер (ТРИМС), целью которого является «облегчение иностранных инвестиций». В нем предусмотрено, что страны-члены обязуются устранить из своего национального законодательства нормы, регулирующие иностранные инвестиции, которые противоречат положениям, изложенным в соответствующем соглашении ВТО. В том же году принимаются Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС) и Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), далеко выходящие за рамки регулирования непосредственно торговых отношений.

Таким образом, следует констатировать, что одной из важнейших и характерных особенностей ВТО является отсутствие четко закрепленных за ней функций и неограниченная возможность их расширения, а также увеличения числа сфер деятельности организации путем принятия новых соглашений, круг которых тоже не определен и ничем не ограничен.

Свидетельством того, что деятельность ВТО не ограничивается сферой торговли, понимаемой даже в самом широком смысле, может служить, например, п. 5 ст. III Соглашения о ВТО, где говорится: «В целях достижения большей согласованности при проведении глобальной экономической политики ВТО сотрудничает, когда это целесообразно, с Международным валютным фондом и Международным банком реконструкции и развития и связанными с ним агентствами».

По нашему мнению, именно глобальная экономическая политика и составляет основную цель ВТО, а проведение тарифно-торговых и других мероприятий, с этим связанных, является лишь сравнительно малой функцией в рамках движения к главной цели, и тесное сотрудничество с МВФ и МБРР — дополнительное тому подтверждение.

ВТО — это особый вид международной организации. Как уже было сказано, она не имеет всеобъемлющего устава, ее функции и направление будущего развития определяются и закрепляются на переговорах участников организации и во многом зависят от текущих мировых процессов, в частности от глобализации и расстановки сил на мировой арене.

Следует подчеркнуть, что ВТО не только не имеет раз и навсегда зафиксированных функций — нет и раз и навсегда установленных правил; и функции, и правила меняются. Механизмом изменения того и другого являются переговоры участников. Вот почему так важен механизм принятия решений Конференцией министров ВТО.

По охвату, по сфере влияния на экономику и торговлю ВТО оправданно считается всемирной организацией, однако идущие в мире процессы глобализации требуют признать, что не все так однозначно.

Так, одним из многочисленных проявлений глобализации является так называемое интернационализированное мировое производство. Это производство, ведущееся главным образом транснациональными корпорациями (ТНК), представляет собой по сути скрытый экспорт. Эта часть мировой торговли, как и вся деятельность ТНК, не подпадает под правила регулирования, разработанные ВТО. По подсчетам экономистов интернационализированная часть мировой экономики составляет примерно половину валового мирового продукта. По этой причине понятие «всемирная» применительно к ВТО может быть использовано весьма условно. Таким образом, ВТО, являясь инструментом глобализации, в то же время ограничена таким мощным ее фактором, как ТНК. Какая из структур оказывает большее влияние на другую — большой вопрос. Чьи же интересы представляет ВТО?

В эпоху набирающей темпы глобализации новые игроки на мировой арене — транснациональные корпорации, международные финансовые центры и другие мощные международные экономические структуры — в своей совокупности становятся уже чем-то качественно новым. Укрепляется и расширяется система взаимоотношений этих новых субъектов между собой, снижающая роль государств в регулировании международного рынка.

В известной степени это объективный процесс. Мировая политика, мировые экономика и торговля, мировые взаимоотношения все в большей степени регулируются и даже контролируются различными международными структурами. Вступая в международную организацию, государство принимает на себя добровольное обязательство подчиняться ее нормам и предписаниям, что нередко приводит к необходимости изменить национальное законодательство. Тем

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_178-183.indd 180 04.05.13 5:25

самым оно добровольно ограничивает свой государственный суверенитет. Кроме того, права и поведение государств — членов той или иной организации также предопределены ее правилами и распорядком. В первую очередь это относится к ВТО.

Все возрастающая роль международных организаций на мировой арене, по нашему мнению, означает не что иное, как растущую роль малой группы экономически мощных государств, которые сумели подчинить себе, своим интересам эти организации.

Какие государства стоят у руля ВТО, кто определяет ее глобальную политику, в чьих интересах она проводится, каков способ избрания руководящих кадров? Все эти важнейшие вопросы не нашли отражения в Соглашении о ВТО. Например, Конференция министров ВТО, в которой участвуют 159 государств, принимающая все важнейшие решения, — не новгородское же вече! Руководящие органы организации, система и процедура голосования и многие другие нюансы предопределяют развитие событий и решение всех вопросов. Несогласный член может лишь выйти из организации, других прав у него нет.

В систему, функции, политику и регулирование ВТО закладываются те нормы, которые отражают реальный баланс интересов, реальное соотношение политических и экономических сил на мировой арене.

Государства — члены ВТО очень разные, одни — мощные богатейшие державы с огромным влиянием, другие — слаборазвитые, бедные и невлиятельные. Даже если представить, что формально они равны, то их реальное положение несопоставимо.

ВТО, как и другие международные организации, неадекватно отражает интересы разных стран. В ее рамках идет борьба интересов, нередко решения обусловлены политическими факторами. Группа развивающихся стран считает, что некоторые положения и решения ВТО носят асимметричный характер и существовавший ранее более благоприятный для них режим практически исчез, он блокируется различными союзами внутри ВТО.

Например, указывается, что условия всей европейской торговли внутри Евросоюза не распространяются на основе принципа наибольшего благоприятствования на прочие страны. Та же ситуация с Североамериканской ассоциацией свободной торговли. Отмечается также, что ВТО не смогла предотвратить роста протекционизма, т.е. обеспечить решение второй своей важнейшей задачи.

Россия присоединилась к ВТО и формально стала ее членом 22 августа 2012 г. в соответствии со ст. XII Соглашения о ВТО. Она вступила в организацию как рядовой член, не имеющий поддержки ни со стороны экономически развитых, ни со стороны развивающихся стран, который к тому же вряд ли постиг все премудрости этой сложной организации, коих немало. Россия никого не представляет на мировой арене, кроме самой себя. Полностью утратив свои прежние позиции в качестве великой державы, наша страна ни новых ориентиров, ни новых союзников не обрела.

Вступление России в ВТО таит в себе немало опасностей. Но невступление грозило бы изоляцией.

Главное и, к сожалению, единственное преимущество состоит в том, что Россия в большей степени будет защищена от дискриминации и от обвинений в демпинге.

ВТО четко придерживается принципа, согласно которому международное право является источником права национального и закрепленные в соглашениях организации положения должны стать нормами национального права ее членов без каких-либо изъятий, модификаций или исключений. Это заранее выведено за пределы переговоров. ВТО устанавливает правила и условия международной торговли товарами и услугами, и государства-участники обязаны внести их в свое национальное законодательство, что в целом способствует упорядочению и совершенствованию международной торговли. К условиям и правилам регулирования мирового рынка вынуждены приспосабливаться и прочие страны, которые не являются членами организации, если они хотят вписаться в мировой рынок. Таким образом, правила и стандарты ВТО распространяются и на них.

Итак, вступление в ВТО требует от каждой вступающей страны точного выхода на все правовые нормы, формулировки, содержащиеся в соглашениях, составляющих систему ВТО, причем специально оговорено, что это должно исполняться не только центральным правительством, но и регионами. Как уже было ска-

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_178-183.indd 181 04.05.13 5:25

зано, хотя ВТО и является всемирной торговой организацией, ее функции, действие и влияние далеко выходят за рамки торговли, затрагивая многие важные сферы экономики, в том числе инвестиции, банковскую и страховую сферы и т.д., поэтому и в этих сферах национальное законодательство подлежит анализу и возможному изменению.

Конкретные формы внесения изменений в национальное законодательство правилами ВТО не предписаны, они могут быть разными. Например, Япония сделала заявление, что она признает, что при возникновении противоречий или разночтений между нормами национального права и положениями ВТО последние имеют приоритет. Бразилия же перевела основные документы ВТО и опубликовала их как национальный закон.

Еще до вступления в ВТО, в 1996 г., когда Россия ратифицировала Соглашение о партнерстве и сотрудничестве с Европейским сообществом и странами — членами сообщества, для нашей страны стали действовать правила международной торговли, содержащиеся в соглашениях ГАТТ/ВТО. В тот же период вступили в силу обязательства России по двусторонним соглашениям, предусматривающим требование следовать правилам конкуренции, принятым в ВТО. Теперь же, после официального вступления, в соответствии с п. 4 ст. XVI Соглашения о ВТО Россия, как и все прочие члены, приняла на себя международное обязательство обеспечить полное соответствие своих законов, нормативных актов и административных решений положениям ВТО. Огромный массив законодательства требует изменения или переработки, и это затрагивает регулирование практически всей хозяйственной и в первую очередь внешнеэкономической деятельности страны.

Изменение законодательства означает как внесение исправлений, так и разработку новых необходимых проектов. Стоит отметить важнейшую проблему, которая усугубляет несоответствие российского законодательства положениям соглашений организации, — это терминологические разночтения. Например, российские определения понятий «услуги», «экспорт», «импорт», «участники внешнеэкономической деятельности» и пр. не совпадают с терминологией ГАТС. Положениям ГАТТ противоречат определения таможенного союза и зоны свободной торговли.

Существует и еще одна трудоемкая задача: требуется тщательный анализ многочисленных двусторонних соглашений России о поощрении и защите иностранных инвестиций, так как в них говорится, в частности, о предоставлении торгового и инвестиционного режимов. Нужно, чтобы их объем соответствовал объему режимов, предусмотренных соглашениями ВТО.

К сожалению, Россия вступила в ВТО, не проведя глубокого анализа всех важнейших аспектов отраслевого регулирования экономики в новых условиях с тем, чтобы попытаться добиться оптимальных условий вступления.

Более того, до сего времени далеко не все многочисленные документы ВТО переведены на русский язык, а это значит, они не доступны нашим чиновникам.

Процесс вступления России в ВТО длился 18 лет. Вступление — это лишь начало трудного и длительного пути. Исполнение правил ВТО — задача трудная для любого ее члена, для России же тем более. Период ее «либеральной» экономики был слишком коротким, кроме того, государство до сих пор играет главную роль в экономическом развитии, что в свою очередь предопределяет и зарегулированность, и чрезмерность средств управления и контроля за экономикой. Наиболее неблагоприятным моментом является отсутствие стабильной взвешенной торгово-экономической политики, отсутствие транспарентности, спонтанность некоторых важных решений и т.д.

Наступил момент, когда на территории России должны начать действовать международные правила (правила ВТО), касающиеся товаров, услуг, интеллектуальной собственности и многих других проблем. Они заменят собою российское регулирование и определят предпринимательский климат России. Все торговые мероприятия теперь должны соответствовать правилам ВТО. Как и в какой степени новые условия отразятся, например, на деятельности российских компаний? Бизнес-планы многих компаний могут претерпеть изменения. В своей стране российские компании столкнутся с новой конкуренцией, а за рубежом — с необходимостью преодоления протекционизма. Правила ВТО окажут непосредственное влияние как на российские компании, так и на иностранные фирмы, имеющие бизнес в России.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_178-183.indd 182 04.05.13 5:25

Но существуют и ясные и действенные средства защиты. Российские компании получают возможность успешно бороться против незаконных ограничивающих торговлю мер других стран, используя предоставляемые ВТО возможности, — конечно, при условии тщательного изучения документов организации и ее механизмов.

Можно констатировать, что именно компании являются основным адресатом правил ВТО. Одной из провозглашенных целей организации является способствование развитию бизнеса, устранению препятствий, мешающих его деятельности. Признанным фактом считается и обратное, а именно воздействие бизнеса на ВТО. Такое влияние осуществляется крупнейшими компаниями, нередко при поддержке своих правительств, и достигается через механизм ВТО — ведение переговоров, принятие решений и получение результатов. Еще большего успеха можно достичь путем договоренности группы мощных компаний, имеющих одинаковые интересы. Однако очевидно, что российские компании в это число не входят.

Мы разделяем точку зрения тех исследователей[1], которые утверждают, что вступление в ВТО таких стран, как Россия, способно повлечь благоприятные последствия только в долгосрочной перспективе, только при грамотной экономической политике и только при соблюдении приоритета интересов собственного населения. Россию ожидают серьезные трудности и огромная работа.

[1] *См, напр.: Россия в ВТО: правовые последствия // Закон. 2011. № 12. С. 33, 34 (автор комментария — А. Курбатов).*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_178-183.indd 183 04.05.13 5:25

КОНКУРЕНЦИЯ ПРАВОВЫХ И ЮРИСДИКЦИОННЫХ СИСТЕМ

COMPETITION OF LEGAL AND JURISDICTIONAL SYSTEMS

ЯРКОВ
Владимир Владимирович
заведующий кафедрой гражданского процесса УрГЮА, доктор юридических наук, профессор

Vladimir Yarkov
Doctor of Law, Chief of the Chair of civil procedure, Urals State Law Academy

The article comments briefly on some issues relating to competition among the world's jurisdictional systems as it affects the Russian legal system. The author points out differences in approaches of the influence on economic development of systems of common and civil law by the authors of papers in Doing Business and the A. Kapitan Association. The greater economy to society of a civil-law system is described. The author analyses various ways of increasing the attractiveness of the Russian legal and jurisdictional system.

Вопрос о конкуренции правовых и юрисдикционных систем является достаточно важным и значимым, поскольку из сферы специальных исследований он в течение нескольких лет перешел в плоскость публичной дискуссии. Много внимания этой тематике было уделено на II Петербургском Международном Юридическом Форуме в мае 2012 г., в частности в выступлении Председателя ВАС РФ А.А. Иванова.

Как известно, правовая система каждой страны является результатом длительной эволюции, отражающей особенности ее экономического и политического развития, правовые и культурные традиции, ее место в мировом разделении труда — многое зависит от сочетания других, порой внешне случайных факторов. Место того или иного государства на юридической карте планеты, востребованность его правовой системы могут не соответствовать уровню экономического развития и политическому весу страны и определяться целым рядом факторов специально-юридического характера, удобством правовой системы для решения определенных экономических задач, достижения необходимых результатов.

В современном мире, помимо конкуренции товаров и услуг, существует и соперничество различных правовых систем. Они не только, как справедливо пишут многие исследователи, сближаются и взаимно обогащают друг друга[1], но в силу особенностей разви-

[1] *На данное обстоятельство обратили внимание многие исследователи, см., напр.: Решетникова И.В. Доказательственное право США и Англии. Екатеринбург, 1997; Кудрявцева Е.В. Гражданское судопроизводство Англии. М., 2008. Представляет большой интерес книга, посвященная процессам сближения процессуального права в Европе, выполненная под руководством профессора М. Сторма —*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_184-187.indd 184 04.05.13 5:27

тия и совокупности различных факторов объективно конкурируют между собой, предлагая лучшие условия ведения бизнеса, налогообложения, более удобные формы и процедуры разрешения и урегулирования споров, а также исполнения принятых решений. Одним словом, разные характеристики той или иной правовой системы позволяют оценить ее преимущества и увидеть недостатки по сравнению с другими. Поэтому транснациональные компании могут избрать для себя именно ту правовую систему, которая наиболее экономически эффективна и юридически безопасна, наименее потенциально спорна и позволяет оптимально выстроить систему правовых и экономических отношений.

Таким образом, с одной стороны, можно отметить тенденцию к унификации и гармонизации отдельных правовых систем, в том числе путем восприятия интересных правовых институтов, с другой стороны, налицо соперничество, отражающее конкурентную атмосферу человеческого общества. В основе конкуренции правовых систем лежит идея создания наилучших условий для экономического и социального развития, привлечения инвестиций и людей. Право в этом смысле превратилось в такой же товар, который определяет привлекательность конкретной страны для выбора в качестве места жительства, инвестиций, сохранения капитала. Поэтому затрагиваемая проблема конкуренции юрисдикционных систем производна от конкуренции за ресурсы, деньги, контроль правовых отношений в других странах. На самом деле если порой внутренние экономические отношения в России регулируются с помощью норм иностранного права, чаще всего английского и швейцарского, то можно говорить в какой-то мере об утрате юридического суверенитета нашей страны в ряде сфер.

Конкуренция правовых систем отражает положение: «Роль права может быть реакционной, прогрессивной или нейтральной в зависимости от того, как им пользуются, чьим интересам оно служит, а также от того, как оно взаимодействует с другими факторами, влияющими на индивидуальный выбор людей»[2]. При этом не совсем точно говорить в целом о конкуренции правовых систем как таковой, поскольку каждая из них достаточно самобытна и развивалась под влиянием собственных импульсов, а не в стремлении противопоставить себя какой-либо иной правовой системе. Другое дело, что в эпоху глобализации экономики, быстрого перемещения капиталов появляются возможности воистину планетарного взгляда на вопросы лучшей организации бизнеса и обеспечения прав собственности и соответствующего выбора более удобного права для решения конкретных прикладных вопросов, например заключения акционерного соглашения или планирования перехода прав в порядке наследования.

Различный правовой режим, прежде всего в сферах ведения предпринимательской деятельности, налогообложения, основных институтов гражданского права (оформления прав собственности, обязательственного права, права наследования, режима имущественных отношений в семье и др.), юрисдикционных условий и процедур, обеспечивает возможность выбора наиболее целесообразной модели и надежной правовой системы и позволяет определять место регистрации бизнеса, применимое право и юрисдикцию на случай конфликта. Предпочтение той или иной правовой системы помимо повышения инвестиционной привлекательности государства, в котором она функционирует, и притока в него финансовых ресурсов также создает рынок труда для юристов и юридических учреждений, влияет на юридическое образование и на многие другие аспекты.

Поскольку всё в нашем мире так или иначе учитывается и ранжируется, с 2003 г. стали публиковаться ежегодные доклады Всемирного банка *Doing business*. Доклады построены на основе достаточно простой посылки о том, что поскольку лучшая экономика в мире создана в США, то, соответственно, и лучшее в мире право, наиболее адекватно отвечающее требованиям экономического развития, — это право США и в целом системы общего права. Таким образом, ко всем странам применяется один подход по принципу *one size fits all*. В качестве критериев оценки избирались в основном показатели времени и движения, например для регистрации прав на недвижимое имущество — количество процедур, число дней, стоимость, а для исполнения договоров — количество судебных стадий, срок рассмотрения в днях и стоимость.

в тот период президента Международной ассоциации процессуального права: Storme M. (ed.) Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne. Kluwer, 1994.

[2] *Шихата И. Правовая реформа. Теория и практика. М., 1998. С. 9.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_184-187.indd 185 04.05.13 5:27

В основном в докладах Всемирного банка была подвергнута критике система гражданского права (косвенно, путем соответствующего ранжирования в рейтингах), поэтому интересен доклад Ассоциации друзей французской юридической культуры им. Анри Капитана[3], в котором критически разобраны основные доводы *Doing business*. Наши коллеги из Ассоциации им. Анри Капитана подробно исследовали фактические и правовые исходные данные доклада и сумели довольно точно отметить как фактическую необоснованность многих выводов докладов *Doing business*, так и преимущества системы гражданского права, которые позволяют ей не менее эффективно выступать в качестве основы экономического развития. Особенно наглядно спорный характер многих положений докладов *Doing business* был показан на примере регистрации прав на недвижимое имущество, исполнении договоров и других сфер. Было бы большим преувеличением полагать, что рейтинг, например, ФРГ или Франции в докладах *Doing business* сильно повлиял на их экономическую политику или стал предметом большой дискуссии в этих странах.

Однако эта в большей степени академическая дискуссия приобрела в нашей стране неожиданно политический характер, и повышение рейтинга в *Doing business* было объявлено новым приоритетом развития для России[4]. Насколько это оправданно? Вряд ли можно брать за основу стратегии развития рейтинги, теоретическая и практическая ценность которых была подвергнута критическому анализу еще шесть лет назад.

Обратим внимание только на один аспект. Помимо искусственно подогнанных цифр нельзя не учитывать экономическую составляющую соответствующей правовой системы. Например, количество споров из нотариально удостоверенных сделок в Европе составляет порядка 1 на 1000, в то время как в США — в 40–50 раз больше с тенденцией к увеличению: с 1999 по 2009 гг. количество споров из договорных отношений возросло на 26,7%, а в сфере недвижимости на 44,2%. Количество гражданских процессов утраивается каждый год (1 процесс на 10 взрослых жителей в 2007 г.).

В странах системы гражданского права, к примеру, нотариат обеспечивает невысокую стоимость содержания для общества всей юрисдикционной системы государства (0,5–3% ВВП), а в США — 5% ВВП, или два трлн долл. The *Legal Industry*, т.е. совокупность расходов граждан, организаций и властей на судебную систему каждый год увеличилась на 382% за 12 лет (в то же время, скажем, оборот автомобильной промышленности в США увеличился только на 40%)[5].

Мы должны констатировать, что российская юрисдикционная система, в отличие от закрытой советской, действует в условиях конкуренции с правовыми системами других государств. Поэтому по истечении 20 лет реформ, как свидетельствуют результаты исследований, большая (или, по другим оценкам, значительная) часть внешнеэкономических сделок российских компаний подчинена иностранному праву[6]. Можно выделить несколько причин сложившейся ситуации. Пожалуй, основная — желание новых собственников защититься от пересмотра результатов приватизации и стремление скрыть себя как конечных бенефициаров, в связи с чем владение активами юридически выводилось за рубеж. Среди других причин выделяют более удобный способ оформления правовых отношений, систему налогообложения, фактор недоверия к собственной системе и т.д.

Можно ли каким-то образом ограничить такой выбор? В эпоху, когда полностью реализовалось известное выражение о том, что капитал не имеет национальности и границ, такие ограничения вряд ли могут быть полезными, а их введение, скорее всего, вызовет негативные экономические последствия.

Что можно сделать для повышения доверия к российской правовой системе и юрисдикции? Рост доверия — процесс постепенный, и он не может пройти в заранее запланированные сроки. Абсолютного

---

[3] *См.: Цивилистические правовые традиции под вопросом. По поводу докладов Doing business Всемирного банка / пер. с фр. языка А.В. Грядова. Т. 1. М., 2007.*

[4] *См., напр.: Ширманова Т. Россия переписывает законы ради рейтинга Doing business // Известия. 2012. 15 окт.*

[5] *См.: U.S. Census Bureau // www.census.gov; Analysis of the Legal Profession and Law Firms, Harvard Law School, 2010 // www.law.harvard.edu/programs/plp/pages/statistics.php; Le notariat dans le monde, éd. Commission de coopération notariale internationale d'U.I.N.L. 2011. P. 3.*

[6] *См.: Афанасьев Д. Суверенитет на 10% // Ведомости. 2012. 27 июня; Иванов М. Коммерческие споры предложено вывести из иностранной юрисдикции // Коммерсантъ. 2012. 10 окт.; Жильцов А., Муранов А. Суверенитет и российское право // РБК daily. 2012. 31 окт.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_184-187.indd 186 04.05.13 5:27

решения не существует, поскольку данный вопрос имеет много составляющих. Главным является движение к намеченным целям с использованием самых различных средств, а также их постоянная корректировка по мере развития на каждом этапе. В этом плане в последние годы постоянно совершенствуется материальное и процессуальное законодательство, в том числе через восприятие на российской почве апробированных институтов из других правовых систем.

Поэтому полезны принимаемые меры по совершенствованию судебной системы, исполнительного производства, необходимо также более благоприятное отношение к арбитражу и определению границ его компетенции. В изменениях нуждается и правовая среда в целом, и система правоприменения, особенно судебного, как центральное ее звено. Важно показывать достоинства нашей правовой системы, например наличие интересных процессуальных механизмов в арбитражном процессе, регулирование сроков рассмотрения дел, относительно быструю систему пересмотра судебных актов.

Таким образом, в целом вся среда обитания для участников экономических отношений в России должна быть удобной и комфортной с точки зрения как правовой основы, так и правоприменения. В конечном счете привлекательность той или иной юрисдикционной системы складывается из многих факторов, и совершенствование только правовой системы является среди них существенным, но не решающим. В любом случае повышение конкурентоспособности российской юрисдикционной системы является одним из важнейших вопросов, напрямую влияющих на успешное экономическое и социальное развитие нашей страны.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_184-187.indd 187 04.05.13 5:27

ГОЛОВКО
Леонид Витальевич
заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор

Leonid Golovko
Doctor of Law, Chief of the Chair of Criminal Procedure, Justice and Prosecutorial Oversight, Lomonosov Moscow State University

УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК ИНСТРУМЕНТ ГЛОБАЛЬНОЙ ИНСТРУМЕНТАЛИЗАЦИИ: ТЕНДЕНЦИИ И РИСКИ

CRIMINAL LAW AS AN INSTRUMENT OF GLOBAL INSTRUMENTALIZATION: TRENDS AND RISKS

Any national peculiarities notwithstanding, there exist certain universal trends which are characteristic of the development of modern criminal law. They are not only still to be thoroughly conceptualised theoretically but even yet to be clearly formulated. The article considers attempts to displace criminal law from economics and simultaneously increase its role in domestic politics and international relations.

Любой непредвзятый аналитик, даже начинающий испытывать определенное раздражение по поводу бесконечных рассуждений о новых вызовах и глобальном мире, не может не обратить внимания на тенденции и процессы, происходящие не только внутри уголовного права, но и с ним как с феноменом в целом. В настоящее время необходимым является как минимум признание самого факта существования подобных тенденций, и, как бы мы к ним ни относились, их необходимо четко сформулировать, поскольку никакое обсуждение явления невозможно без его предварительной концептуализации. В данном же случае о концептуализации речь еще пока не идет.

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_188-193.indd 188 04.05.13 5:30

В самом общем виде можно сказать, что сегодня уголовное право все более агрессивно вытесняется из экономики и одновременно не менее активно привносится во внутреннюю и внешнюю политику, причем данный феномен имеет универсальную природу и характеризует не только развитие уголовного права какой-либо отдельно взятой страны, но и его общее глобальное развитие. Вокруг этих двух основных тенденций выстраивается целый ряд производных.

Вытеснение уголовного права из экономики

Роль уголовного права в экономике на протяжении последних двух столетий основывалась на знаменитой и бесчисленное количество раз процитированной фразе Ж.-Ж. Руссо о том, что «уголовные законы являются не столько отдельным видом законов, сколько санкцией всех остальных»[1]. Ясно, что экономика нуждается в санкционирующих механизмах не меньше, чем остальные сферы общественной жизни. Может быть, она нуждается в них даже больше: «Поскольку деловой оборот порождает естественное стремление к обогащению, то он всегда знал различные формы бесчестных практик. Такие практики представляют угрозу устойчивости и здоровой атмосфере делового оборота, более того, они представляют угрозу экономике в целом и прерогативам государства»[2]. Иначе говоря, без уголовного права во всех его проявлениях (от тюремного заключения до штрафа) обойтись нельзя — только оно способно на благо добросовестным предпринимателям, экономике и обществу в целом устанавливать четкие границы дозволенного поведения в экономической деятельности и определять наказания (иногда жестокие, иногда не слишком) тех, кто эти границы преступил. В такой ситуации уголовное право исторически рассматривалось как снабженный всеми необходимыми процессуальными гарантиями и потому единственно возможный *либеральный* (в хрестоматийном значении) инструмент регулирования экономической деятельности с точки зрения определения границ, за которые государство не позволяет выходить в деловом обороте. Внутри этих границ можно сколько угодно спорить, предъявлять гражданские иски в суды, примиряться и возмещать друг другу убытки, но в случае выхода за границы должна наступать публично-правовая санкция в виде уголовного наказания. В этом смысле уголовное право всегда рассматривалось в качестве важнейшего публично-правового регулятора экономической деятельности, что в значительной мере избавляло государство от бюрократической опеки делового оборота с помощью повседневного администрирования. Государство как бы говорило предпринимателю: «Я тебе доверяю, но если ты выйдешь за установленные уголовным законом границы, то будешь наказан».

Однако в последнее время обозначенный аксиоматичный подход поставлен под сомнение. Уголовное право все чаще объявляется несовместимым с экономической деятельностью. Вспомним легендарное заявление Н. Саркози: «Уголовно-правовое воздействие на наше право в сфере предпринимательской деятельности является большой ошибкой, я хочу положить ему конец», поскольку предпринимательство характеризуется «вкусом к риску», который становится невозможным, если «за финансовым риском всегда стоит уголовно-правовой»[3]. Вспомним бесчисленные российские реформы по либерализации экономической деятельности, множественные поправки в УК РФ и бесконечные дискуссии о необходимости еще более радикального подхода. У Н. Саркози ничего не получилось, помешали протесты французского судейского корпуса, понимавшего, что наступит хаос, и мировой финансовый кризис, показавший уязвимость аргумента о рисках. В России вытеснение уголовного права из экономики прошло более успешно, хотя по-прежнему не имеет тотального характера, что не устраивает многих реформаторов.

Но главное в другом. Что приходит взамен уголовному праву, когда оно теряет роль экономического регулятора? Разумеется, экономика без регуляторов остаться не может. Санкционирующая роль переходит в такой ситуации к административным органам, либо являющимся государственными в полном смысле (Россия)[4],

---

[1] *Цит. по: Bonfils P. Droit pénal des affaires. Paris, 2009. P. 3.*
[2] *Ibid. P. 11.*

[3] *Dépénalisation du droit des affaires: Sarkozy crée la polémique // http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/20070831.OBS2805/depenalisation-du-droit-des-affaires-sarkozy-cree-la-polemique.html.*
[4] *Проблема расползания административных санкций, разбухания КоАП и т.п. прекрасно известна отечественным юристам. Важно отметить, что она оказалась намного*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16
ZS_p_188-193.indd 189 04.05.13 5:30

либо формируемым государством, но считающимся независимыми (Запад)[5]. В обоих случаях административные органы, в том числе независимые, приобретают права расследования, преследования и возложения так называемых административных санкций, которые растут словно снежный ком. Возникает проблема обеспечения процессуальных гарантий, приводящая к появлению параллельного уголовного права и процесса, внешне именуемого административным. Этот феномен вызывает колоссальную озабоченность как на Западе[6], так и в России.

В действительности уголовное право является функционально необходимым регулятором экономики, обойтись без которого нельзя. Любые попытки уйти в экономической сфере от уголовно-правового регулирования на деле приводят лишь к переименованиям, ничего не меняющим по существу. Однако вместо легитимной системы уголовной юстиции вопросами уголовных (по сути, а не по названию) наказаний начинают заниматься административные органы, пусть и именуемые в США или Франции независимыми, т.е. якобы отделенные от государства. В подобном же духе советская власть когда-то боролась с буржуазной полицией, пытаясь заменить ее общественной милицией. Это привело к тому, что милиция очень быстро превратилась в ту же полицию, однако классический институциональный понятийный аппарат, который приходится с таким трудом восстанавливать сегодня, оказался разрушенным. Операция по декриминализации и депенализации запретов в сфере экономики с передачей соответствующих карательных функций разнообразным институциональным суррогатам выглядит столь же неудачной затеей, разрушающей классические основы правовых систем. Она интересна разве что с точки зрения эмпирики, показывающей, что уголовное право является прежде всего функцией, которую можно передать или переименовать, но невозможно уничтожить.

Привнесение уголовного права в политику

Уголовное право всегда имело свою политическую составляющую и в той или иной степени влияло на политику. Однако современное правовое сознание воспринимает такое влияние в сугубо негативном ключе, подразумевая, что уголовное право не может и не должно служить инструментом решения внутриполитических или внешнеполитических проблем. Свидетельством тому служит отрицательная коннотация понятия политическая юстиция, связываемого исключительно с тоталитарными или авторитарными обществами[7]. Более того, во избежание превращения уголовного права в инструмент сведения политических счетов возникли разного рода специальные юридические конструкции (например, иммунитет главы государства, освобождающий его от уголовного преследования). Эти конструкции основаны на понимании того, что политическая власть не может осуществляться в том же режиме, что и деятельность рядового чиновника, следующего жестким инструкциям, в силу чего любому главе государства при желании можно предъявить претензии о злоупотреблении полномочиями. При этом формальный запрет на уголовное преследование главы государства сопровождался политическим консенсусом по поводу нежелательности уголовного преследования бывших глав государств, утрачивающих иммунитет, поскольку в противном случае становится весьма затруднительной регулярная смена власти, характерная для демократических обществ, и создаются стимулы для вечного удерживания власти, по-человечески понятная в условиях альтернативы между властью и тюрьмой. Исключением в последние десятилетия являлось разве что уголовное преследование глав одиозных государств за преступления против мира и человечества, но такое исключение скорее подтверждает правило.

Тем удивительнее современные тенденции очевидной политизации уголовного права, когда разные формы политической юстиции часто проникают в него якобы из благих побуждений, хотя при этом само понятие политической юстиции по-прежнему считается моветоном. Такого рода тенденции проявляются как на национальном, так и на наднациональном уровне.

более универсальной, чем могло показаться на первый взгляд, поскольку предопределена не только сугубо отечественными деформациями, но и новыми глобальными концептуальными подходами к соотношению уголовного права и экономики.

[5] *Например, британские non-departmental public bodies (Quangos), американские federal regulatory agencies, французские autorités administratives indépendantes.*

[6] *См., напр.: Delicostopoulos C. Autorités administratives indépendantes et procès équitable // Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques. Paris, 2013. P. 73–93.*

[7] *См., напр.: Кудрявцев В., Трусов А. Политическая юстиция в СССР. М, 2000.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_188-193.indd 190 04.05.13 5:30

На *национальном* уровне принцип иммунитета действующего главы государства сохраняет свою силу, хотя даже в умеренных академических кругах это все чаще признается возмутительным фактом, противоречащим принципу равенства перед законом и судом[8]. При таком подходе от былого политического консенсуса по поводу нежелательности уголовного преследования передавших власть глав государств и правительств не остается и следа. Более того, в последние годы уголовное право становится едва ли не нормальным инструментом сведения политических счетов с теми, кто проиграл борьбу за власть в рамках конституционных процедур и политической борьбы. Достаточно вспомнить эпизоды с уголовным преследованием Ю. Тимошенко на Украине, Д. де Вильпена и Н. Саркози во Франции, С. Берлускони в Италии. Является ли вмешательство уголовного права в политику благом для стабильного развития политических систем? Вопрос, думается, риторический. Но возникает и еще один: не становится ли преступлением в современном постмодернистском и антиэтатистском сознании власть как таковая, когда любой отошедший от дел политик подвергается уголовному преследованию едва ли не автоматически, только за то, что в определенный момент обладал властью? Такой подход просто катастрофичен, поскольку ставит под сомнение демократический императив регулярной смены власти.

На *наднациональном* уровне в инструмент политического влияния превращается даже не классическое уголовное право, которое в такой ситуации применять сложно, а новейшее изобретение — *уголовно-правовой дискурс*, лишенный каких-либо институциональных основ. Хрестоматийным примером является список С. Магнитского, принятие которого стало возможно на основании широко известного закона США. Этому случаю, конечно, предстоит попасть в учебники и вряд ли в качестве позитивного примера. С одной стороны, ничего, казалось бы, не произошло: никто не арестован, не приговорен к тюремному заключению, нет даже уголовного преследования как такового, т.е. к уголовной юстиции *stricto sensu* все это отношения не имеет. С другой стороны, совместными усилиями законодательной и исполнительной властей (без малейшего участия судебной) одного государства некая группа людей другого государства обвинена в причастности к смерти человека. Но каковы фактические обстоятельства? Кто их доказывал? Какова юридическая квалификация роли каждого из включенных в список? Кто выдвигал обвинение? Кто его поддерживал? Как обеспечивалось право на защиту? На все эти и многие другие вопросы не только нет ответа, но они при принятии закона даже не были поставлены. Возникает некая новая и крайне опасная форма инструментализации уголовно-правового дискурса — виртуальное обвинение в виртуальном преступлении на основании виртуальных процедур, но с абсолютно реальными репутационными последствиями для конкретных людей, как бы мы к ним ни относились. Этот феномен еще предстоит изучать, поскольку его широкое распространение крайне опасно. Он свидетельствует о появлении современных форм политизации даже не столько уголовного права, сколько уголовно-правового дискурса во внешней политике, что превращает уголовно-правовой понятийный инструментарий в очевидное оружие политических баталий. Сложно сказать, выиграет ли от этого международная политика. Но нет сомнений, что институциональные основы уголовной юстиции, в том числе в их международно-правовой составляющей, потерпят сокрушительное поражение, если вообще смогут сохраниться при активном использовании подобных технологий.

Искусственная иерархизация уголовно-правовых систем

Активное проникновение уголовно-правового дискурса во внешнюю политику проявляется еще в одном аспекте — намечающихся попытках создания иерархии национальных уголовно-правовых систем, когда одни национальные уголовно-правовые системы воспринимаются как априори легитимные, а другие — как столь же априори нелегитимные и не внушающие доверия. Пока еще подобного рода классификация не концептуализирована в западной сравнительно-правовой литературе и не отражена в каком-нибудь рейтинге международной организации, однако появление подобных рейтингов весьма вероятно по аналогии с рейтингами уровня коррупции или степени свободы СМИ.

При анализе данной тенденции напрашивается очевидная аналогия с известной современной концепцией неудавшегося государства *(failed state)*, которая уже неоднократно критиковалась в литературе, в том числе западной, именно за свой политико-идеологический,

[8] *См.: Cohendet M.-A. Le Président de la République. Paris, 2002. P. 36.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_188-193.indd 191 04.05.13 5:30

сугубо оценочный характер и которая никак не вписывается в традиционные каноны международного права, не знающего деления государств на удавшиеся и неудавшиеся[9]. В каком-то смысле можно говорить о навязчивом стремлении убедить международное общественное мнение в наличии неких неудавшихся систем уголовной юстиции *(failed criminal justice system)*. При этом, как и в случае с *failed state*, подобная постановка вопроса была невозможна даже в условиях пропагандистских баталий периода холодной войны, когда хорошим тоном все-таки считалось подчеркнутое уважение к любому государству, его уголовно-правовой системе и принимаемым в ее рамках решениям.

Но сегодня, хотя это еще и не произнесено официально, уголовное преследование в априори легитимных уголовно-правовых системах рассматривается в качестве нормальной правовой реакции на преступное поведение, идет ли речь об общеуголовных, экономических или редких половых преступлениях (шведское дело против Д. Ассанжа). Никто не ставит под сомнение уместность и обоснованность уголовно-правового вмешательства, каким бы экзотическим ни казался априори легитимный уголовно-правовой запрет. В то же время уголовное преследование в априори нелегитимных уголовно-правовых системах ни при каких условиях не может вызывать доверие, о каком бы преступлении ни шла речь. Даже больше, такого рода уголовное преследование воспринимается скорее как очевидное достоинство лица, которое ему подвергается, в силу чего данному лицу достаточно сослаться на сам факт уголовного преследования (даже не углубляясь в его содержание), чтобы получить, например, политическое убежище в стране с априори легитимной уголовно-правовой системой. Иначе говоря, факт уголовного преследования в такой ситуации автоматически становится обстоятельством, порождающим доверие к жертве системы, идет ли речь о террористе, маньяке или мошеннике.

Подобные подходы самым неожиданным образом влияют на рассмотрение дел в судах, казалось бы совершенно далеких от вопросов уголовной юстиции, например в некоторых гражданских юрисдикциях или в международном коммерческом арбитраже. Нельзя не отметить стремительный рост числа споров, где уголовное право рассматривается не в качестве основания спора, а в качестве *аргумента* сторон по другому спору. Появляется даже новый феномен, который можно обозначить как *аргументационную функцию* уголовного права. Речь идет о ситуациях, когда где-нибудь в Лондонском коммерческом арбитражном суде или в ЮНСИТРАЛ стороны ведут гражданско-правовые (в широком смысле) баталии, а уголовно-правовая аргументация служит обоснованием, например, *недобросовестных действий* одной из сторон или заведомо *незаконных* действий государства. При этом решения правоохранительных и судебных органов другой страны рассматриваются не в качестве преюдициального или хотя бы установленного факта, заслуживающего внимания, а в виде несомненного аргумента правоты той стороны, которая подверглась уголовному преследованию, поскольку речь идет о решениях государства, чьи действия в сфере уголовной юстиции априори нелегитимны. В каком-то смысле можно даже говорить о преюдиции со знаком минус, поскольку если нелегитимная уголовная юстиция пришла к выводу о том, что тот или иной человек заслуживает уголовного преследования, то для легитимной уголовной юстиции это без специального доказывания означает, что он его не заслуживает.

Все это показывает, что искусственная иерархизация национальных уголовно-правовых систем не только представляет собой сугубо академическую проблему плохой или некорректной научной классификации, но и имеет очевидные практические последствия, в том числе в таких неожиданных сферах, как международный коммерческий арбитраж.

Техническая унификация и идеологическая перезагрузка

Другая тенденция связана с очевидными попытками глобальной технической унификации уголовно-правового инструментария. В принципе этот процесс в значительной мере пересекается с иерархизацией национальных уголовно-правовых систем, так как их деление на априори легитимные и априори нелегитимные снимает вопрос о том, где здесь унификаторы, а где — реципиенты, поскольку у нелегитимных должен быть стимул или по крайней мере видимость стимула попасть в число легитимных.

[9] *Об этой критике подробнее см.: Пищулин А.В. Слабое, или неудавшееся, государство: теоретическая постановка проблемы // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2012. № 5. С. 47.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_188-193.indd 192 04.05.13 5:30

Сама по себе унификация никогда не рассматривалась в праве в качестве негативного феномена. Напротив, о ней испокон веков мечтали все компаративисты, иначе в сфере частного права не существовал бы УНИДРУА. Однако речь всегда шла о достаточно гибкой унификации равных партнеров, учитывающих особенности друг друга, как это делают, например, французские, немецкие юристы, вырабатывая общие принципы договорного права ЕС и т.п. Но в последние годы в сфере уголовного права наблюдается совершенно иная картина агрессивной и бескомпромиссной унификации, осуществляемой представителями многочисленных международных организаций. В рамках этого процесса принимается решение, причем без малейшего участия реципиентов из нелегитимных, которые обязаны слепо и безоговорочно следовать этому решению, невзирая на социальный контекст, эмпирические данные и пр. Представим: если наверху принято решение о том, что в каждом УК должен быть автономный состав пыток, то не имеют никакого значения робкие аргументы о том, что пытки и без того запрещены под страхом наказания, не имеет значения апелляция к национальной уголовно-правовой доктрине и судебной практике, к пониманию теории квалифицирующих признаков, действующих составов преступлений или научные разработки по данному вопросу. Не имеют также значения попытки выяснить, каковы эмпирические результаты включения в УК специального состава в тех странах, где это имеет место; как данная реформа повлияла на оптимизацию практики и улучшилось ли реальное состояние дел. Как говорится, *it doesn't matter*[10] — состав пыток должен быть, и точка. При этом страсть к междисциплинарным исследованиям парадоксальным образом исчезает, глубокие традиции социологических исследований в сфере права оказываются не у дел. Аналогичная ситуация имеет место в случае с уголовной ответственностью юридических лиц, где требования унификации никак не связаны с позитивным опытом, высокой эффективностью и т.д. и вообще не основаны на реальных эмпирических успехах данной меры в тех правопорядках, где она существует. В какой-то мере можно сказать, что в ходе современной уголовно-правовой унификации социология права оказывается под запретом. В результате уголовное право перестает быть механизмом социальной реакции и превращается в способ глобальной стандартизации правовых систем. Но при таком превращении эффективность следует рассматривать совершенно в другом контексте, поскольку она оценивается не с точки зрения реального действия уголовного закона в унифицируемой стране, а с точки зрения темпов экспорта собственных правовых институтов в стране унифицирующей, имея в данном случае в виду в широком смысле США, ЕС и т.п.

При этом глубокое знание современных механизмов глобальной унификации позволяет скептически воспринимать и известный лозунг о всеобщей гуманизации и либерализации уголовного права. На самом деле он не вполне соответствует действительности. Происходящие процессы правильнее называть *идеологической перезагрузкой* уголовного права, которое просто медленно и с некоторым скрипом разворачивает свою защитную броню в сторону других ценностей, хотя сама броня от этого мягче не становится. Для того чтобы понять вектор этой перезагрузки, достаточно внимательно изучить рекомендации международных организаций, которые в равной степени настаивают на криминализации одних деяний и декриминализации других, что позволяет говорить о своеобразном переливании уголовной репрессии из одного сосуда в другой при общем сохранении ее объема. В этом смысле западная критика российских законов о так называемой административной ответственности за пропаганду гомосексуализма в детских учреждениях понятна. И если бы российский законодатель принял решение о гораздо более жесткой уголовной ответственности за воспрепятствование такой пропаганде, то критики не последовало бы. Гуманизация здесь ни при чем — это вопрос о ценностях и идеологии, насаждение которых всегда требует жестких унификаторских усилий, в том числе в уголовно-правовой сфере, в качестве примеров которых можно привести уголовно-правовые запреты советского времени, связанные с пережитками местных обычаев и др. Однако вопрос о ценностях требует не уголовно-правовых, а политических решений, за которыми уже следует уголовное право, играющее в данном случае сугубо служебную роль. Постмодернистские идеи о полностью деидеологизированном глобальном уголовном праве в очередной роль оказались мифом. И нужно отдавать себе отчет в том, что никакой деидеологизации нет и не предвидится, а глобальное уголовное право может существовать только в рамках глобальной идеологии.

[10] *Это не имеет значения (англ.).*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_188-193.indd 193 04.05.13 5:30

ПАТЕНТНОЕ ПРАВО В ЭПОХУ ГЛОБАЛЬНОЙ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНКУРЕНЦИИ*

PATENT LAW IN AN ERA OF GLOBAL ECONOMIC COMPETITION

РУДНЕВ
Антон Павлович
адвокат Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Anton Rudnev
Lawyer, Egorov Puginsky Afansiev & Partners law offices

"When a company has nobody challenging it, it has very little chance of remaining dynamic"
B. Klein

For a number of years now the high technology sector has been under strain. That is because of the large number of patent cases between IT corporations using legal mechanisms to get at business competitors. This article attempts to analyse important aspects of the relationship between a free-market model and patent regulation in the modern era.

Когда фирме уже никто не бросает вызова,
у нее очень мало шансов остаться динамичной.
Бартон Клейн. Динамическая экономика

Трудно поспорить с тем, что уровень, которого достигла современная мировая экономика, во многом обусловлен действием механизмов свободной конкуренции. Но неутихающие отголоски финансового кризиса и недавнее резонансное решение правительства Кипра спасти национальную экономику за счет введения дополнительных налоговых обременений в очередной раз заставили усомниться в том, что модель абсолютно свободного рынка лишена недостатков.

Для переломного момента характерно, что с его наступлением конфликт общественных интересов и целей отдельных участников рынка проявляет себя в полной мере. Даже понимание того, как выйти из сложившейся ситуации, у публичных регуляторов и субъектов рынка кардинально отличается. Компании, борющиеся за лидерство в той или иной сфере, неохотно согласовывают свою стратегию с публичными интересами. Единственным значимым критерием для них остается стремление устранить ближайшего преследователя, и оно затмевает принципы добросовестной конкуренции. Но эта тенденция тем опаснее, чем больше у подобных гигантов правовых средств, внешне вполне легально позволяющих отсечь конкурентов и выстроить барьер, от пересечения которого существовала бы законная защита.

Ярким подтверждением этого вывода являются конфликты, все чаще возникающие между крупнейшими разработчиками цифровых технологий. Подобным образом растет и число споров между фармацевтиче-

* *Статья отобрана для публикации по результатам конкурса, проведенного на портале Zakon.ru.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_194-200.indd 194 04.05.13 5:32

скими корпорациями. Отчасти стимулом для подобных столкновений является дисбаланс между динамикой развития высоких технологий и реакцией законодательства на происходящие изменения. Но достижим ли компромисс между потребностью общества во внедрении инноваций и исключительной привилегией правообладателя блокировать использование его технологии третьими лицами?

Эксклюзивность прав на результаты интеллектуальной деятельности

Сам термин «исключительное право» недвусмысленно указывает на то, что его обладатель наделен уникальной возможностью контролировать использование результатов своей интеллектуальной деятельности третьими лицами.

Необходимость гарантировать защиту интересов лица, чьим творческим трудом был создан новый объект промышленной собственности, объективно обусловлена. И в этом отношении установление сроков охраны исключительных прав столь же справедливо, сколь логично и обоснованно предоставление собственнику исключительной власти над принадлежащей ему вещью.

Но следует учесть, что возможность своими действиями извлекать полезный эффект является лишь одной стороной субъективного права на имущество. Неслучайно вопрос о том, какой элемент превалирует в содержании права на изобретение, послужил предметом для дискуссии еще в XIX в. Одна группа ученых полагала, что возможность запретить использование изобретений (отрицательная власть изобретателя) носит вспомогательный характер и не доминирует над его правом эксплуатировать изобретение и распоряжаться им для собственной выгоды. Другая позиция, имевшая не столь значительное число сторонников, заключалась в том, что отличительной чертой права на изобретение является именно сила запретительных полномочий правообладателя, ведь использовать изобретение в собственных целях можно и без получения патента[1].

В российской доктрине высказывались аргументы в поддержку второго подхода. В частности, А.А. Пиленко, конструируя возможные практические ситуации, пытался обосновать, что право запретить использование своего изобретения — это единственный ощутимый критерий, позволяющий провести границу между правами нескольких патентообладателей[2]. Наиболее яркий тому пример — так называемые зависимые патенты. Тем не менее в современной доктрине возобладала трактовка исключительного права как **возможности** правообладателя **монопольно совершать действия** по коммерческой эксплуатации объекта и **примыкающего к ней права запрещать** совершение аналогичных действий без разрешения правообладателя[3].

Парадоксально, но если посмотреть на эту ситуацию глазами самих изобретателей, то для них основной экономический интерес представляет именно отрицательная власть, которую патент дает его обладателю. Воспринимая патент как наиболее действенное средство устранения конкурентов, крупнейшие производители цифровой техники и разработчики информационных технологий включились в бескомпромиссное противостояние.

Развернувшаяся борьба получила название патентной войны, ибо по своему накалу и масштабу она очень напоминает военные действия. *Google, Apple, Microsoft, Samsung, Nokia, HTC, Motorola* — этот список можно было бы продолжить, но уже названных наименований вполне достаточно, чтобы понять, насколько далеко зашла борьба за прерогативу диктовать свои условия на рынке современных технологий.

Специфика развернувшихся судебных споров между крупнейшими представителями ИТ-индустрии состоит в том, что, подавая заявки на выдачу патента в отношении того или иного решения, компании вовсе не преследовали цели обозначить качественно новое достижение в области высоких технологий. Уровень предложения на рынке цифровой продукции настолько высок, что примерно равные по техническим характеристикам

---

[1] *Подробнее см.: Пиленко А.А. Право изобретателя. Т. I–II. М., 1902–1903.*

[2] *Там же.*

[3] *См.: Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации: сб. статей. М., 2003. С. 48; Бабкин С.А. Понятие и содержание исключительных прав / Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 606.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16
ZS_p_194-200.indd 195 04.05.13 5:32

устройства утрачивают для потребителя различительную способность. В этой ситуации для увеличения объема продаж производителям остается уповать только на патентную защиту своих разработок, отличающихся от решений конкурентов лишь визуально[4].

Классический пример того, как спор о защите прав на результаты интеллектуальной деятельности имел под собой сугубо коммерческую подоплеку, — череда судебных разбирательств между *Apple* и *Samsung*.

Apple v. Samsung, или Спор о прямоугольном устройстве с закругленными углами

Весной 2011 г. компания *Apple* обратилась в Окружной суд США Северного округа штата Калифорния с иском к корпорации *Samsung*, требуя запретить ответчику производить и продавать целый ряд устройств, внешне сходных со смартфонами и планшетными компьютерами, выпускаемыми под маркой *Apple*[5]. Американская компания также обвинила конкурента в незаконном копировании визуального стиля своей операционной системы *iOS*, в том числе в использовании графического интерфейса, предполагающего размещение иконок приложений в виде упорядоченной сетки с четырьмя колонками[6].

Требования *Apple* были основаны на принадлежащем ей патенте *US D*504,889 *S* от 10.05.2005 на внешний вид электронного устройства[7]. Забегая вперед, отметим, что уже после того как тяжба между *Apple* и *Samsung* охватила несколько юрисдикций, *Apple* удалось запатентовать фирменный дизайн электронного устройства, по всем внешним признакам принадлежащий знаменитому *iPad*[8]. Объявив патентную войну, *Apple* преследовала продукцию *Samsung* по всей Европе и за ее пределами, добиваясь применения обеспечительных мер, блокирующих реализацию продукции *Samsung* в той или иной стране[9]. Были успехи и у *Samsung*: частично ей удалось отстоять свою позицию в процессе против *Apple* в Великобритании[10].

Первый процесс в США завершился победой *Apple*. Американская компания добилась защиты своих прав на основные технологии и получить решение, обязывающее *Samsung* возместить убытки в размере 405 млн долл.[11]

Но на этом противостояние двух лидеров ИТ-индустрии не закончилось, 31 августа 2012 г. *Apple* дополнила исковые требования. На этот раз компания утверждает, что *Samsung* нарушила 17 запатентованных *Apple* технологий, относящихся к функционированию устройства[12]. Среди них «способ разблокировки устройства путем совершения определенных действий» и «способ обработки пропущенного вызова портативным многофункциональным устройством».

На первый взгляд конфликт *Apple* и *Samsung* — это цепь судебных разбирательств, связующим звеном между которыми выступают три элемента: стороны, конкретные запатентованные технологии и устройства конкурирующего производителя, в которых они неправомерно реализованы. Но если задаться вопросом, что же послужило истинной причиной этого спора, то становится очевидным главное желание каждой из компаний обеспечить себе единоличное лидерство на рынке цифровых устройств. Иначе как объяснить, что патент на «прямоугольное устройство с закругленными углами» и другие технологии, которые *Apple* успела забронировать задолго до 2011 г., были использованы против конкурирующей фирмы только тогда, когда она на равных стала соперничать с *Apple* на рынке портативной электроники? Почему в таком случае очередной блок судебных притязаний *Apple* хронологически совпал с

---

[4] *Еще в 2000 г. исследователи обращали внимание на возросшее число патентных заявок, содержащих в себе наряду с описанием самого изобретения или полезной модели признаки ближайшего аналога патентуемого решения, а также признаки, не влияющие на функционирование, технический результат и реализацию (символы, текст, умственные операции) (подробнее см.: Фокина Т.В. Роль экспертизы в пресечении недобросовестной конкуренции // Патенты и лицензии. 2000. № 3. С. 22–24).*

[5] *См.: http://cand.uscourts.gov/lhk/applevsamsung.*

[6] *Patel N. Apple sues Samsung: a complete lawsuit analysis // www.theverge.com/2011/04/19/apple-sues-samsung-analysis.*

[7] *См.: www.google.com/patents/USD504889.*

[8] *См.: www.google.ru/patents/USD670286.*

[9] *См., напр.: Apple Inc. v. Samsung Electronics Co. Ltd. Case № 2-CV-00630-LHK // http://cand.uscourts.gov.*

[10] *См.: Samsung Electronics (UK) Ltd. v Apple Inc. [2012] EWHC 1882 (Pat) (09 July 2012) // www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2012/1882.html.*

[11] *См.: www.rg.ru/2013/03/02/straf-anons.html.*

[12] *См.: Amended Complaint For Patent Infringement, Case № 12-cv-00630-LHK // http://stadium.weblogsinc.com/engadget/files/applesamsung-amended-complaint.pdf.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_194-200.indd 196 04.05.13 5:32

началом массового выпуска новой (усовершенствованной) версии смартфонов и планшетов *Samsung Galaxy*?

Есть и другое объяснение произошедшему. *Apple* позиционирует свою продукцию как единый, целостный программный и дизайнерский продукт, будь то смартфон, планшетный компьютер или ноутбук. Буквально всё, от комплектующих деталей до операционной системы, — собственная разработка *Apple*. Исходный код ее операционных систем закрыт, а сама система может быть установлена исключительно на устройства, произведенные *Apple*. Это во много проясняет бизнес-стратегию компании: уникальность ее продукции преподносится потребителю как неповторимость каждой детали. Если же позволить усомниться в том, что какая-либо деталь смартфона или планшета *Apple* может быть с успехом реализована в продукции конкурента, причем за меньшую цену, привлекательность бренда в целом может снизиться.

Samsung пользуется совершенно иной технологической стратегией. Тесно сотрудничая с *Google*, *Samsung* выпускает смартфоны и планшетные компьютеры на базе операционной системы *Android*. Ее исходный код открыт и обеспечивает возможность создания совместимых с ней приложений сторонними разработчиками, что делает устройства на базе *Android* более привлекательными для потребителей. Экономический потенциал этой платформы позволил компании *Samsung* заполучить 22,9% мирового рынка продаж смартфонов[13].

Иными словами, противостояние *Apple* и *Samsung* — это в первую очередь борьба за симпатии потребителя и рынки сбыта, в которой стремление защитить свои исключительные права на разработки — скорее, не сама цель, а средство ее достижения.

Эффект масштаба

Патентные войны очень быстро утратили свою первоначальную привлекательность и заставили многие компании серьезно переосмыслить тактику своего поведения на рынке цифровых технологий.

Инициатором судебного разбирательства с *Samsung* был основатель компании *Apple* Стив Джобс, но уже на том этапе не все представители руководства *Apple* одобряли подобные действия. Компания была очень зависима от *Samsung* в части поставок комплектующих для своей продукции, а произошедший конфликт вынудил ее искать альтернативных поставщиков[14].

Другие крупнейшие игроки ИТ-индустрии также не остались в стороне от происходящего и прочувствовали на себе разрушительную силу патентных противостояний. Помимо расходов на ведение судебных процессов, патентная «гонка вооружений» потребовала от их участников значительных финансовых вливаний. Опасаясь будущих судебных претензий со стороны конкурентов, ИТ-компании начали лихорадочно скупать патенты на разработки, принадлежащие менее крупным игрокам рынка цифровой продукции[15]. В частности, многие аналитики склоняются к мнению о том, что приобретение *Google* контрольного пакета акций *Motorola Mobility* на рекордную сумму 12,5 млрд долл. преследовало только одну цель — заполучить портфель из 25 тыс. патентов[16].

Свою лепту в расшатывание патентной системы внесли и так называемые патентные тролли. Зачастую это мелкие компании, скупающие патенты у обанкротившихся фирм-изобретателей с целью предъявления исков к крупнейшим производителям высокотехнологичной продукции[17]. По данным исследований, доля исков, поступивших от «патентных троллей», в 2012 г. приблизилась к отметке в две трети от общего числа патентных разбирательств[18]. При этом на долю круп-

---

[13] *См.: Отчет исследовательской компании Gartner об уровне мировых продаж смартфонов за III квартал 2012 г. // www.gartner.com/newsroom/id/2237315.*

[14] *Даже сейчас, когда после затяжного конфликта Apple все же удалось смягчить монополию Samsung и привлечь к производству iPhone 5-го поколения других поставщиков, 16,2% от общего числа процессоров A6 Apple по-прежнему вынуждена заказывать у Samsung. См.: www.isuppli.com/Teardowns/News/Pages/Many-iPhone-5-Components-Change-But-Most-Suppliers-Remain-the-Same-Teardown-Reveals.aspx.*

[15] *В качестве примера приведем аукцион по продаже патентов, принадлежавших обанкротившейся компании Nortel Networks, в котором приняли участие Google, Apple, Microsoft, RIM, Sony (см.: www.reuters.com/article/2011/07/02).*

[16] *См.: www.rbcdaily.ru/world/562949984602973.*

[17] *Впервые этот термин использовал в 2001 г. Питер Деткин (Peter Detkin), юрист корпорации IBM, в интервью корреспонденту The Recorder Бренде Сэндберг (см.: www.phonetel.com/pdfs/LWTrolls.pdf).*

[18] *См.: Chien C. Patent Trolls by the Numbers // Santa Clara University School of Law. 13.03.2013 // http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/609.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_194-200.indd 197 04.05.13 5:32

нейших ИТ-компаний в 2012 г. пришлось 535 подобных исков[19].

Оценивать деятельность «патентных троллей» можно с различных точек зрения. Она, безусловно, наносит ощутимый ущерб экономике в целом. По данным исследований, по вине *NPE*-компаний[20] только за последние несколько лет американская экономика потеряла около 500 млрд долл.[21] Юридическая характеристика действий *NPE*-компаний также имеет негативный оттенок. Трудно признать правомерным поведение фирм, оформляющих патенты с единственной целью — поживиться за счет реальных производителей. Злоупотребление патентными правами — общая беда и для крупнейших игроков ИТ-индустрии, и для стартапов, вынужденных растрачивать предоставленные им гранты на судебные разбирательства с «патентными троллями».

Патентные войны утомили не только их участников, поэтому на установление мира повлияли и юрисдикционные органы.

Так, в конце 2012 г. Еврокомиссия вмешалась в противостояние *Apple* и *Samsung*, обвинив корейскую компанию в злоупотреблении своим доминирующим положением на рынке мобильных телефонов[22]. Случайно или нет, но всего за три дня до этого *Samsung* публично объявила о своем намерении отозвать все европейские иски против *Apple*[23]. 10 ноября 2012 г. *Apple* и *HTC* добровольно завершили многолетний спор подписанием соглашения о взаимном лицензировании патентов[24].

Патентный хаос обозначил уязвимые места системы патентования новых разработок. Одно из них — допустимость патентования абстрактных идей, т.е. решений, описанных с высокой степенью обобщенности и содержащих указание на то, что они могут быть реализованы с применением вычислительной техники или в Интернете. «Допустимость патентной защиты подобных идей препятствует динамичному развитию высоких технологий», — с таким совместным заявлением выступили восемь американских компаний, в том числе *Google* и *Facebook*[25].

Пребывание на протяжении двух последних лет в состоянии войны всех против всех заставило представителей отрасли высоких технологий переосмыслить свою долгосрочную стратегию. Отказ от патентных тяжб ознаменовался повышением стандартов открытости в деятельности ИТ-корпораций. Недавно *Microsoft* опубликовала полный список принадлежащих ей патентов[26]. По словам исполнительного вице-президента *Microsoft* Брэда Смита, только подобные действия помогут доказать, что «патентная система по-прежнему играет весомую роль в стимулировании и поощрении инноваций»[27].

Вслед за инициативой *Microsoft* последовало заявление *Google* о принятии на себя обязательства не выдвигать первой требований против компаний, использующих ее патенты в своих программных продуктах, распространяемых бесплатно или на условиях свободной лицензии[28]. Тем не менее *Google* сохраняет за собой право использовать патентные иски в защитных целях, если судебное разбирательство было начато по иску другой стороны.

Очевидно, что одних только заверений со стороны ИТ-корпораций недостаточно, чтобы переломить ситуацию и исключить возобновление патентных войн. Если патентная система показала свою уязвимость, закрыть образовавшиеся бреши поможет лишь из-

---

[19] *См.: Most Pursued Companies. Date captured as of January 18, 2013 // www.patentfreedom.com/about-npes/pursued.*

[20] *NPE (non-practicing entities) — фирмы, специализирующиеся на регистрации патентов без намерения производить товары с применением запатентованных технологий. Этим термином именуют «патентных троллей» в юридической литературе.*

[21] *См.: Bessen J., Ford. J. et al. The Private and Social Costs of Patent Trolls // Boston University School of Law Working Paper. № 11–45 // www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/Bessen-Ford-Meurer-troll.html.*

[22] *См.: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_en.htm.*

[23] *См.: Souppouris A. Samsung drops suits against Apple // www.theverge.com/2012/12/18/3779714/samsung-drops-apple-patent-lawsuits-in-europe.*

[24] *См.: www.apple.com/pr/library/2012/11/11HTC-and-Apple-Settle-Patent-Dispute.html.*

[25] *Полный текст обращения см.: http://ru.scribd.com/doc/116141978/TechCrunch-Google-Facebook-Amicus-Brief-Criticizing-Patents-On-Abstract-Ideas.*

[26] *См.: www.microsoft.com/en-us/legal/intellectualproperty/Patents/Default.aspx.*

[27] *Smith B. Enhancing Transparency: Putting Microsoft's Patents on the Web // http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2013/03/28/enhancing-transparency-putting-microsoft-s-patents-on-the-web.aspx.*

[28] *Документ получил название Open Patent Non-Assertion Pledge. Подробнее см.: www.google.com/patents/opnpledge/index.html.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_194-200.indd 198 04.05.13 5:32

менение нормативного регулирования. Первые шаги в этом направлении уже сделаны. В настоящий момент на рассмотрении Конгресса США находится так называемый *SHIELD Act* — законопроект, предусматривающий возможность взыскания в полном объеме с *NPE*-компаний судебных издержек, понесенных ответчиком[29]. Первые изменения в патентном законодательстве затронули и концептуальную основу защиты прав инноваторов. С 16 марта 2013 г. в США начала действовать новая система регистрации патентов: принцип *first-to-invent rule* (патент получает первый изобретатель) изменен на принцип *first-to-file rule* (право на получение патента имеет лицо, первым обратившееся за выдачей патента)[30].

Описанные события заставляют задуматься, возможно ли что-то подобное в России. На этот вопрос вряд ли можно ответить однозначно.

Правовая основа для подобных баталий появится только в будущем. Проект изменения ГК РФ предусматривает ряд нововведений в сфере патентного права, которые могли бы подтолкнуть к инсинуациям в патентной сфере. Среди них установление правил патентной охраны зависимых изобретений (ст. 1358.1 ГК РФ); сокращение срока действия исключительного права на промышленный образец; свободная взаимная трансформация заявок на изобретение, промышленный образец и полезную модель; отказ от словесной характеристики объема правовой охраны промышленного образца и переход к его определению посредством изображения изделия. Последнее нововведение позволяет провести параллель с патентом на дизайн *iPad*, послужившим одним из поводов для претензий *Apple* к *Samsung*.

Следует напомнить, что на текущий момент вступил в силу лишь незначительный блок поправок к первой части ГК РФ. Рассмотрение законопроекта, реформирующего положения о юридических лицах, отложено на осень 2013 г. Таким образом, введения в действие новых положений четвертой части ГК РФ можно ожидать не ранее 2014 г.

[29] *См.: Saving High-Tech Innovators from Egregious Legal Disputes Act of 2012 // www.govtrack.us/congress/bills/112/hr6245.*

[30] *См.: www.uspto.gov/aia_implementation/index.jsp.*

События последних двух лет, произошедшие в сфере международного патентного права, неизбежно порождают дискуссии о том, каковы дальнейшие пути развития национальных правовых систем, как бороться с практикой недобросовестного патентного преследования, как обеспечить баланс между монополией патентообладателя и динамикой развития технического прогресса.

Данные вопросы уже обсуждались в рамках круглого стола в ходе Международного Юридического Форума в 2012 г. Но новая тактика поведения компаний, прежде охотно участвовавших в патентной войне, реакция публичных ведомств на бесконечные судебные разбирательства, сковавшие ИТ-индустрию, а следом за ней и мировые рынки высокотехнологичной продукции, — все это создает новый контекст, который стимулирует вновь и вновь обращаться к решению уже известных проблем.

Борьба с подражателями

На фоне глобального патентного противостояния другая, не менее значимая в сфере интеллектуальной собственности, проблема оказалась обделена вниманием прессы. Речь идет о выпуске воспроизведенных лекарственных препаратов (дженериков), биоэквивалентных запатентованным средствам.

Российское законодательство придерживается разграничения всех лекарственных средств на оригинальные и воспроизведенные (п. 11, 12 п. 1 ст. 4 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»). Введение воспроизведенных лекарственных средств в гражданский оборот предполагает прохождение стадий регистрации лекарственного препарата и проверки биоэквивалентности оригинальному лекарству.

Конфликт интересов между производителями оригинальных препаратов и их дженериков состоит в том, что затраты последних на разработку и клинические исследования гораздо ниже. Производители дженериков не претендуют на титул первопроходцев отрасли, ибо они не создают качественно новых по фармакологическим свойствам препаратов. Напротив, располагая информацией о запатентованных лекарственных средствах, они получают биоэквивалентный препарат, который

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_194-200.indd 199 04.05.13 5:32

можно вполне легально производить после истечения сроков патентной охраны лекарства-оригинала.

Более низкая цена при сходном терапевтическом эффекте обеспечивает коммерческий успех дженериков. Актуальный тому пример — размещение Минздравом России госзаказа на закупку воспроизведенных препаратов — эквивалентов иматиниба. Иматиниб — оригинальное лекарственное средство, исключительные права на которое принадлежат швейцарской компании *Novartis* (срок действия патента истекает в апреле 2013 г.)[31].

Интерес производителя оригинального лекарства защищается во многих странах на уровне законодательного запрета разглашения и использования в коммерческих целях данных доклинических, клинических и фармакологических исследований, предоставляемых фармпроизводителями для регистрации лекарств, без их согласия на протяжении определенного срока. Подобный механизм действует в государствах — членах ВТО в силу ст. 39 Соглашения ТРИПС и составляет 6 лет с момента регистрации препарата-оригинала[32].

На первый взгляд производство дженериков — это цивилизованное паразитирование на разработках других фармацевтических компаний. Отсутствие расходов на клинические исследования и подбор биоэквивалента снижает издержки и гарантирует прибыль за счет повышенного оборота большего числа аналогов оригинальных препаратов. Однако к интересам производителей добавляется и интерес социально-политический: монополия в фармацевтической сфере легко может привести к неоправданным ценовым барьерам для потребителей.

Обойти запретительные полномочия патентообладателя позволяют лишь два механизма: создание дженериков и оформление принудительной лицензии на оригинальный препарат[33]. Первый механизм наиболее перспективен, поскольку он стимулирует комплексное развитие фармацевтической отрасли, активизируя производство социально значимых препаратов без ущерба для разработки качественно новых лекарственных средств.

***

Подведем некоторые итоги. Пессимисты могли бы охарактеризовать современную ситуацию в сфере международного патентного права как кризис системы и неспособность справиться с порожденными ею проблемами. Патентные войны, активность *NPE*-компаний, потенциальная напряженность на фармацевтическом рынке — безусловно, дестабилизирующие факторы. Однако все они наглядно показали, что ключевой задачей совершенствования законодательства на данном этапе является преодоление разрыва между динамикой технологического роста и скоростью отражения этих изменений в законе. Только когда на нормативном уровне будут закреплены четкие правила игры, свободная конкуренция станет катализатором инновационных разработок, а не препятствием на их пути.

Конкретными шагами в этом направлении должны стать анализ критериев абстрактности патентуемых решений, совершенствование механизмов пресечения недобросовестной конкуренции и злоупотребления патентными правами.

---

[31] *Дранишникова М. Минздрав закупает запрещенные к продаже в России дженерики // Ведомости. 2012. 4 окт. // www.vedomosti.ru/companies/news/3543911/lekarstva_v_obhod_patenta.*

[32] *Аналогичный механизм действует в США на основании Закона о ценовой конкуренции и возобновлении патентного срока 1984 г. (Hatch-Waxman Act 1984; подробнее см.: www.fda.gov/Drugs/DevelopmentApprovalProcess/SmallBusinessAssistance/ucm069962.htm).*

[33] *Например, недавно в Индии была получена принудительная лицензия на онкологический препарат, производимый компанией Bayer (см.: www.ipindia.nic.in/ipoNew/compulsory_License_12032012.pdf.*

Loaded: 15-07-2025 PMt 23:11:16

ZS_p_194-200.indd 200 04.05.13 5:32